sui generis

DICAL
IGATIONS
ALITÉ
EN

Le secret médical
Étude des obligations
de confidentialité des soignants
en droit suisse

Frédéric Erard

A Elsa,
Héloïse et Augustine

Frédéric Erard

Le secret médical

Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse

sui generis, Zürich 2021

Ne faut-il pas plutôt
laisser monter aux murs le silencieux lierre
de peur qu'un mot de trop ne sépare nos bouches
et que le monde merveilleux ne tombe en ruine ?

PHILIPPE JACCOTTET, *L'ignorant*

Remerciements

Si la thèse de doctorat est évidemment le fruit d'un long travail personnel, sa réussite n'en repose pas moins sur le soutien précieux et indispensable de l'entourage professionnel ou non. J'ai été particulièrement chanceux sur ce point et souhaite, à travers ces modestes lignes, exprimer ma gratitude envers ceux qui ont contribué à l'aboutissement de ce travail.

J'aimerais d'abord remercier le Prof. Olivier Guillod, mon directeur de thèse, pour la confiance qu'il m'a témoignée en m'engageant comme assistant-doctorant. Malgré une charge de travail incommensurable liée à sa fonction de vice-recteur, il a toujours su prendre le temps pour diriger efficacement mes travaux. Ses réflexions, sa logique juridique et son humilité m'ont largement inspiré et font de lui un modèle que j'aimerais saluer.

Des remerciements tout particuliers vont au Prof. Daniel Kraus, grâce à qui j'ai pu réaliser mes premiers pas dans le monde académique et qui a généreusement accepté d'officier en qualité de rapporteur interne dans mon jury de thèse. Notre collaboration a toujours été placée sous le signe de la convivialité et de l'humour et j'en garderai un souvenir fort agréable.

Ma reconnaissance va au Prof. Sylvain Métille, qui a accepté de siéger dans mon jury de thèse en qualité de rapporteur externe. Ses connaissances pointues en matière de protection des données ont apporté une véritable plus-value à ma soutenance de thèse et ses remarques utiles ont contribué à améliorer le présent travail.

Je souhaite adresser des remerciements chaleureux à la Prof. Lara Khoury de l'Université de McGill, grâce à qui j'ai pu effectuer un séjour de recherche inoubliable d'une année à Montréal, avec ma compagne et la première de mes filles.

Toute ma reconnaissance va également au Dr Simone Romagnoli pour sa relecture attentive de certains passages et pour la grande pertinence de ses remarques.

J'aimerais ensuite remercier les membres de l'Institut de droit de la santé (IDS) de l'Université de Neuchâtel pour leur précieux soutien, les innombrables discussions et leur gentillesse. Je rattache aux membres de l'IDS M. Jean Perrenoud, qui y a longtemps travaillé, et le remercie pour sa relecture finale du tapuscrit. Je souhaite à l'IDS qu'il puisse vivre et fleurir longtemps encore.

Plus largement, ce sont les membres de la communauté de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel que j'aimerais remercier pour faire de cette faculté un lieu unique en son genre. Mes pensées vont en particulier à mes

collègues du corps intermédiaire, aux « dames de la cafèt' », aux employées et employés des secrétariats ainsi qu'aux membres du corps professoral. Les nombreux séminaires, cours, tournois de tennis de table et autres festivités resteront à jamais gravés dans ma mémoire.

J'aimerais en particulier remercier MM. Guillaume Jéquier et Valentin Botteron pour leur amitié. Ensemble, nous avons réalisé des « petits accomplissements » fort satisfaisants durant notre assistanat, qu'il s'agisse d'organiser un week-end de retraite dans le Jura pour les doctorantes et doctorants ou un apéritif de fin d'année inédit pour la Faculté de droit.

Je remercie du fond du cœur mes parents pour leur soutien inconditionnel tout au long de mes études, jusqu'à l'accomplissement de mon doctorat. Ce titre est de toute évidence le fruit de leurs encouragements et de leur bienveillance depuis mon enfance.

Mes pensées les plus émues se dirigent évidemment vers mes deux filles, Héloïse et Augustine, âgées respectivement de quatre ans et un an au jour de la soutenance. Elles m'avaient alors toujours connu en doctorant, ce qui suscitait la question presque quotidienne d'Héloïse au retour du travail : « Papa, tu as fini ta thèse ? ». Heureux et fier de pouvoir enfin lui répondre que la thèse était désormais terminée, elle m'a demandé derechef si j'en commencerais une seconde…

Enfin, ma gratitude la plus profonde va à Elsa, ma compagne, soutien de chaque jour et de chaque heure, lumière dans les ténèbres passagères de la thèse, pour sa bienveillance sans limite et pour sa contribution directe dans cet ouvrage, elle qui en a relu chaque ligne et chaque virgule, pour un résultat orthographique exemplaire salué par le jury. L'exercice brutal qui consiste à relire une thèse juridique de 600 pages, en particulier lorsque l'on n'est pas juriste, est une preuve d'amour indéniable, que j'aimerais lui offrir en retour en lui dédiant cet ouvrage, ainsi qu'à mes filles.

Vevey, décembre 2020
Frédéric Erard

Sommaire

Remerciements V
Sommaire VII
Table des matières XIII
Bibliographie XXVII
Table des abréviations LXI

Introduction 1

Première Partie : Historique, défis et enjeux du secret médical 7

Chapitre 1 : Fondements historiques du secret médical 9

Chapitre 2 : Le secret médical à l'épreuve de la médecine contemporaine 27

I. Du paternalisme médical au renforcement des droits du patient 27
II. Multiplication du nombre d'acteurs de soins et des échanges d'informations 29
III. Révolution numérique et cybersanté 37
IV. Constat 78

Chapitre 3 : Caractéristiques et justification du secret médical 81

I. Caractéristiques du secret médical en droit suisse 81
II. Justification du secret médical 88

Deuxième partie : Protection du secret médical dans l'ordre juridique suisse 115

Chapitre 1 : Droit international 117

I. Organisation des Nations unies 117
II. Conseil de l'Europe 118

III. Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel 125
IV. Droit communautaire 125

Chapitre 2 : Constitution fédérale 129

Chapitre 3 : Secret professionnel (art. 321 CP) 133

I. Genèse de l'article 321 CP 133
II. Eléments constitutifs 153
III. Erreur 187
IV. Infraction punissable sur plainte 187
V. Peine 190

Chapitre 4 : Secret de fonction (art. 320 CP) 191

I. Genèse de l'article 320 CP 191
II. Intérêts protégés par l'article 320 CP 195
III. Eléments constitutifs 197
IV. Poursuite d'office 220
V. Peine 220
VI. Constat intermédiaire dans le domaine médical 220

Chapitre 5 : Devoirs de garder le secret fondés sur d'autres lois fédérales 223

I. Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse 223
II. Loi fédérale sur les stupéfiants 225
III. Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions 227
IV. Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine 230
V. Loi fédérale sur la transplantation 234
VI. Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques 238
VII. Loi fédérale sur les produits thérapeutiques 238
VIII. Obligations de garder le secret et assurances sociales 240

Chapitre 6 : Protection pénale du droit cantonal sanitaire 243

I. Fondements du devoir d'observer le secret selon les législations cantonales sanitaires 243
II. Professionnels visés par l'obligation de garder le secret 245
IV. Observations 256

Chapitre 7 : Droit disciplinaire fédéral et cantonal 263

I. Caractéristiques du droit disciplinaire 263
II. Droit disciplinaire fédéral 264
III. Droit cantonal sanitaire 267

Chapitre 8 : Discrétion imposée par les législations sur la protection des données personnelles 271

I. Remarques liminaires 271
II. Droit applicable 272
III. Traitements de données relatives à la santé 284
IV. Principes généraux du droit de la protection des données personnelles 292
V. Devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données 304
VI. Synthèse 311

Troisième Partie : Limitations du secret médical 315

Chapitre 1 : Introduction 317

I. Réflexions introductives sur les limitations du secret médical 317
II. Méthode 322

Chapitre 2 : Limitations du secret par le(s) consentement(s) 327

I. Consentement et secret professionnel (art. 321 CP) 327
II. Consentement et secret de fonction (art. 320 CP) 344
III. Consentement et secrets fondés sur le droit cantonal sanitaire 346

IV. Consentement et législations sur la protection des données personnelles 348
V. Consentement imposé par la LAVI 357
VI. Synthèse 358

Chapitre 3 : Limitations du secret sans consentement 361

I. Mécanismes légaux de pondération des intérêts 361
II. Dérogations légales 394

Quatrième partie : Articulation des normes, conclusions intermédiaires et perspectives futures du secret médical 465

Chapitre 1 : Introduction 467

Chapitre 2 : Articulation des normes 469

I. Concours et conflits de normes : principes généraux 469
II. Mise en œuvre en matière de secret médical 475
III. Synthèse 503

Chapitre 3 : Questions choisies 507

I. Secret partagé 508
II. Externalisation des traitements de données ou *outsourcing* 516
III. Communications d'informations relatives à une personne décédée 519

Chapitre 4 : Conclusions intermédiaires 527

I. Synthèse générale 527
II. Constats principaux 531

Chapitre 5 : Hypothèses de travail pour le futur du secret médical .. 543

I. Introduction 543
II. Scénario 1 : statu quo 543

III. Scénario 2 : adaptation de la législation actuelle **545**
IV. Scénario 3 : adoption d'une législation sur les droits des patients **549**
V. Scénario 4 : renforcement de la protection des informations les plus sensibles **551**
VI. Scénario 5 : abandon du secret professionnel classique au profit d'un régime centré sur la protection des données **554**
VII. Synthèse et réflexion sur l'avenir du secret médical **562**

Conclusion **567**

Table des matières

Remerciements V
Sommaire VII
Table des matières XIII
Bibliographie XXVII
Table des abréviations LXI

Introduction 1

Première Partie : Historique, défis et enjeux du secret médical 7

Chapitre 1 : Fondements historiques du secret médical 9

Chapitre 2 : Le secret médical à l'épreuve de la médecine contemporaine 27

- **I. Du paternalisme médical au renforcement des droits du patient** 27
- **II. Multiplication du nombre d'acteurs de soins et des échanges d'informations** 29
  - **A. Organisation des établissements médico-hospitaliers et cabinets médicaux** 29
  - **B. Spécialisation croissante des professions de la santé** 30
  - **C. Evolution des besoins de santé** 31
  - **D. Soins intégrés, interprofessionnalité et réseaux médicaux** 32
    - 1. Soins intégrés 32
    - 2. Interprofessionnalité 33
    - 3. Réseaux médicaux 34
  - **E. Impact sur le secret médical** 36
- **III. Révolution numérique et cybersanté** 37
  - **A. Politique de cybersanté** 38
  - **B. Concrétisations** 41
    - 1. Recours aux systèmes informatiques et numérisation des données de santé 41
    - 2. Télémédecine, *telemonitoring* et *mHealth* 46
    - 3. Carte d'assuré électronique 49

4. Loi fédérale sur le dossier électronique du patient 51
a. Définition du DEP 52
b. Système de stockage secondaire 52
c. Professionnels de la santé au sens de la LDEP 53
d. Communautés et communautés de référence 55
e. Caractère facultatif du DEP 56
f. Ouverture du DEP 57
g. Contenu du DEP 58
h. Lieux de stockage de l'information 61
i. Configuration des droits d'accès au DEP 62
j. Modalités d'accès au DEP 65
k. Utilisations secondaires des données saisies dans le DEP 66
l. Destruction du DEP 67
m. Sanctions 68
n. Observations 69
5. Médecine personnalisée, *big data* et intelligence artificielle 72
C. Impact de la cybersanté sur le secret médical 77
IV. Constat 78

Chapitre 3 : Caractéristiques et justification du secret médical 81

I. Caractéristiques du secret médical en droit suisse 81
A. Difficultés liées à l'appréhension du secret médical en droit suisse 81
B. Acteurs du secret 84
C. Typologie des secrets 85
II. Justification du secret médical 88
A. Théorie des intérêts protégés 88
1. Intérêt individuel du patient 89
2. Intérêt public 92
3. Intérêt des professionnels de la santé 96
4. Protection des intérêts de tiers 99
5. Conception suisse : reconnaissance d'une pluralité d'intérêts 101
B. Justification éthique 103
1. Utilitarisme 104
2. Déontologisme 109
3. Double approche 112

Deuxième partie : Protection du secret médical dans l'ordre juridique suisse 115

Chapitre 1 : Droit international 117

I. Organisation des Nations unies 117
II. Conseil de l'Europe 118
A. Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales 118
B. Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine 119
C. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel 121
D. Recommandations et résolutions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe 123
III. Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel 125
IV. Droit communautaire 125

Chapitre 2 : Constitution fédérale 129

Chapitre 3 : Secret professionnel (art. 321 CP) 133

I. Genèse de l'article 321 CP 133
A. Avant-projet de code pénal 133
B. Projet de code pénal et débats parlementaires 138
1. Cercle des professionnels soumis au secret 139
2. Consentement de l'intéressé à la révélation du secret 142
3. Autorisation de levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance 143
4. Dérogations légales au secret 145
C. Adoption de l'article 321 CP et modifications subséquentes 146
D. Synthèse 151
II. Eléments constitutifs 153
A. Professions médicales visées par l'article 321 CP 153
1. Médecins 153

2. Autres professions soignantes mentionnées par l'article 321 CP ... 157
3. Auxiliaires ... 158
4. Etudiants ... 165
5. Professions soumises à l'article 321 CP par renvoi d'une loi spéciale ... 165
6. Professions non soumises à l'article 321 CP ... 165
7. Constat ... 166
B. Existence d'un secret ... 166
1. Développements jurisprudentiels ... 168
2. Caractéristiques du secret ... 170
a. Faits pour objet ... 171
b. Faits non publics, non notoires ou non connus ... 172
c. Elément subjectif ... 176
d. Synthèse et réflexions ... 178
3. Portée temporelle du secret ... 179
C. Secret appris dans l'exercice de la profession ou des études ... 180
D. Révélation du secret ... 183
E. Intention ... 186
III. Erreur ... 187
IV. Infraction punissable sur plainte ... 187
V. Peine ... 190

Chapitre 4 : Secret de fonction (art. 320 CP) ... 191

I. Genèse de l'article 320 CP ... 191
A. Situation préalable à l'adoption du code pénal fédéral de 1937 ... 191
B. Travaux préparatoires du code pénal et adoption de l'article 320 CP ... 192
C. Propositions subséquentes de modification de l'article 320 CP ... 194
II. Intérêts protégés par l'article 320 CP ... 195
III. Eléments constitutifs ... 197
A. Membre d'une autorité ou fonctionnaire ... 197
1. Notions de membre d'une autorité et fonctionnaire ... 197
2. Notion de « tâche publique » pour la détermination des fonctionnaires au sens fonctionnel ... 200
3. Soignants fonctionnaires ... 202

a. Soignants dans les départements de l'administration publique 203
b. Soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers 203
c. Soignants privés accomplissant occasionnellement des tâches de droit public 207
d. Cas particuliers 207
e. Limites 208
B. Existence d'un secret 209
1. Secret matériel 209
2. Controverse sur la portée de l'article 320 CP 211
3. Portée concrète du secret de fonction dans le domaine des soins 216
C. Secret appris en raison de l'exercice d'une charge officielle 217
D. Révélation du secret 217
E. Intention 219
F. Lien de causalité 220
IV. Poursuite d'office 220
V. Peine 220
VI. Constat intermédiaire dans le domaine médical 220

Chapitre 5 : Devoirs de garder le secret fondés sur d'autres lois fédérales 223

I. Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse 223
II. Loi fédérale sur les stupéfiants 225
III. Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions 227
IV. Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine 230
V. Loi fédérale sur la transplantation 234
VI. Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques 238
VII. Loi fédérale sur les produits thérapeutiques 238
VIII. Obligations de garder le secret et assurances sociales 240

Chapitre 6 : Protection pénale du droit cantonal sanitaire 243

I. Fondements du devoir d'observer le secret selon les législations cantonales sanitaires 243

II. Professionnels visés par l'obligation de garder le secret **245**
A. Méthodes de désignation des professions soumises au secret **245**
1. Référence aux titulaires d'une autorisation de pratique **246**
2. Terminologie générique définie par une liste de professions **247**
3. Législations consacrant le secret comme un droit du patient **247**
4. Cercle ouvert de professions **248**
B. Champ d'application personnel concret de l'obligation d'observer le secret **248**
III. Sanctions pénales **253**
A. Fondement **253**
B. Aperçu des normes pénales cantonales applicables **254**
IV. Observations **256**

Chapitre 7 : Droit disciplinaire fédéral et cantonal **263**

I. Caractéristiques du droit disciplinaire **263**
II. Droit disciplinaire fédéral **264**
A. Loi fédérale sur les professions médicales universitaires **265**
B. Loi fédérale sur les professions de la psychologie **266**
C. Loi fédérale sur les professions de la santé **267**
III. Droit cantonal sanitaire **267**

Chapitre 8 : Discrétion imposée par les législations sur la protection des données personnelles **271**

I. Remarques liminaires **271**
II. Droit applicable **272**
A. Délimitation entre droit fédéral et cantonal **272**
1. Champ d'application de la loi fédérale sur la protection des données **273**
2. Champ d'application des législations cantonales sur la protection des données **273**
a. Délégation d'une tâche publique **276**
b. Clauses d'exception en lien avec la concurrence économique **279**
c. Difficultés **281**

B. **Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données (RGPD)** ... 282
III. **Traitements de données relatives à la santé** ... 284
A. **Données personnelles** ... 284
B. **Traitements et communications de données** ... 287
C. **Données sensibles** ... 287
IV. **Principes généraux du droit de la protection des données personnelles** ... 292
A. **Licéité** ... 292
1. Organes publics ... 293
2. Personnes privées ... 295
B. **Bonne foi** ... 295
C. **Proportionnalité** ... 296
D. **Finalité** ... 298
E. **Reconnaissabilité ou transparence** ... 300
F. **Exactitude** ... 301
G. **Sécurité** ... 301
V. **Devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données** ... 304
A. **Article 35 LPD** ... 304
1. Généralités ... 304
2. Auteur ... 305
3. Données personnelles secrètes et sensibles ou profils de sa personnalité ... 306
4. Données portées à la connaissance de l'auteur dans l'exercice de la profession ... 307
5. Révélation ... 308
6. Elément subjectif ... 308
7. Poursuite et peine ... 309
B. **Violation de devoirs imposés par le droit cantonal de la protection des données** ... 310
VI. **Synthèse** ... 311

Troisième Partie : Limitations du secret médical 315

Chapitre 1 : Introduction ... 317

I. **Réflexions introductives sur les limitations du secret médical** ... 317
II. **Méthode** ... 322

Chapitre 2 : Limitations du secret par le(s) consentement(s) 327

I. Consentement et secret professionnel (art. 321 CP) 327
A. Droit de consentir 328
1. Les tiers 328
2. Capacité de discernement et représentation 332
B. Objet, limites et vices du consentement 335
C. Forme et destinataire du consentement 338
D. Moment du consentement 341
E. Effets du consentement 342
F. Portée pratique du consentement 344
II. Consentement et secret de fonction (art. 320 CP) 344
A. Admissibilité du consentement de l'intéressé 344
B. Modalités du consentement 345
III. Consentement et secrets fondés sur le droit cantonal sanitaire 346
IV. Consentement et législations sur la protection des données personnelles 348
A. Consentement selon la LPD 348
1. Application 348
2. Généralités 348
3. Exigence du consentement libre et éclairé 350
a. Consentement libre 350
b. Consentement éclairé 350
4. Forme du consentement 352
B. Consentement selon les législations cantonales sur la protection des données 354
V. Consentement imposé par la LAVI 357
VI. Synthèse 358

Chapitre 3 : Limitations du secret sans consentement 361

I. Mécanismes légaux de pondération des intérêts 361
A. Levée du secret professionnel (art. 321 CP) par l'autorité compétente 361
1. Remarques introductives 361
2. Qualité pour demander la levée du secret 364
3. Autorité compétente 366
4. Organisation de la procédure et garantie des droits fondamentaux 369

5. Forme, contenu et moment de la requête 372
6. Pesée d'intérêts et décision 374
7. Synthèse 377
B. Levée du secret de fonction (art. 320 CP) par l'autorité compétente 378
1. Qualité pour demander la levée du secret de fonction . 379
2. Autorité compétente 380
3. Procédure 382
4. Forme, contenu et moment de la requête 382
5. Décision 383
C. Levée du secret fondée sur le droit cantonal sanitaire .. 383
D. Pesée des intérêts dans les législations sur la protection des données personnelles 384
1. Intérêt prépondérant dans la LPD 385
a. Intérêt prépondérant comme motif justificatif à une atteinte illicite à la personnalité 385
b. Intérêt privé prépondérant 386
c. Intérêt public prépondérant 389
2. Pesée des intérêts dans le cadre des législations cantonales sur la protection des données personnelles 389
E. Cas particulier du secret institué par la LAVI 392
F. Constat 393
II. Dérogations légales 394
A. Dérogations légales au secret professionnel (art. 321 CP) 396
1. Introduction 396
2. Protection de la santé publique 400
a. Déclaration des maladies transmissibles 400
b. Pharmacovigilance 402
c. Mise en danger de la santé publique 402
d. Enregistrement des maladies oncologiques 403
e. Transplantations 404
f. Sécurité des patients 405
3. Protection de la sécurité publique 407
a. Morts suspectes 407
b. Indices d'infractions pénales 407
(i) Tour d'horizon 407
(ii) Critique 409
c. Circulation routière 411

d. Dangerosité des personnes privées de liberté 412
e. Armes à feu 413
f. Chiens dangereux 414
4. Protection des personnes vulnérables 414
a. Protection des mineurs 414
b. Protection de l'adulte 417
c. Personnes présentant un risque de dépendance 420
d. Protection des patients 421
5. Maîtrise des coûts de la santé 422
a. Régime général 423
b. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) 424
(i) Facturation 424
(ii) Renseignements supplémentaires d'ordre médical 424
(iii) Médecin-conseil 425
(iv) Service de réception des données 427
(v) Dérogation au secret professionnel 428
c. Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA) 428
d. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI) 430
(i) Autorisation de donner des renseignements 430
(ii) Détection précoce 430
e. Excursus : assurances privées 432
f. Réflexion 432
6. Administration de la justice 433
a. Procédure pénale fédérale 433
(i) Champs d'application des articles 171 et 173 CPP 433
(ii) Droit de refuser fondé sur le secret professionnel 434
(iii) Droit de refuser de témoigner fondé sur un autre devoir de discrétion 436
(iv) Professionnel comme partie à la procédure pénale 437
b. Procédure civile fédérale 438
(i) Professionnel comme témoin 438
(ii) Professionnel comme partie à la procédure civile 439
c. Procédure administrative 441
7. Dérogations fondées sur d'autres intérêts 442
8. Constat intermédiaire 444

B. Dérogations légales au secret de fonction (art. 320 CP) ... **445**
1. Introduction ... **445**
2. Communications au sein de l'administration ... **445**
3. Soupçons d'infractions pénales ... **447**
4. Protection de l'enfant et de l'adulte ... **448**
5. Administration de la justice ... **449**
6. Constat intermédiaire ... **449**

C. Dérogations légales au secret institué par la LAVI ... **450**

D. Dérogations légales aux secrets fondés sur le droit cantonal sanitaire ... **451**

E. Dérogations légales aux devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données ... **452**

F. Motifs justificatifs généraux du code pénal ... **454**
1. Actes autorisés par la loi ... **455**
2. Devoirs de fonction ou de profession ... **455**
3. Etat de nécessité ... **457**
4. Sauvegarde d'intérêts légitimes ... **459**
5. Consentement ... **460**
6. Théorie de la «*Sozialadäquanz*» ... **460**

G. Constat ... **461**

Quatrième partie : Articulation des normes, conclusions intermédiaires et perspectives futures du secret médical **465**

Chapitre 1 : Introduction ... **467**

Chapitre 2 : Articulation des normes ... **469**

I. Concours et conflits de normes : principes généraux ... **469**

A. Partage des compétences ... **469**

B. Primauté du droit fédéral ... **470**

C. Hiérarchie des normes ... **471**

D. Conflits de normes ... **471**
1. Conciliation des normes ... **472**
2. Choix d'une norme ... **473**
3. Cas particulier : concours de normes pénales ... **474**

II. Mise en œuvre en matière de secret médical ... **475**

A. Régime général de protection des données personnelles ... **476**
B. Devoirs spéciaux de confidentialité ... **477**
1. Identification des devoirs spéciaux de confidentialité . **477**
2. Rapports entre les législations sur la protection des données (régime général) et les devoirs de confidentialité spéciaux ... **478**
a. Rapports avec le régime de la LPD ... **478**
b. Rapports avec le régime du droit cantonal de la protection des données ... **481**
c. Constat intermédiaire ... **481**
C. Concours entre devoirs spéciaux de confidentialité ... **483**
1. Secret professionnel (art. 321 CP) et secret de fonction (art. 320 CP) ... **483**
a. Revue de jurisprudence et doctrine ... **483**
(i) Jurisprudence ... **483**
(ii) Doctrine ... **487**
b. Proposition de résolution ... **489**
(i) Identification du type de concours ... **489**
(ii) Interprétation ... **490**
(iii) Discussion ... **493**
c. Synthèse ... **498**
2. Droit cantonal sanitaire et droit pénal fédéral ... **498**
3. Secret LAVI et autres obligations de confidentialité ... **500**
4. Droit disciplinaire et obligations pénales de confidentialité ... **500**
5. Droit contractuel et obligations spéciales de confidentialité ... **501**
D. Mise en œuvre de la norme spéciale applicable et de ses dérogations ... **501**
III. Synthèse ... **503**

Chapitre 3 : Questions choisies ... **507**

I. Secret partagé ... **508**
A. Contexte ... **508**
B. Révélation d'un secret entre soignants et/ou auxiliaires ... **509**
C. Discussion et prise de position ... **511**

II. Externalisation des traitements de données ou *outsourcing* ... 516
A. Admissibilité à la lumière du secret professionnel ... 516
B. Admissibilité au regard du droit de la protection des données ... 519
III. Communications d'informations relatives à une personne décédée ... 519

Chapitre 4 : Conclusions intermédiaires ... 527

I. Synthèse générale ... 527
II. Constats principaux ... 531
A. Disparités ... 532
B. Amenuisement ... 534
C. Complexité ... 536
D. Désuétude ? ... 539

Chapitre 5 : Hypothèses de travail pour le futur du secret médical ... 543

I. Introduction ... 543
II. Scénario 1 : statu quo ... 543
III. Scénario 2 : adaptation de la législation actuelle ... 545
A. Redéfinition des professions de soins visées par l'article 321 CP ... 545
B. Travail d'harmonisation des dérogations au secret professionnel ... 548
IV. Scénario 3 : adoption d'une législation sur les droits des patients ... 549
V. Scénario 4 : renforcement de la protection des informations les plus sensibles ... 551
VI. Scénario 5 : abandon du secret professionnel classique au profit d'un régime centré sur la protection des données ... 554
A. Réflexion initiale ... 554
B. Modèles envisageables ... 556
C. Grand obstacle : le fédéralisme ... 560
VII. Synthèse et réflexion sur l'avenir du secret médical ... 562

Conclusion ... 567

Bibliographie

Monographies et articles

AEBI-MÜLLER R., *Patientendaten und Persönlichkeitsschutz. Aktuelle Fragestellungen aus der Sicht einer Zivilrechtlerin*, Jusletter 27 avril 2020 [cité : AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020].

AEBI-MÜLLER R. / FELLMANN W. / GÄCHTER T. / RÜTSCHE B. / TAG B., *Arztrecht*, Berne 2016 [cité: AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*].

AFFOLTER-FRINGELI K., *Auskunftspflicht des Arztes gegenüber Beistand*, RMA 2018/2, p. 114 [cité : AFFOLTER-FRINGELI, RMA 2018].

ALBERTINI M., *Cartella sanitaria : diritti individuali e protezione dei dati*, in : CORTI G. ET AL. (édit.), *Diritto senza devianza : studi in onore di Marco Borghi per il suo 60esimo compleanno*, Bâle Genève Munich 2006, p. 5 [cité : ALBERTINI, *Cartella sanitaria*].

ANCELLE J. / JACCARD M., *Protection des données : kit du praticien*, Revue de l'avocat 2014/9, p. 369 [cité : ANCELLE/JACCARD, Revue de l'avocat 2014].

AUER A. / MALINVERNI G. / HOTTELIER M., *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, 3ème éd., Berne 2013 [cité : AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I].

BAERISWYL B.
- *Big Data zwischen Anonymisierung und Re-Individualisierung*, in : WEBER R. H. / THOUVENIN F. (édit.), *Big data und Datenschutz. Gegenseitige Herausforderungen*, Zurich 2014, p. 45 [cité: BAERISWYL, *Big Data*].
- *Gefährdete Patientendaten*, plädoyer 2003/6, p. 37 [cité: BAERISWYL, plädoyer 2003].
- *Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern – Erfahrungen aus dem Kanton Zürich*, in : HÜRLIMANN B. / JACOBS R. / POLEDNA T. (édit.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001, p. 49 [cité : BAERISWYL, *Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern*].

BAERISWYL B. / PÄRLI K. (édit.), *Datenschutzgesetz (DSG)*, Berne 2015 [cité: AUTEUR, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. … N …].

BAGCHI A. K., *Medicine in medieval India. 11th to 18th Centuries*, Delhi 1997 [cité : BAGCHI A., *Medicine in medieval India*].

BALINT J., *Should Confidentiality in Medicine Be Absolute?*, The American Journal of Bioethics 2006/2, p. 19 [cité : BALINT, The American Journal of Bioethics 2006].

BÄRTSCHI P., *Pilotinnen und Piloten als Sicherheitsrisiko?*, Sécurité et droit 2015/2, p. 115 [BÄRTSCHI, Sécurité et droit 2015].

BAUR I. / BLUM-SCHNEIDER B. / EGGER D. M. / MAIRE D., *Das elektronische Patientendossier. Zwischen Freiwilligkeit und Zwang*, Jusletter 28 août 2017 [cité: BAUR ET AL., Jusletter 28 août 2017].

BEAUCHAMP T. L.& / CHILDRESS J. F., *Principles of Biomedical Ethics*, 6e éd., New York 2009 [cité : BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*].

BECK K., *Die empirische Forschung mit KVG-Daten*, Jusletter 27 avril 2020 [cité : BECK, Jusletter 27 avril 2020].

BELSER E. M. / EPINEY A. / WALDMANN B., *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011 [cité : AUTEUR, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § ... N ...].

BENHAMOU Y. / ERARD F. / KRAUS D., *L'avocat a-t-il aussi le droit d'être dans les nuages ?*, Revue de l'avocat 2019/3, p. 119 [cité : BENHAMOU/ERARD/KRAUS, Revue de l'avocat 2019]

BERCHTOLD P., *Gegenwart und Zukunft der Integrierten Versorgung in der Schweiz*, Public Health Forum 2013/1, p. 17 [cité : BERCHTOLD P., Public Health Forum 2013].

BERGER R., *Le secret professionnel et de fonction. Bases légales*, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970/3, p. 183 [BERGER, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970].

BERGER KURZEN B., *E-Health und Datenschutz*, thèse, Zurich 2004 [cité: BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*].

BERNHEIM J., *Le secret médical*, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970/3, p. 189 [cité : BERNHEIM, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970].

BERNIER J., *Essais de médecine*, Paris 1689.

BERTRAND D. / STROUN J., *Secret professionnel et justice*, in : BERTRAND DOMINIQUE ET AL. (édit.), *Médecin et droit médical*, 3ème éd., Chêne-Bourg 2009, p. 181 [cité : BERTRAND/STROUN, *Secret professionnel et justice*].

BHAGVAT SING JEE H.H., *Aryan medical science. A short history*, Delhi 1985 [cité : BHAGVAT SING JEE, *Aryan medical science*].

BIAYI S., *Recherche de la vérité vs. secret médical lors de l'instruction pénale*, Jusletter 15 février 2016 [cité : BIAYI, Jusletter 15 février 2016].

BLASS H. W., *Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte*, thèse, Aarau 1944 [cité: BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*].

BLÖCHLINGER K., *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation. Zum Spannungsfeld von Geheimnisschutz und Verwaltungstätigkeit*, Zurich 2015 [cité : BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*].

BOHNET F. / MARTENET V., *Droit de la profession d'avocat*, Berne 2009 [cité : BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*].

BOHNET F. / MELCARNE L., *Le secret professionnel du médecin, de l'avocat, du notaire et de l'agent d'affaires dans la poursuite pour dettes: recouvrement des créances, devoir de renseigner et de remettre*, JdT 2020 II p. 31 [cité : BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31].

BOINAY G., *Le droit disciplinaire dans la fonction publique et dans les professions libérales, particulièrement en Suisse romande*, RJJ 1998/1, p. 1 [cité : BOINAY, RJJ 1998].

BOLL J., *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, thèse, Zurich 1983 [cité: BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*].

BOZZO A., *A challenge to unqualified medical confidentiality*, Journal of Medical Ethics 2018/4, p. 248 [cité : BOZZO, Journal of Medical Ethics 2018].

BRANDA M., *Il segreto professionale degli operatori sanitari e sociali nel Canton Ticino*, in : Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese 1998/2, p. 399 [cité : BRANDA, Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese 1998].

BREITSCHMID P., *Nähe und Distanz – Wissen und Geheimnisse. Bemerkungen zur familieninternen Informationslage in Gesundheitsbelangen*, Pflegerecht 2019/3, p. 151 [cité : BREITSCHMID, Pflegerecht 2019].

BRÜHWILER-FRÉSEY L., *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zurich 1996 [cité: BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*].

BRUNNER N.
- *Secret médical et protection des données en assurances sociales*, Douleurs et analgésie 2009 supplément 1, p. 49 [cité : BRUNNER, Douleurs et analgésie 2009 sup. 1].
- *Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances*, in : ROSATTI P. (dir.), *L'expertise médicale. Du Médical au juridique*, vol. 3, Chêne-Bourg 2008, p. 25 [cité : BRUNNER, *Protection des données médicales dans le cadre des assurances*].

BSK DSG-AUTEUR, MAURER-LAMBROU U. / BLECHTA G. P. (édit.), *Basler Kommentar. Datenschutzgesetz. Öffentlichkeitsgesetz*, 3ème éd., Bâle 2014 [cité : BSK DSG-AUTEUR, art. … N …].

BSK HMG-AUTEUR, EICHENBERGER T. / JAISLI U. / RICHLI P. (édit.), *Basler Kommentar. Heilmittelgesetz*, Bâle 2006 [cité : BSK HMG-AUTEUR, art. … N …].

BSK STGB-AUTEUR , NIGGLI M. A. / WIPRÄCHTIGER H. (édit.), *Basler Kommentar. Strafrecht*, 4ème éd., Bâle 2019 [cité : BSK StGB-AUTEUR, art. … N …].

BSK STPO-AUTEUR, NIGGLI M. A. ET AL. (édit.), *Schweizerische Strafprozessordnung. Jugendstrafprozessordung*, 2ème éd., Bâle 2014 [cité: BSK STPO-AUTEUR, art. … N …].

BSK ZPO-AUTEUR, SPÜHLER K. / TENCHIO L. / INFANGER D. (édit.), *Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3ème éd., Bâle 2018 [cité : BSK ZPO-AUTEUR, art. … N …].

BÜCHLER A. / HOTZ S., *Medizinische Behandlung, Unterstützung und Begleitung Jugendlicher in Fragen der Sexualität – Ein Beitrag zur Selbstbestimmung Jugendlicher im Medizinrecht*, AJP/PJA 2010/5, p. 565 [cité : BÜCHLER / HOTZ, AJP/PJA 2010].

BURGAT S.
- *Les nouvelles dispositions du Code civil en matière de protection de l'enfant (droit et obligation d'aviser)*, Newsletter DroitMatrimonial.ch, janvier 2019 [cité : BURGAT, *Protection de l'enfant*].
- *La télémédecine et le droit suisse*, thèse, Bâle 2012 [cité : BURGAT, *Télémédecine*].
- *Le secret médical – Interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, in : DUNAND J.-P. / MAHON P. (édit.), *« Le droit décloisonné », interférences et interdépendances entre droit privé et droit public*, Genève 2009, p. 225 [cité : BURGAT, *Le secret médical*].

BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*, in : LA HARPE R. / UMMEL M. / DUMOULIN J.-F. (dir.), *Droit de la santé et médecine légale*, Chêne-Bourg 2014 [cité : BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*].

BUSER W., *Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis*, in : Juristischen Fakultät der Universität Basel (édit.), *Privatrecht. Öffentliches Recht. Strafrecht. Grenzen und Grenzüberschreitungen. Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1985*, Bâle/Francfort-sur-le-Main 1985, p. 51 [cité : BUSER, *Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis*].

CASANOVA T., *Datenverknüpfungen in ausgewählten Bereichen : Gesundheitswesen*, in : EPINEY A. / PROBST T. / GAMMENTHALER N. (édit.), *L'interconnexion de données. Problématique et cadre juridique*, Zurich Bâle Genève 2011, p. 41 [cité: CASANOVA, *Datenverknüpfungen*].

CELLIER L. / WERLY S., *La protection des données personnelles relatives à la santé dans le canton de Genève*, AJP/PJA 2018/9, p. 1128 [cité : CELLIER/WERLY, AJP/PJA 2018].

CEREGHETTI A.
- *La levée du secret médical en prison : quelques éléments de réflexion*, Revue de l'avocat 2014/9, p. 361 [cité : CEREGHETTI, Revue de l'avocat 2014].
- *Nul n'est censé ignorer… que le secret médical doit être manié avec précaution*, Revue médicale suisse 2006/56, p. 682 [cité : CEREGHETTI, Revue médicale suisse 2006].

CHAPPUIS B., *Les droits des tiers dans la procédure de levée du secret : l'ATF 142 II 256*, Revue de l'avocat 2018/11-12, p. 504 [cité : CHAPPUIS, Revue de l'avocat 2018].

CHAPPUIS B. / ALBERINI A., *Secret professionnel de l'avocat et solutions cloud*, Revue de l'avocat 2017/8, p. 337 [cité : CHAPPUIS/ALBERINI, Revue de l'avocat 2017].

CHAUDET F. / HEINZER B., *De l'opposabilité aux héritiers du secret professionnel du défunt*, Revue de droit suisse 1997/1, p. 451 [cité : CHAUDET/HEINZER, Revue de droit suisse 1997].

CHRISTINAT R. / SPRUMONT D., *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé*, in : TANQUEREL T. ET AL. (édit.), *Le droit disciplinaire*, Genève 2018, p. 101 [cité : CHRISTINAT/SPRUMONT, *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé*].

CommFam Protection de l'adulte/AUTEUR, LEUBA A. / STETTLER M. / BÜCHLER A. / HÄFELI C., *Commentaire du droit de la famille. Protection de l'adulte*, Berne 2013 [cité : CommFam Protection de l'adulte/AUTEUR, art. x CC N y].

COMTESSE F. H., *Begriff und Schutz des Geheimnisses im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Revue pénale suisse 1942, p. 257 [cité : COMTESSE, Revue pénale suisse 1942].

CONTIS M., *Secret médical et évolutions du système de santé*, thèse Toulouse I, Bordeaux 2006 [cité : CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*].

CORBOZ B., *Les infractions en droit suisse*, vol. 2, 3ème éd., Berne 2010 [cité : CORBOZ, *Infractions*, art. … N …].

COTTIER M. / SCHLAURI R., *Übersicht über die Melderechte und Meldepflichten bei Genitalverstümmelungen an Unmündigen im Licht von Amts- und Berufsgeheimnis*, FamPra 2005, p. 759 [cité : COTTIER/SCHLAURI, FamPra 2005].

CR CP I-AUTEUR, ROTH R. / MOREILLON L. (édit.), *Commentaire romand. Code pénal I. Art. 1-110 CP*, Bâle 2009 [cité : CR CP I-AUTEUR, art. … N …].

CR CP II-AUTEUR, MACALUSO A. / MOREILLON L. / QUELOZ N., *Commentaire romand. Code pénal II. Art. 111-392 CP*, Bâle 2017 [cité : CR CP II-AUTEUR, art. … N …].

CR CPC-AUTEUR, BOHNET F. ET AL. (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure civile*, 2ème éd., Bâle 2019 [cité : CR CPC-AUTEUR, art. … CPC N …].

CR CPP-AUTEUR, KUHN A. / JEANNERET Y. / PERRIER DEPEURSINGE C. (édit.), *Commentaire romand. Code de procédure pénale suisse*, 2ème éd., Bâle 2019 [cité : CR CPP-AUTEUR, art. … N …].

CUENAT D., *Le secret médical dans le canton du Jura – Portée, procédure et questions pratiques*, RJJ 2017/1, p. 5 [cité : CUENAT, RJJ 2017].

DAL MOLIN-KRÄNZLIN A., *Entbindung vom Anwaltsgeheimnis und Kostenvorschuss*, AJP/PJA 2017/5, p. 621 [cité : DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP/PJA 2017].

D'AMOUR D. / OANDASAN I., *Interprofessionality as the field of interprofessional practice and interprofessional education: An emerging concept*, Journal of Interprofessional Care 2005 suppl. 1, p. 8 [cité : D'AMOUR/OANDASAN, *Journal of Interprofessional Care* 2005 suppl. 1].

DE HALLER G., *Le secret médical en matière d'assurance*, Revue Suisse d'Assurances 1980/1, p. 6 [cité : DE HALLER, Revue Suisse d'Assurances 1980].

DE HALLER J., *Données médicales : quelle dose de transparence, à l'avenir ?*, Bulletin des médecins suisses 2015/1-2, p. 18 [cité : DE HALLER, Bulletin des médecins suisses 2015].

DEHMER M. / HOLZINGER A. / EMMERT-STREIB F., *Personalized Medicine by Means of Complex Networks. A Big Data Challenge*, in : WEBER R. H. / THOUVENIN F., *Big data und Datenschutz. Gegenseitige Herausforderungen*, Zurich 2014, p. 37 [cité : DEHMER/HOLZINGER/EMMERT-STREIB, *Personalized Medicine by Means of Complex Networks*].

DE ROUGEMONT F., *La coexistence des secrets : le secret médical et le secret de fonction*, in : QUELOZ N. ET AL. (édit.), *Médecine et détention – Actes des 2èmes Journées pénitentiaires de Fribourg (Novembre 2000)*, Berne 2002, p. 79 [DE ROUGEMONT, *Coexistence des secrets*].

DEVAUD C., *L'information en droit médical. Etude de droit suisse*, thèse, Lausanne, Genève/Zurich/Bâle 2009 [cité : DEVAUD, *L'information en droit médical*].

DIKE-Komm-ZPO, BRUNNER A. ET AL. (édit.), *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2ème éd., Zurich/St-Gall 2016 [cité: AUTEUR, DIKE-Komm-ZPO, Art. … N …].

DJALALI S. ET AL., *Undirected health IT implementation in ambulatory care favors paper-based workarounds and limits health data exchange*, International Journal of Medical Informatics 2015/11, p. 920 [cité : DJALALI S. ET AL., International Journal of Medical Informatics 2015].

DO CANTO P., *Gesundheitsdaten in der digitalen Welt*, Sic! 2020/4, p. 177 [cité : DO CANTO, Sic! 2020].

DONATSCH A. / HANSJAKOB T. / LIEBER V. (édit.), *Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO)*, 2ème éd., Zürich 2014 [cité: AUTEUR, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. … N …].

DONATSCH A. / THOMMEN M. / WOHLERS W., *Strafrecht IV*, 5ème éd., Zurich Bâle Genève 2017 [cité: DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*].

DUCOR P.

– *Secret médical en prison : le mythe de l'expert permanent*, Bulletin des médecins suisses 2016/16, p. 570 [cité : DUCOR, Bulletin des médecins suisses 2016].

– *Secret médical en prison : un argument de sécurité publique*, Revue médicale suisse 2016/523, p. 1196 [cité : DUCOR, Revue médicale suisse 2016].
– *Médecins hospitaliers et responsabilité*, in : GUILLOD O. (édit.), *L'hôpital entre droit, politique et économie(s). 21e Journée de droit de la santé*, Berne 2015 [cité : DUCOR, *Médecins hospitaliers et responsabilité*].

DUMOULIN J.-F.
– *Pour une harmonisation du secret professionnel des soignants ?*, Jusletter 27 août 2012 [cité : DUMOULIN, Jusletter 27 août 2012].
– *Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux*, Jusletter 18 janvier 2010 [cité : DUMOULIN, Jusletter 18 janvier 2010].
– *Le secret professionnel des soignants*, RSDS 2004/2, p. 21 [cité : DUMOULIN, RSDS 2004].

DUPONT A.-S.
– *Les données confiées aux assureurs sociaux : quelle sécurité ?*, in : EPINEY A. / SANGSUE D. (édit.), *Protection des données et droit de la santé*, Zurich 2019, p. 1 [cité : DUPONT, *Les données confiées aux assureurs sociaux*].
– *La protection des données confiées aux assureurs*, in : DUNAND J. P. / MAHON P. (édit.), *La protection des données dans les relations de travail*, Genève Zurich Bâle 2017, p. 195 [cité : DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*].

DUPUIS M. ET AL. (édit.), *Petit Commentaire. Code pénal*, 2ème éd., Bâle 2017 [cité : DUPUIS ET AL., PC CP, art. … N …].

EDELSTEIN L., *Hippocrates. The oath*, Baltimore 1943 [cité : EDELSTEIN, *Hippocrates*].

EIGENMANN A., *Succession et secrets*, in : STEINAUER P.-A. / MOOSER M. / EIGENMANN A. (édit.), *Journée de droit successoral 2019*, Berne 2019, p. 93 [cité : EIGENMANN, *Succession et secrets*].

ELGER B., *Le secret médical*, Forum Med Suisse 2011/11(1-2), p. 3 [cité : ELGER, Forum Med Suisse 2011].

EPINEY A.
– *Big Data und Datenschutzrecht. Gibt es einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf*, Jusletter 27 avril 2020 [cité : EPINEY, Jusletter 27 avril 2020].
– *Zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Datenschutzgesetzes des Bundes und der kantonalen Datenschutzgesetze. Aufgezeigt am Beispiel der für Mitarbeiterdaten privater Spitäler massgeblichen gesetzlichen Vorgaben*, Jusletter 2 mars 2015 [cité : EPINEY, Jusletter 2 mars 2015].

EPINEY A. / BLASER G., *Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales*, in : GUILLOD O. (édit.), *Protection des données médicales et transparence… du patient ?*, 19ème Journée de droit de la santé, Berne 2012, p. 97 [cité : EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*].

EPINEY A. / KERN M., *Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union*, in : EPINEY A. / NÜESCH D. (édit.), *La révision de la protection des données en Europe et la Suisse*, Zurich Bâle Genève 2016, p. 39 [cité : EPINEY/KERN, *Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union*].

EPINEY A. / NÜESCH D. (édit.), *La révision de la protection des données en Europe et la Suisse*, Zurich Bâle Genève 2016 [cité : EPINEY/NÜESCH (édit.), *Révision de la protection des données*].

ERARD F., *« Blockchain » et santé. Perspectives juridiques en Suisse*, in : DUNAND J.-P. / DUPONT A.-S. / MAHON P. (édit.), *Le droit face à la révolution 4.0*, Zurich 2019, p. 215 [cité : ERARD, *« Blockchain » et santé*]

ERARD F. / AMEY L., *La destruction du dossier médical sur requête du patient sous l'angle du droit public*, in : DUPONT A.-S. / GUILLOD O. (édit.), *Réflexions romandes en droit de la santé*, Zurich St-Gall 2016 [cité : ERARD/AMEY, *Destruction du dossier médical*].

ERARD F. / GUILLOD O., *Levée générale du secret médical et assistance au suicide*, Jusletter du 29 janvier 2018 [cité : ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018]

ERNI L., *Anwaltsgeheimnis und Strafverfahren*, Zurich 1997 [cité : ERNI, *Anwaltsgeheimnis*].

FANKHAUSER M., *Condamnation pour violation du secret professionnel au sens de l'article 321 du Code pénal*, Bulletin des médecins suisses 2004/85, p. 1771 [cité : FANKHAUSER, Bulletin des médecins suisses 2004].

FANTI S., *Big Data & protection des données dans le domaine de la santé*, in : SPRUMONT D. (édit.), *Nouvelles technologies et santé publique. 22e Journée de droit de la santé*, Berne 2016, p. 55 [cité : FANTI, *Big Data*].

FAVRE C. / PELLET M. / STOUDMANN P., *Code pénal annoté*, Lausanne 2011 [cité : FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal annoté*, art. … N …].

FELLMANN W., *Meldepflicht des Beauftragten nach Art. 397a OR*, Revue de l'Avocat 2013/8, p. 354 [cité : FELLMANN, Revue de l'Avocat 2013].

FELLMANN W. / ODERMATT M., *Haftpflichtrechtliche Fragen beim elektronischen Patientendossier*, Jusletter 27 avril 2020 [cité : FELLMANN/ODERMATT, Jusletter 27 avril 2020].

FERGUSON A., *The Role of History in Debates Regarding the Boundaries of Medical Confidentiality and Privacy*, Journal of Medical Law and Ethics, 2015/1-2, p. 65 [cité : FERGUSON, Journal of Medical law and Ethics, 2015]

FILLI A., *Die Auskunftserteilung des Arztes an Behörden unter dem Aspekt des Berufsgeheimnisses gemäss Art. 321 StGB*, BJM 1987, p. 57 [cité: FILLI, BJM 1987].

FINGERHUTH T. / SCHLEGEL S. / JUCKER O., *BetmG Kommentar. Betäubungsmittelgesetz mit weiteren Erlassen*, 3ème éd., Zurich 2016 [cité : FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, OFK-BetmG, art. … N …].

FLÜCKIGER A., *L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?*, AJP/PJA 2013/6, p. 837 [cité : FLÜCKIGER, AJP/PJA 2013].

FLÜCKIGER C., *Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales*, thèse Neuchâtel, Genève Zurich Bâle 2008 [cité : FLÜCKIGER, *Dopage*].

FREI D. W. / HOLDEREGGER N., *Der Vorsorgeauftrag im neuen Erwachsenenschutzrecht. Erste Erfahrungen aus der Praxis zum Vorsorgeauftrag und Überlegungen zu Art. 397a OR im Lichte des Berufsgeheimnisses der Rechtsanwälte*, AJP/PJA 2013/8, p. 1224 [cité : FREI/HOLDEREGGER, AJP/PJA 2013].

FRISTSCH A., *Medicus peccans sive tractatus de peccatis medicorum*, Nuremberg 1684.

FÜNFKIRCHEN S. A., *Der « Datenschutz » im KVG und die fragwürdige « WZW-Überprüfung » im SwissDRG-System*, Jusletter 30 janvier 2012 [cité: FÜNFKIRCHEN, Jusletter 30 janvier 2012].

GÄCHTER T. / RÜTSCHE B., *Gesundheitsrecht – ein Grundriss für Studium und Praxis*, 4ème éd., Bâle 2018 [cité: GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*].

GAMBARDELLA S., *Une lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme relative aux données de santé*, Revue de droit sanitaire et social 2016/2, p. 271 [cité : GAMBARDELLA, Revue de droit sanitaire et social 2016].

GIBSON E., *Medical Confidentiality and Protection of Third Party Interests*, The American Journal of Bioethics 2006/2, p. 23 [cité : GIBSON, The American Journal of Bioethics 2006].

GILLI Y., *La santé mobile nous rattrape – avec quelles conséquences ?*, Bulletin des médecins suisses 2017/12, p. 359 [cité : GILLI, Bulletin des médecins suisses 2017].

GILLI Y. / SALATHÉ M. / WOLFF H., *Echange d'informations médicales lors de rapatriements*, Bulletin des médecins suisses 2017/14, p. 426 [cité : GILLI/SALATHÉ/WOLFF, Bulletin des médecins suisses 2017/14].

GIRARDIN O. / GASPOZ J.-M., *Managed care et réseaux en Suisse romande – et leur influence sur la transformation du système de santé*, in : BAUMBERGER E. ET AL. (édit.), *Managed Care Swiss Made*, Berne 2019, p. 147 [cité : GIRARDIN/GASPOZ, *Managed care et réseaux en Suisse romande*].

GKOULALAS-DIVANIS A. / LOUKIDES G., *A survey of Anonymization Algorithms for Electronic Health Records*, in : GKOULALAS-DIVANIS A. / LOUKIDES G. (édit.), *Medical Data Privacy Handbook*, Cham Heidelberg New York Dordrecht Londres 2015, p. 17 [cité : GKOULALAS-DIVANIS/LOUKIDES, *A survey of Anonymization Algorithms for Electronic Health Records*].

GLASER A., *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*, élaboré pour le DFI et l'OFSP, Zurich 2014, publié sur : www.e-health-suisse.ch [cité : GLASER, *Avis de droit*].

GLARDON O.-J / FACCHINETTI N., *Interprofessionnalité et soins intégrés : quel enseignement ?* Bulletin des médecins suisses 2015/ 3, p. 50 [cité : GLARDON/FACCHINETTI, Bulletin des médecins suisses 2015].

GMÜR R., *Secret médical et encaissement des créances d'honoraires*, Bulletin des médecins suisses 2004/34, p. 1763 [cité : GMÜR, Bulletin des médecins suisses 2004].

GOGNIAT Y., *Datenschutz in Spitälern. Wohin mit den Patientendaten*, Jusletter 20 juin 2016 [cité: GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016].

GOMM P. / ZEHNTER D. (édit.), *Opferhilfegesetz. Bundesgesetz vom 23. März 2007 über die Hilfe an Opfer von Straftaten*, 3ème éd., Berne 2009 [cité : AUTEUR, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. … N …].

GRAVEN P., *L'infraction punissable*, 2ème éd., Berne 1995 [cité : GRAVEN, *L'infraction punissable*].

GRAVEN P., *Le secret médical*, Médecine et Hygiène 1975/1171, p. 1729 [cité : GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975].

GRISEL C., *L'obligation de collaborer des parties en procédure administrative*, thèse, Fribourg 2008 [cité : GRISEL, *L'obligation de collaborer*].

GRMEK M. D

– *L'origine et les vicissitudes du secret médical*, Cahiers Laennec 1969/3, p. 5 [cité : GRMEK, Cahiers Laennec 1969].
– *Le secret médical. I. Aperçu historique*, Le Concours médical 1963, p. 4177 [cité : GRMEK, Le Concours médical 1963 I].
– *Le secret médical. II. Du secret absolu au secret partagé*, Le Concours médical 1963, p. 4283 [cité : GRMEK, Le Concours médical 1963 II].
– *Le secret médical. III. Situation actuelle dans le cadre européen*, Le Concours médical 1963, p. 4371 [cité : GRMEK, Le Concours médical 1963 III].

GUILLOD J. F., *Problèmes concrets de gestion des données au cabinet médical*, in : GUILLOD O. (édit.), *Protection des données médicales et transparence… du patient ? 19e Journée de droit de la santé*, Berne 2012, p. 81 [cité : GUILLOD J. F., *Problèmes concrets de gestion des données au cabinet médical*].

GUILLOD O.

– *Droit de la santé : Quelques développements récents*, in : GUILLOD O. (édit.), *L'hôpital entre droit, politique et économie(s). 21e Journée de droit de la santé*, Berne 2015 [cité : GUILLOD, *Développements récents*].
– *Droit des personnes*, 5ème éd., Bâle 2018 [cité : GUILLOD, *Droit des personnes*].
– *Evaluation de la situation juridique relative aux droits des patients*, Rapport du 7 octobre 2014 à l'attention de l'OFSP [cité : GUILLOD, *Evaluation de la situation juridique relative aux droits des patients*].
– *Le secret médical est-il en voie d'érosion ? Un regard helvétique*, in : LECA A. (dir.), *Le secret médical. Actes du XIe colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille. Le secret professionnel*, Aix-en-Provence 2012, p. 185 [cité : GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*].
– *Protection des données dans le domaine de la santé – Quelques réflexions introductives*, in : WALTER J.-P., *L'indépendance des autorités de surveillance*, Zurich Bâle Genève 2012, p. 77 [cité : GUILLOD, *Réflexions introductives*].
– *Le professionnel de la santé comme expert ou témoin : un régime dissocié mais indigeste*, in : MAHON P. / NGUYEN M. S. (éd.), *L'activité et l'espace.*

Droit du sport et aménagement du territoire. Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, Bâle 2011 [cité : GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*].
– *Le secret médical, aujourd'hui*, in : MÜLLER D. / FOPPA C. (édit.), *Le secret: éthique, transparence et confidentialité*, Lausanne 1996 [cité : GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*].
– *Le consentement éclairé du patient. Autodétermination ou paternalisme ?*, thèse, Neuchâtel 1986 [cité : GUILLOD, *Consentement éclairé du patient*].

GUILLOD O. / GIAUQUE A., *Secret médical et rapports de travail, in : Journée 1997 de droit du travail et de la sécurité sociale*, Zurich 1999, p. 51 [cité : GUILLOD/GIAUQUE, *Secret médical et rapports de travail*].

GUILLOD O. / KÖNIG D., *La médecine prédictive : interrogations liées à la protection des données*, Cahiers médico-sociaux 1997/41, p. 53 [cité : GUILLOD/KÖNIG, Cahiers médico-sociaux 1997].

GUILLOD O. / WINKLER G., *Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger des mineurs ? – Portée de la primauté du droit fédéral, à l'exemple de l'article 364 du Code pénal*, Jusletter 13 août 2007 [cité : GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007].

GUNTERN O., *Datenschutz und Gesundheitswesen*, in : HÜRLIMANN B. / JACOBS R. / POLEDNA T. (édit.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001, p. 21 [cité : GUNTERN, *Datenschutz*].

HAFTER E., *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil*, vol. 2, Berlin 1943 [cité : HAFTER, *Strafrecht*, vol. 2].

Handkommentar DSG, ROSENTHAL D. / JÖHRI Y., *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zürich 2008 [cité : AUTEUR, *Handkommentar DSG*, art. … N …].

HARBIJA E., *Post-mortem privacy 2.0 : theory, law, and technology*, International Review of Law, Computers & Technology, 2017/1, p. 26 [cité : HARBIJA, International Review of Law, Computers & Technology 2017].

HEIM W., *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, thèse, Lausanne 1944 [cité : HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*].

HERTIG PEA A.
– *La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ? – Etude des moyens d'action en droit suisse*, thèse, Neuchâtel 2013 [cité : HERTIG PEA, *Protection des données*].

– *La levée du secret professionnel en faveur d'héritiers. Commentaire de l'arrêt 4C.111/2006 du 7 novembre 2006*, Jusletter du 7 mai 2007 [cité : HERTIG PEA, Jusletter du 7 mai 2007].

HIRSIG-VOUILLOZ M., *La responsabilité du médecin. Aspects de droit civil, pénal et administratif*, Berne 2017 [cité : HIRSIG-VOUILLOZ, *La responsabilité du médecin*].

HOFFMAN S., *Medical Privacy and Security*, in : COHEN I. G. / HOFFMAN A. K. / SAGE W. M., *The Oxford Handbook of U.S. Health Law*, publication en ligne sur : <www.oxfordhandbooks.com>, 2015 [cité : HOFFMAN, *Medical Privacy and Security*].

HORSCHICK M., *Ohne Datenschutz kein E-Health. Kritische Momentaufnahme der datenschutzrechtlichen Situation im Gesundheitswesen*, digma 2002/2, p. 64 [cité : HORSCHICK, digma 2002].

HURTADO POZO J., *Droit pénal. Partie générale*, Genève Zurich Bâle 2008 [cité : HURTADO POZO, *Droit pénal*].

HÜRZELER M. / KIESER U., *Kommentar zum schweizerischen Sozialversicherungsrecht. UVG. Bundesgesetz über die Unfallverischerung*, Berne 2018 [cité : KOSS – HÜRZELER/KIESER, Art. … UVG, N …].

ISLER M., *Mobile Medical Apps : Patient Datenschutz*, Digma 2013/3, p. 110 [cité : ISLER, digma 2013].

JAYHAN K. S., *Driving Successful Population Health Management and Achieving Triple Aim with Clinical Analytics*, in : MARCONI K. / KATHERINE H. (édit.), *Big Data and Health Analytics*, Boca Raton 2015, p. 263 [cité : JAYHAN, *Driving Successful Population Health Management and Achieving Triple Aim with Clinical Analytics*].

JENDLY M.
– *Le secret de fonction et le secret médical incarcérés : proposition d'un modèle de partage d'informations confidentielles en exécution de peine privative de liberté*, Revue pénale suisse 2006/3, p. 245 [cité : JENDLY, Revue pénale suisse 2006].
– *La coexistence des secrets en exécution de peine privative de liberté : vers un modèle de partage des informations confidentielles en milieu carcéral*, thèse, Neuchâtel 2005 [cité : JENDLY, *Coexistence des secrets*].
– *Le secret médical du personnel soignant pénitentiaire : une pomme de discorde ?*, in : ZEN-RUFFINEN P. (édit.), *Les secrets et le droit*, Zurich 2004 [cité : JENDLY, *Secret médical du personnel soignant pénitentiaire*].

JENKINS G. / MERZ J. F. / SANKAR P., *A qualitative study of women's views on medical confidentiality*, Journal of Medical Ethics 2005/9, p. 499 [cité : JENKINS/MERZ/SANKAR, Journal of Medical Ethics 2005].

JOUANNA J., *Hippocrate*, Paris 1992 [cité : JOUANNA, *Hippocrate*].

JUNOD V., *Les adolescents ont droit au secret médical – Pourquoi la LAMal n'en tient-elle pas compte ?*, in : Bulletin des médecins suisses 2015/1-2, p. 36 [cité : JUNOD, Bulletin des médecins suisses 2015].

JUNOD V. / ELGER B., *Données codées, non-codées ou anonymes : des choix compliqués dans la recherche médicale. Rétrospective*, Jusletter du 10 décembre 2018 [cité : JUNOD/ELGER, Jusletter 10 décembre 2018].

KIPNIS K., *A Defense of Unqualified Medical Confidentiality*, The American Journal of Bioethics 2006/2, p. 7 [cité : KIPNIS, The American Journal of Bioethics 2006].

KELLER K., *Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich*, thèse, Zurich 1993 [cité: KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*].

KERR I. / MILLAR J. / CORRIVEAU N., *Robots and Artificial Intelligence in Health Care*, in : ERDMAN J. / GRUBEN V. / NELSON E. (édit.), *Canadian Health Law and Policy*, 5ème éd., Toronto 2017, p. 257 [cité : KERR/MILLAR/CORRIVEAU, *Robots and Artificial Intelligence in Health Care*]

KESSLER T., *Sécurité de l'information avec le cloud computing*, Bulletin des médecins suisses 2017/45, p. 1493 [cité : KESSLER, Bulletin des médecins suisses 2017].

KETTIGER D., *Zum Berufsgeheimnis der Psychologinnen und Psychologen gegenüber der Erwachsenenschutzbehörde (art. 448 ZGB)*, Revue suisse de jurisprudence 2014/20, p. 512 [cité: KETTIGER, Revue suisse de jurisprudence 2014].

KIEFER B.
- *Secret médical, la fin ?*, Revue médicale suisse 2015/497, p. 2308 [cité : KIEFER, Revue médicale suisse 2015].
- *Le patient transparent : mythe ou réalité prochaine ?*, in : GUILLOD O. (édit.), *Protection des données médicales et transparence… du patient ?, 19e Journée de droit de la santé*, Berne 2012, p. 125 [cité : KIEFER, *Le patient transparent*]

KIESER U., *Kommentar ATSG*, Zurich 2015 [cité : KIESER, *Kommentar ATSG*, art. … N …].

KIESER U. / PÄRLI K. (édit.), *Datenschutz im Arbeits-, Versicherungs- und Sozialbereich: Aktuelle Herausforderungen*, St-Gall 2012 [cité: KIESER/PÄRLI, *Datenschutz*].

KODNER D. L. / SPREEUWENBERG C., *Integrated care: meaning, logic, applications, and implications – a discussion paper*, International Journal of Integrated Care, 14 novembre 2002 [cité : KODNER/SPREEUWENBERG, International Journal of Integrated Care, 14 novembre 2002].

KOTTOW M. H., *Medical confidentiality : an intransigent and absolute obligation*, Journal of Medical Ethics 1986/12, p. 117 [cité : KOTTOW, Journal of Medical Ethics 1986].

KRAMER E. A., *Juristische Methodenlehre*, 6ème éd., Berne 2019 [cité : KRAMER, *Juristische Methodenlehre*].

KUHN H., *Protection des données et LAMal*, BMS 2001/82, p. 1707 [cité : KUHN, BMS 2001].

KUHN M. / POLEDNA T. (édit.), *Arztrecht in der Praxis*, 2ème éd., Zurich 2007 [cité : KUHN/POLEDNA (édit.), *Arztrecht*].

KUNZ K.-L., *Strafrechtlicher Teil*, in : GUILLOD O. / KUNZ K.-L. / ZENGER C. A., *Trois expertises sur des questions juridiques en relation avec le SIDA*, Berne 1991, 317 [cité : KUNZ, *Questions juridiques en relation avec le SIDA*].

LACOUR S., *Du secret médical aux dossiers de santé électroniques. Réflexions juridiques sur la protection des données de santé*, Médecine & Droit 2016/138, p. 62 [cité : LACOUR, Médecine & Droit 2016].

LAMIA P., *Les rançongiciels dans la santé aussi*, Bulletin des médecins suisses 2016/49-50, p. 1708 [cité : LAMIA, Bulletin des médecins suisses 2016].

LANGMACK H., *Die strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes*, Revue pénale suisse 1972/1, p. 67 [cité: LANGMACK, Revue pénale suisse 1972].

LATTANZI R., *Protecting health care data : from medical secrecy to personal data protection. Solution found?*, in : HERVEG J. (dir.), *La protection des données médicales. Les défis du XXe siècle*, Louvain-la-Neuve 2008, p. 21 [cité : LATTANZI, *Protecting health care data*].

LAUX C. ET AL., *Nutzung von Cloud-Angeboten durch Banken : Zur Zulässigkeit nach Art. 47 BankG*, Rechtsgutachten, Zurich 14 février 2019 [cité : LAUX ET AL., *Nutzung von Cloud-Angeboten durch Banken*].

LECA A., *La déontologie médicale française, histoire d'une laïcisation achevée ?*, in : LECA A. (dir.), *Santé, religion et laïcité. Actes du Xe colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille*, Aix-en-Provence 2010, p. 115 [cité : LECA, *Déontologie*].

LECA A. / CAREGHI J.-C., *Le secret médical, au crible d'une analyse historique*, in : LECA A. (dir.), *Le secret médical. Actes du XIe colloque du Centre de droit de la santé d'Aix-Marseille*, Aix-en-Provence 2012, p. 15 [cité : LECA/CAREGHI, *Analyse historique*].

LIÉTARD G., *Le médecin Charaka. Le serment des hippocratistes et le serment des médecins hindous*, Paris 1897 [cité : LIÉTARD, *Le médecin Charaka*].

LITTRÉ E., *Œuvres complètes d'Hippocrate*, tome 4, Paris 1844 [cité : LITTRÉ, *Œuvres complètes d'Hippocrate*].

LOGOZ P., *Commentaire du Code pénal suisse. Partie spéciale II (Art. 213 à 332)*, Neuchâtel/Paris 1956 [cité : LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. ... N ...].

LOUIS-COURVOISIER M., *Que faut-il ne pas dire à qui ? Le secret médical au XVIIIe siècle*, Revue médicale suisse 2008/141, p. 242 [cité : LOUIS-COURVOISIER, Revue médicale suisse 2008].

LOVIS C. / KIEFER B., *L'information, la santé, l'humain et la société*, in : SPRUMONT D. (édit.), *Nouvelles technologies et santé publique. 22e Journée de droit de la santé*, Berne 2016, p. 43 [cité : LOVIS/KIEFER, *L'information*].

LUPU A., *Questions pratiques sur le secret médical*, RFJ 2015/2, p. 121 [cité : LUPU, RFJ 2015/2].

MAEHLE A.-H., *Contesting Medical Confidentiality: Origins of the Debate in the United States, Britain, and Germany*, Chicago Londres 2017 [cité : MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*, chap. ...].

MAHON P., *Droit constitutionnel. Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure*, 3ème éd., Bâle 2014 [cité : MAHON, *Droit constitutionnel*].

MANAÏ D., *Droits du patient et biomédecine*, 2ème éd., Berne 2013 [cité : MANAÏ, *Biomédecine*].

MARANTA L., *Im « Irrgarten » zwischen Meldepflichten, Melderechten und Berufsgeheimnissen – die Revision der Meldevorschriften im Kindesschutz*, RMA 2018/4, p. 231 [cité : MARANTA, RMA 2018].

MARTIN J. / GUILLOD O., *Secret médical – Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient ?*, Bulletin des médecins suisses 2000/81, p. 2047 [cité : MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000].

MATTER M., *Le secret médical est intangible*, Bulletin des médecins suisses 2014/18, p. 681 [cité : MATTER, Bulletin des médecins suisses 2014].

MATTHEW M. / WEINSTEIN D. / BROYLES C., *Roadblocks, Regulation, and Red Tape : How American Health Policy and Industry Norms Threaten Big Data Revolution*, in : MARCONI K. / KATHERINE H. (édit.), *Big Data and Health Analytics*, Boca Raton 2015, p. 201 [cité : MATTHEW/WEINSTEIN/BROYLES, *How American Health Policy and Industry Norms Threaten Big Data Revolution*].

MAUSBACH J.
- *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners im schweizerischen Strafvollzug aus strafrechtlicher Sicht*, thèse, Zurich 2010 [cité: MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*].
- *Datenbekanntgabe und Schweigepflicht im schweizerischen Transplantationgesetz*, Jusletter 26 octobre 2009 [cité: MAUSBACH, Jusletter 26 octobre 2009].

MCHALE J. V., *Medical Confidentiality & Legal Privilege*, Londres 1993 [cité : MCHALE, *Medical Confidentiality & Legal Privilege*].

MEIER P.
- *Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel ?*, RMA 2018/6, p. 455 [cité : MEIER, RMA 2018].
- *Le défi de Big Data dans les relations entre privés. Avec quelques réflexions de lege feranda*, in : EPINEY A. / NÜESCH D. (édit.), *Big Data et droit de la protection des données*, Zurich Bâle Genève 2016, p. 47 [cité : MEIER, *Big Data*]
- *Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011 [cité : MEIER, *Protection des données*].
- *5ème révision de l'AI et détection précoce : que reste-t-il de la protection des données et du secret médical ?*, in : KAHIL-WOLFF B. / SIMONIN E. (édit.), *La 5ème révision de l'AI*, Berne 2009, p. 87 [cité : MEIER, *5e révision de l'AI et détection précoce*].

MÉTILLE S., *L'utilisation de l'informatique en nuage par l'administration publique*, AJP/PJA 2019/6, p. 609 [cité : MÉTILLE, AJP/PJA 2019].

MÉTILLE S. / ACKERMANN A., *RGPD : application territoriale et extraterritoriale*, in : EPINEY A. / ROVELLI S. (édit.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD) : portée et premières expériences*, Zurich 2020, p. 77 [cité : MÉTILLE/ACKERMANN, RGPD].

MÉTILLE S. / ARASTEH Y., *Le règlement général sur la protection des données et les assureurs privés suisses*, in : FUHRER S., *Annales SDRCA 2018*, Zurich Bâle Genève 2018, p. 111 [cité : MÉTILLE/ARASTEH, *RGPD et assureurs privés suisses*].

MICHALOWSKI S., *Medical Confidentiality and Crime*, Hants Burlington 2003 [cité : MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*].

MICHLIG M., *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden unter dem Aspekt der Amtsgeheimnisverletzung (Art. 320 StGB)*, thèse, Zurich 2013 [cité: MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*].

MIZEL C., *Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédures d'examen et secret médical*, AJP/PJA 2008/5, p. 586 [cité : MIZEL, AJP/PJA 2008].

MONTAVON M., *Communications de données médicales sur le patient entre prestataires de soins et assureur-maladie – Ménage à trois*, RFJ 2015/3, p. 235 [cité : MONTAVON, RFJ 2015].

MOREILLON L. / PAREIN-REYMOND A., *Petit commentaire. Code de procédure pénale*, 2ème éd., Bâle 2016 [cité : MOREILLON/PAREIN-REYMOND, PC CPP, art. … N …].

MORISSETTE Y.-M. / SHUMAN D. W., *Le secret professionnel au Québec : une hydre à trente-neuf têtes rôde dans le droit de la preuve*, Les Cahiers de droit 1985/3, p. 501 [cité : MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985]

NAVILLE F., *Le secret professionnel des médecins*, in : *Droit et vérité. Le droit oblige-t-il à parler et à dire la vérité*, Genève 1946, p. 46 [NAVILLE, *Secret professionnel des médecins*].

NIVEAU G. / BURKHARDT S. / CHIESA S., *Medical confidentiality and the competent patient*, Journal of Medical Ethics 2013/11, p. 686 [cité : NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA, Journal of Medical Ethics 2013].

NOLL P.
– *Das ärztliche Berufsgeheimnis im schweizerischen Strafrecht*, in : *Schweizerische Beiträge zum fünften internationalen Kongress für Rechtsvergleichung*, Zurich 1958, p. 233 ss [cité : NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*]
– *Geheimnisschutz und Zeugnispflicht*, in : *Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Max Gerwig*, Bâle 1960, p. 135 [cité: NOLL, *Geheimnisschutz und Zeugnispflicht*].

OLIVIER E., *Médecine et santé dans le pays de Vaud*, tome II, Lausanne 1962 [cité : OLIVIER, *Médecine et santé dans le pays de Vaud*].

PALLY HOFMANN U., *Wem gehört die Krankengeschichte?*, RSDS 2016, p. 93 [cité: PALLY HOFMANN, RSDS 2016].

PELET O.
– *Protection de l'adulte : le secret médical ébréché*, REISO, 28 juin 2012, consultable à l'adresse suivante : <https://www.reiso.org/articles/themes/104-protection-de-l-adulte-le-secret-medical-ebreche> [cité : PELET, *Protection de l'adulte : le secret médical ébréché*].
– *Médecine et droit : le médecin malgré lui*, in : GUILLOD O. / SPRUMONT D. (édit.), *Rapports entre médecins et autorités : indépendance ou collaboration ?, 18e Journée de droit de la santé*, Berne 2011, p. 59 [cité : PELET, *Le médecin malgré lui*].

PELET O. / SCHLOSSER R., *TARMED et le secret médical*, in : KASSER A. ET AL. (édit.), *L'avocat et le juge face au droit pénal. Mélanges offerts à Eric Stoudmann*, Genève Zurich Bâle 2005, p. 199 [cité : PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*].

PERCIVAL T., *Medical Ethics*, Londres 1803 [cité : PERCIVAL, *Medical Ethics*].

PERRENOUD S., *La protection de la maternité. Etude de droit suisse, international et européen*, thèse Lausanne, Berne 2015 [cité : PERRENOUD, *Protection de la maternité*].

PERRIN M., *Le droit pénal cantonal 2011*, RVJ 2010, p. 209 [cité : PERRIN, RVJ 2010].

PETER C.
– *DSGVO und E-DSG fordern Schweizer Spitäler, Praxen, Heime und Spitex*, Jusletter 26 février 2018 [cité : PETER, Jusletter 26 février 2018].
– *Die Zulässigkeit der Auslagerung der Bearbeitung der Patientendaten von Spitälern an externe Informatikdienstleister*, Jusletter 22 juin 2009 [cité : PETER, Jusletter 22 juin 2009].

PETERMANN C., *La personne privée, le secret et le droit*, in : ZEN-RUFFINEN P. (édit.), *Les secrets et le droit*, Zurich 2004 [cité : PETERMANN, *La personne privée, le secret et le droit*].

PIOTET D., *De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé*, in : SCHMID N. / KILLIAS N. (édit.), *Le droit pénal et ses liens avec les autres branches du droit. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Gauthier*, Berne 1996, p. 333 [cité : PIOTET, *Révélation*].

POLEDNA T. / BERGER B., *Öffentliches Gesundheitsrecht*, Berne 2002 [cité : POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*].

PORTES L., *A la recherche d'une éthique médicale*, Paris 1954 [cité : PORTES, *Ethique médicale*].

PRIEUR Y., *Umsetzung des Datenschutzes in die Pflegepraxis*, Pflegerecht 2018/3 [cité : PRIEUR, Pflegerecht 2018].

PRIEUR Y., *Welches Datenschutzrecht ist für Spitäler als Arbeitsgeber anwendbar? Beispiel: Kanton Bern*, Jusletter 18 mai 2015 [cité : PRIEUR, Jusletter 18 mai 2015].

QUIGNARD P., *L'enfant d'Ingolstadt*, Paris 2018 [cité : QUIGNARD, *L'enfant d'Ingolstadt*].

RAMER P., *Datenschutz und Arztpraxis*, in : HÜRLIMANN B. / JACOBS R. / POLEDNA T. (édit.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001, p. 21 [cité : RAMER, *Datenschutz*].

RANADE S. / DESHPANDE R., *History & Philosophy of Ayurveda*, Delhi 2006 [cité : RANADE/DESHPANDE, *History & Philosophy of Ayurveda*].

REHBERG J., *Arzt und Strafrecht*, in : HONSELL H. (édit.), *Handbuch des Arztrechts*, Zurich 1994 [cité : REHBERG, *Arzt und Strafrecht*].

RIEDER P. / LOUIS-COURVOISIER M. / HUBER P., *The end of medical confidentiality? Patients, physicians and the state in history*, Medical Humanities 2016/3, p. 149 [cité : RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER, Medical Humanities 2016].

RODRIGUES J. / COMPTE S. / DE LA TORRA DIEZ I., *e-Health Systems. Theory, Advances and Technical Applications*, Londres Oxford 2016 [cité : RODRIGUES/COMPTE/DE LA TORRA, *Health information systems*].

ROHMER S., *Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée*, thèse Genève, Zurich 2006 [cité : ROHMER, *Données génétiques*].

ROSSEL J.-E., *L'interprétation des normes contradictoires*, in : PERRIN J.-F. (dir.), *Les règles d'interprétation. Principes communément admis par les juridictions*, Fribourg 1989, p. 55 [cité : ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*].

RÖTHLISBERGER A., *Secret médical et secret de fonction*, RDAF 1982/5, p. 325 [cité : RÖTHLISBERGER, RDAF 1982].

RUCKSTUHL N., *Art. 321bis StGb: Das Berufsgeheimnis in der medizinischen Forschung*, thèse, Bâle 1999 [cité: RUCKSTUHL, *Art. 321bis StGb*].

RÜEGG D., *Transmission de données par les fournisseurs de prestations médicales aux organes de l'assurance-accidents obligatoire et de l'assurance militaire*, Bulletin des médecins suisses 2012/51-52, p. 1901 [cité : RÜEGG, Bulletin des médecins suisses 2012].

RUSSEK R., *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, thèse, Zurich 1954 [cité : RUSSEK, *Das ärzltiche Berufsgeheimnis*].

RÜTSCHE B.
- *Was sind öffentliche Aufgaben ?*, recht 2013/4, p. 153 [cité : RÜTSCHE, recht 2013].
- *Datenschutzrechtliche Aufsicht über Spitäler. Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*, Zurich Bâle Genève 2012 [cité : RÜTSCHE, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux*].

SANKAR P. / MORAN S. / MERZ J. F. / JONES N., *Patient Perspectives on Medical Confidentiality*, Journal of General Internal Medicine 2003/8, p. 659 [cité : SANKAR/MORAN/MERZ/JONES, Journal of General Internal Medicine 2003].

SCHÄFER P., *Aerztliche Schweigepflicht und Elektronische Datenverarbeitung*, thèse, Zurich 1978 [cité: SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*].

SCHAFFNER M.-A., *L'autorisation de révéler un secret professionnel*, thèse, Lausanne 1952 [cité : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*].

SCHMID N. / JOSITSCH D., Schweizeriche Strafprozessordnung (StPO). Praxiskommentar, 3ème éd., Zurich St-Gall 2017 [cité : SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, Art. … N …].

SCHNEEWEISS S., *Learning from Big Health Care Data*, The New England Journal of Medicine 2014/23, p. 2161 [cité : SCHNEEWEISS, The New England Journal of Medicine 2014].

SCHNYDER T. / KOBEL-FURRER K. / NANCHEN C. / FANTI S. / KALBERMATTER M., *La protection de la sphère privée dans les institutions. Concernant le problème de la protection de la sphère privée dans les Etablissements Médicaux Sociaux (EMS) et autres maisons de soins et les crèches*, Berne 2018 [cité : SCHNYER ET AL., *Protection de la sphère privée dans les institutions*].

SCHÖNLE H. / KERNEN J.-P., *Rapport sur le secret professionnel en droit suisse*, in : *Le secret et le droit (Journées libanaises)*, Travaux de l'Association Henri Capitant, tome XXV, Paris 1976, p. 153 [cité : SCHÖNLE/KERNEN, *Rapport sur le secret professionnel en droit suisse*].

SCHUBARTH M., *Arztgeheimnis : Kann sich der Arzt, der sich an einen Anwalt wendet, auf Notstand berufen?*, Bulletin des médecins suisses 2008/28/29, p. 1250 [cité : SCHUBARTH, Bulletin des médecins suisses 2008].

SCHULTHEISS S. / LEHMANN T., *Privatrechtlicher Vertrauensarzt und ärztliche Schweigepflicht. Tendenzen in Rechtsprechung und Lehre*, Jusletter 27 août 2018 [cité : SCHULTHEISS/LEHMANN, Jusletter 27 août 2018].

SCHULTZ H., *Die Verletzung des Amtsgeheimnisses gemäss StrGB Art. 320*, Kriminalistik 1979/8, p. 369 [cité : SCHULTZ, Kriminalistik 1979].

SCHWANDER M., *Geheimhaltungspflichten und Datenaustausch in der Sozialen Arbeit*, RMA 2015/2, p. 95 [cité: SCHWANDER, RMA 2015].

SCHWANINGER D. / LATTMANN S. S., *Cloud Computing : Ausgewählte rechtliche Probleme in der Wolke*, Jusletter 11 mars 2013 [cité : SCHWANINGER/LATTMANN, Jusletter 11 mars 2013].

SCHWARZENEGGER C. / THOUVENIN F. / STILLER B., *Nutzung von Cloud-Diensten durch Anwältinnen und Anwälte. Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, Zurich Bâle Genève 2019 [cité : SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*].

SHUMAN D. W. / WEINER M. F. / PINARD G., *The Privilege Study (Part III) : Psychotherapist-Patient Communications in Canada*, International Journal of Law and Psychiatry 1986/4, p. 393 [cité : SHUMAN/WEINER/PINARD, International Journal of Law and Psychiatry 1986].

SIEBEN A., *Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidgenössischen Strafgesetzbuchs*, thèse, Berne 1943 [cité : SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*].

SIEBER J. A., *Der Begriff des Beamten im schweizerischen Strafgesetzbuch*, Revue pénale suisse 1966, p. 78 [cité : SIEBER, Revue pénale suisse 1966].

SINGER S. J. ET AL., *Defining and Measuring Integrated Patient Care : Promoting the Next Frontier in Health Care Delivery*, Medical Care Research and Review 2011/1, p. 112 [SINGER ET AL., Medical Care Research and Review 2011].

SPERLING D., *Posthumous Interests : Legal and Ethical Perspectives*, Cambridge 2008 [cité : SPERLING, *Posthumous Interests*].

SPILLMANN F.-M., *Begriff und Unrechtstatbestand der Verletzung der Amtsgeheimnisse nach Artikel 320 des Strafgesetzbuches*, thèse, Zurich 1984 [cité: SPILLMANN, *Verletzung der Amtsgeheimnisse*].

SPRECHER F.
- *Datenschutz im Gesundheitsbereich : aktuelle Entwicklungen*, in : KIESER U. / PÄRLI K. / UTTINGER U. (édit.), *Datenschtutztagung 2018. Ein Blick auf aktuelle Rechtsentwicklungen*, Zurich St-Gall 2019, p. 137 [cité : SPRECHER, *Datenschutz im Gesundheitsbereich*].
- *Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen*, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018/154, p. 482 [cité : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018].

SPRECHER F. / HOFER A., *Das elektronische Patientdossier*, in : EPINEY A. / SANGSUE D. (édit.), *Protection des données et droit de la santé*, Zurich 2019, p. 43 [cité : SPRECHER/HOFER, *Das elektronische Patientdossier*].

SPRUMONT D. / DUCOR P., *Le secret médical en prison : une fausse polémique*, Bulletin des médecins suisses 2015/44, p. 1592 [cité : SPRUMONT/DUCOR, Bulletin des médecins suisses 2015].

STEIERT J.-F., *Protection des données dans le système de santé : quels intérêts pour les patientes et les patients? Quelques réflexions de principe*, in : GUILLOD O. (édit.), *Protection des données médicales et transparence… du patient ? 19e Journée de droit de la santé*, Berne 2012, p. 149 [cité : STEIERT, *Protection des données dans le système de santé*].

STEINAUER P.-H. / FOUNTOULAKIS C., *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014 [cité : STEINAUER/FOUNTOULAKIS, *Droit des personnes physiques*].

STRATENWERTH G. / BOMMER F., *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil Bd. II : Straftaten gegen Gemeininteressen*, 7ème éd., Berne 2013 [cité : STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*].

STRÄULI B. / ETIER G., *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*, in : CHAPPUIS C. / WINIGER B. (édit.), *Responsabilité civile. Responsabilité pénale*, Zurich 2015, p. 11 [cité : STRÄULI/ETIER, *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*].

SYBORD C., *Big Data et conception d'un système d'information d'aide à la décision clinique*, Les cahiers numériques 2016/1, p. 73 [cité : SYBORD, Les cahiers numériques 2016].

TAG B., *Die Verschwiegenheit des Arztes im Spiegel des Strafgesetzbuches und der Strafprozessordnung des Kantons Zürich*, Revue pénale suisse 2004/1, p. 1 [cité : TAG, Revue pénale suisse 2004].

TANQUEREL T., *Le secret de fonction*, in : TANQUEREL T. / BELLANGER F., *L'administration transparente*, Genève 2002, p. 43 [cité : TANQUEREL, *Le secret de fonction*].

TRECHSEL S. / PIETH M. (édit.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch. Praxiskommentar*, 3ème éd., Zurich 2017 [cité : AUTEUR, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. ... N ...].

TRITTEN C., *Aspects juridiques de la maltraitance des personnes âgées vivant en institution*, thèse, Neuchâtel 2002 [cité : TRITTEN, *Maltraitance des personnes âgées*].

TSCHENTSCHER A., *Grundprinzipien des Rechts*, Berne Stuttgart Vienne 2003 [cité : TSCHENTSCHER, *Grundprinzipien des Rechts*].

UMMEL M. / RESTELLINI J.-P., *Les instances de levée du secret médical en Suisse*, RSJ/SJZ 1994/21, p. 361 [cité : UMMEL/RESTELLINI, RSJ/SJZ 1994].

UTTINGER U., *Datenschutz im Gesundheitswesen*, in : PASSADELIS N. / ROSENTHAL D. / THÜR H. (édit.), *Datenschutzrecht. Beraten in Privatwitschaft und öffentlicher Verwaltung*, Bâle 2015, p. 323 [cité : UTTINGER, *Datenschutz im Gesundheitswesen*].

VALTERIO M., *Commentaire. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)*, Genève Zurich Bâle 2018 [cité : VALTERIO, *Commentaire LAI*, Art. ... N ...].

VASELLA D., *Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht*, Jusletter 16 novembre 2015 [cité : VASELLA, Jusletter 16 novembre 2015].

VERDIER J., *Essai sur la jurisprudence de la médecine en France*, Paris 1763.

VILLEY R., *Histoire du secret médical*, Paris 1986 [cité : VILLEY, *Histoire du secret médical*].

VOISARD S., *L'auxiliaire dans la surveillance administrative. Du droit bancaire et financier au droit administratif général*, thèse, Fribourg 2014 [cité : VOISARD, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative*].

VOKINGER K. N., *Gesundheitsdaten im digitalen Zeitalter*, Jusletter 27 janvier 2020 [cité : VOKINGER, Jusletter 27 janvier 2020].

VOLKEN T. / BOPP M. / RÜESCH P., *Intensität der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in der Schweizer Bevölkerung*, Winterthur Zurich 2014 [cité : VOLKEN/BOPP/RÜESCH, *Intensität der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in der Schweizer Bevölkerung*].

WAGNER J. / KUHN H. / GAUTHEY M., *La carte d'assuré : efficace, adéquate et économique ?*, Bulletin des médecins suisses 2010/9, p. 335 [cité : WAGNER/KUHN/GAUTHEY, Bulletin des médecins suisses 2015].

WARREN S. D. / BRANDEIS L. D., *The right to Privacy*, Harvard Law Review 1890, p. 193 [cité : WARREN/BRANDEIS, Harvard Law Review 1890].

WARWICK S. J., *A vote for no confidence*, Journal of medical ethics 1989/15, p. 183 [cité : WARWICK, Journal of medical ethics 1989/15].

WEISHAUPT E., *Die Schweigepflicht nach art. 4 OHG unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs*, in : OFJ, *Aide aux victimes en Suisse. Expériences et perspectives*, Berne 2004, p. 139 [cité : WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*].

WICKI L., *Grenzen der ärztlichen Geheimhaltungspflicht*, thèse, Zurich 1972 [cité : WICKI, *Grenzen der ärztlichen Geheimhaltungspflicht*].

WIDMER B., *Das elektronische Patientdossier – ein Mammutprojekt wird Realität*, AJP/PJA 2017/6, p. 765 [cité : WIDMER, AJP/PJA 2017].

WIESER S. ET AL., *Die Kosten der nichtübertragbaren Krankheiten in der Schweiz : Schlussbericht*, Winterthur 2014 [cité : WIESER ET AL., *Die Kosten der nichtübertragbaren Krankheiten in der Schweiz*].

WILSON P., *Introductory chapter. The changing face of healthcare systems and new demands on medical data handling*, in : HERVEG J. (dir.), *La protection des données médicales. Les défis du XXe siècle*, Louvain-la-Neuve 2008, p. 13 [cité : WILSON, *The changing face of healthcare systems*].

WINKLER S., *Datenschutzrechtliche Anforderungen an die Datenbearbeitungen der Datenannahmestelle Art. 59a KVV*, Jusletter 24 août 2015 [cité : WINKLER, *Art. 59a KVV*].

WITTE F., *«Wir brauchen einen liberalen Umgang mit Patientendaten »*, Bulletin des médecins suisses 2015/14-15, p. 537 [cité : WITTE, Bulletin des médecins suisses 2015].

WOHLERS W., *Auslagerung einer Datenbearbeitung und Berufsgeheimnis (Art. 321 StGB). Externalisation du traitement des données et secret professionnel (art. 321 CPS)*, Avis de droit réalisé sur mandat du Préposé à la protection des données du canton de Zurich, Zurich Bâle Genève 2016 [cité : WOHLERS, *Externalisation du traitement des données et secret professionnel*].

Rapports, directives, recommandations ou lignes directrices

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques*, 10 avril 2014.

ASSM, *Patient, médecin, big data. Qui a le pouvoir de définition ?*, Swiss academics communications, vol. 14, n° 3, 2019 [cité : ASSM, *Patient, médecin, big data. Qui a le pouvoir de définition ?*].

BASS, *Zunehmende Spezialisierung in der Humanmedizin aus Sicht der Spitalorganisation. Welchen Zusammenhang gibt es zwischen der Entwicklung in der Humanmedizin und jener in der Spitalorganisation?*, Berne 2016 [cité : BASS, *Zunehmende Spezialisierung in der Humanmedizin*].

COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur la santé mobile*, 10 avril 2014.

CONFÉDÉRATION SUISSE, *Stratégie Suisse numérique*, 2016, p. 13 ss

CONFÉDÉRATION SUISSE / CDS, *Stratégie Cybersanté Suisse 2.0 2018-2022*, 1er mars 2018.

CONSEIL DE L'EUROPE

- Recommandation du Comité des Ministres Rec (2020)1 du 8 avril 2020 sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme.
- Recommandation du Comité des Ministres Rec (2018)2 du 7 mars 2018 sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet.
- Recommandation du Comité des Ministres Rec (2016) 6 du 11 mai 2016 sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine.

– Recommandation du Comité des Ministres Rec (2015) 6 du 1er avril 2015 sur la libre circulation transfrontière des informations sur internet.
– Recommandation du Comité des Ministres Rec (2006) 4 du 14 mars 2006 sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine.
– Recommandation du Comité des Ministres Rec (90) 3 du 6 février 1990 sur la recherche médicale sur l'être humain.
– Recommandation du Comité des Ministres Rec (83) 10 du 23 septembre 1983 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à la vie privée du 24 novembre 2016, A/HRC/31/64.

COPMA, *Droit et obligation d'aviser l'APEA selon les art. 314c, 314d, 443 et 453 CC*, RMA 2019/2, p. 158 [cité : COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, RMA 2019/2].

DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, *Meldepflichten und Meldrerechte von Spitälern*, Zurich 2019 [cité: DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, *Meldepflichten und Meldrerechte von Spitälern*].

DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral. Santé2020*, 23 janvier 2013.

DFJP, Rapport d'expertise du 30 juin 2010, *Archivierung von Patientendokumentationen*, 2010.9.

EDPB, *Lignes directrices 3/2018 relatives au champ d'application territorial du RGPD (article 3)*, version 2.0, 12 novembre 2019 [cité : EDPB, *Lignes directrices 3/2018*].

EHEALTH SUISSE
– *Qui doit proposer un DEP*, Fiche d'information, 27 novembre 2019.
– *Informations pertinentes pour le traitement. Aide à la mise en œuvre pour les communautés de référence*, 18 septembre 2019.
– *Recours à des auxiliaires pour le traitement des données du DEP*, Fiche d'information, 6 août 2019.
– *Qui peut avoir accès au DEP ? Les professionnels de la santé au sens de la LDEP*, Fiche d'information, 28 mai 2019.
– *Questions et réponses relatives à la mise en œuvre du DEP*, version du 24 mars 2019.
– *Aide à la mise en œuvre concernant la protection et la sécurité des données dans le cadre du DEP*, 27 juin 2017.
– *mobile Health (mHealth). Recommandations I*, 16 mars 2017.

– *La différence entre dossier médical électronique et dossier électronique du patient*, Fiche d'information, 8 décembre 2015.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, version 2.1, 12 novembre 2019 [cité : EDPB, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, version 2.1].

HAUT-COMMISSARIAT DES NATIONS UNIES, Rapport du 30 juin 2014 « *Le droit à la vie privée à l'ère numérique* », A/HRC/27/37.

HUG / CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE, *Limites du secret partagé*, avis du 26 novembre 2013, [cité : HUG / CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE, *Limites du secret partagé*].

OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ
– *Soins intégrés en Suisse. Résultats de la 1re enquête (2015-2016)*, Neuchâtel 2017 [cité : OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Soins intégrés en Suisse. Résultats de la 1re enquête (2015-2016)*].
– *La santé en Suisse – Le point sur les maladies chroniques. Rapport national sur la santé 2015*, Neuchâtel 2015 [cité : OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Le point sur les maladies chroniques*].

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Expertise 051125 du 24 novembre 2005, JAAC 70.54.

OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, *Données structurelles des cabinets médicaux et des centres ambulatoires 2017*, Communiqué de presse du 24 octobre 2017.

OFSP
– *Politique de la santé : stratégie du Conseil fédéral 2020-2030*, 6 décembre 2019.
– *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine (Ordonnance sur la transplantation)*, octobre 2017.
– *Programme de promotion interprofessionnalité dans le domaine de la santé 2017-2020*, janvier 2017.
– Circulaire n° 7.1, *Assureurs-maladie : organisation et processus conformes à la protection des données*, 1er janvier 2016.
– *Rapport du groupe thématique « Interprofessionnalité »*, 28 octobre 2013.
– *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse*, 27 juin 2007.

OPTIC, *Big data et santé prédictive. Prédire le futur de la santé*, 2018 [cité : OPTIC, *Big data et santé prédictive*].

PFPDT
- *Le RGPD et ses conséquences sur la Suisse*, juillet 2018.
- *Explications concernant l'informatique en nuage (cloud computing)*.
- *24e Rapport d'activités 2016/2017*.
- *21e Rapport d'activités 2013/2014*.

SÉCURITÉ DES PATIENTS SUISSE, *Mise en place et gestion efficace d'un système de déclaration et d'apprentissage (CIRS). Recommandations à l'intention des institutions de santé hospitalières*, Berlin 2016 [cité : SÉCURITÉ DES PATIENTS SUISSE, *Mise en place et gestion efficace d'un système de déclaration et d'apprentissage (CIRS)*].

SEFRI, *Défis de la numérisation pour la formation et la recherche en Suisse*, juillet 2007.

SOCIÉTÉ SUISSE D'INFORMATIQUE MÉDICALE, *Vision « Cybersanté 2025 ». Du système de soins au système de santé*, non daté.

SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Bevölkerungsbefragung*, Berne 2020 [cité : SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Bevölkerungsbefragung*].

SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2018. Bericht zur Befragung der Gesundheitsfachpersonen*, Berne 2020 [cité : SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Befragung der Gesundheitsfachpersonen*].

Travaux préparatoires

Avis du Conseil fédéral du 29 septembre 1980 sur les Initiatives parlementaires et initiatives cantonales sur l'interruption de la grossesse, FF 1980 III 1050.

Code pénal suisse, procès-verbal de la deuxième commission d'experts, Lucerne 1915/1918.

COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Initiative parlementaire, Révision partielle de la loi sur les stupéfiants, Rapport du 4 mai 2006, 05.470, FF 2006 8141.

COMMISSION GENEVOISE DU SECRET PROFESSIONNEL, rapport d'activité 2017.

CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997.

OFJ, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, 21 décembre 2016.

Messages du Conseil fédéral
- du 6 décembre 2019 relatif à l'approbation du protocole du 10 octobre 2018 portant amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, FF 2020 545.
- du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565 [cité : Message révision LPD].
- du 5 juillet 2017 concernant la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine [cité : Message révision LAGH].
- du 22 février 2017 concernant la loi sur la sécurité de l'information, FF 2017 2765
- du 15 avril 2015 concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), FF 2015 3147 [cité : Message protection de l'enfant].
- du 3 juillet 2013 concernant la modification de la loi sur les professions médicales (LPMéd), FF 2005 5583 [cité : Message modification LPMéd].
- du 29 mai 2013 concernant la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEIP), FF 2013 4747, 4753 [cité : Message LDEP].
- du 12 septembre 2011 relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 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) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains, FF 2002 271 [cité : Message Convention biomédecine].
- du 3 décembre 2010 concernant la révision de la loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, FF 2011 291 [cité : Message révision LEp].
- du 20 octobre 2010 concernant Via Sicura, le programme d'action de la Confédération visant à renforcer la sécurité routière, FF 2010 7703 [cité : Message Via Sicura].
- du 30 septembre 2009 relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, FF 2009 6235 [cité : Message LPsy].
- du 7 décembre 2007 concernant la loi sur les conseils en brevets, FF 2008 327.

– du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635.
– du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de procédure pénale, FF 2006 1057, 1182.
– du 18 janvier 2005 concernant la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd), FF 2005 157 [cité: Message LPMéd].
– du 19 février 2003 relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention 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, FF 2003 1915 [cité : Message révision partielle LPD]
– relatif à la loi fédérale sur la transparence du 12 février 2003, FF 2003 1807 [cité : Message LTrans].
– du 11 septembre 2002 relatif à la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, FF 2002 6841 [cité : Message LAGH].
– du 12 septembre 2001 concernant la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, FF 2002 19 [cité : Message loi sur la transplantation].
– du 24 novembre 1999 concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement des données personnelles dans les assurances sociales, FF 2000 219 [cité : Message données personnelles et assurances sociales].
– du 1er mars 1999 concernant une loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux, FF 1999 III 3151 [cité : Message LPTh].
– du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II 1787, 1959.
– du 13 novembre 1996 concernant l'adhésion à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, FF 1997 I 701 [cité : Message Convention traitement automatisé].
– du 25 avril 1990 concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes, FF 1990 II 909 [cité : Message LAVI].
– du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD), FF 1988 II 421 [cité : Message LPD].

– du 30 septembre 1974 relatif à une loi fédérale sur la protection de la grossesse, ainsi qu'au nouveau régime de répression de l'interruption de la grossesse et rapport sur l'initiative populaire ainsi que sur l'initiative du canton de Neuchâtel concernant la décriminalisation de l'avortement, FF 1974 II 706 [cité : Message protection de la grossesse].
– du 14 novembre 1973 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 1973 II 1141.
– à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918.

OFJ, Rapport explicatif du 21 décembre 2016 concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales.

OFSP, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus ou de cellules d'origine humaine (Ordonnance sur la transplantation), octobre 2017.

OFSP, Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI), 22 mars 2017, p. 18.

Rapport du Conseil fédéral du 9 décembre 2011 sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, FF 2012 255, 270-271.

Rapport d'expertise du DFJP du 30 juin 2010, *Archivierung von Patientendokumentationen*, 2010.9, p. 87.

Table des abréviations

Précision : les cantons sont parfois désignés par recours aux abréviations officielles, qui ne sont pas reproduites ici. Il en va de même pour l'abréviation des actes législatifs cantonaux. Ces derniers sont toutefois systématiquement accompagnés de leur numéro au registre systématique cantonal.

a[loi]	ancien(ne) [loi]
AI	assurance-invalidité
AIRD	Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle
AOS	Assurance obligatoire des soins
APEA	Autorité de protection de l'enfant et de l'adulte
art.	article(s)
ASI	Association Suisse des Infirmières
ASSM	Académie Suisse des Sciences Médicales
ATF	Arrêt publié du Tribunal fédéral
AVS	Assurance-vieillesse et survivants
BASS	Bureau d'études de politique du travail et de politique sociale
Bd.	*Band*
BJM	Basler juristische Mitteilungen
BlZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung
BMS	Bulletin des médecins suisses
BO	Bulletin officiel
BSK	Basler Kommentar
c.	considérant(s)
CAD	Dollars canadiens
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907, RS 210
CDIP	Conférence suisse des directeurs cantonaux de l'instruction publique
CDS	Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé
CE	Conseil des Etats
CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, conclue à Rome le 4 novembre 1950, RS 0.101
Cf.	*conferre*

CIRS	*critical incident reporting system*
CN	Conseil national
CO	Code des obligations ; loi fédérale complétant le Code civil suisse du 30 mars 1911, RS 220
COMAI	Centre d'observation médicale de l'assurance-invalidité
Convention STE 108	Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, RS 0.235.1
COPMA	Conférence en matière de protection des mineurs et des adultes
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937, RS 311.0
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008, RS 272
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007, RS 312.0
CR	Commentaire romand
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, RS 101
CourEDH	Cour européenne des droits de l'homme
DDPS	Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports
DEP	dossier électronique du patient
DFI	Département fédéral de l'intérieur
DFJP	Département fédéral de justice et police
dir.	sous la direction de
DRG	Diagnosis Related Groups
DSG	Datenschutzgesetz (→ LPD)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)
EDPB	*European Data Protection Board*
EMS	établissement médico-social
ES	école supérieure
et al.	*et alii* (et autres)
etc.	*et cetera*
ex.	exemple(s)
FF	Feuille fédérale
FMH	Fédération des médecins suisses
FSP	Fédération suisse des psychologues
GAFAM	Acronyme désignant une partie des plus grands acteurs d'internet : Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft
GVP (SG)	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis
HES	Haute école spécialisée

HMO	*Health Maintenance Organization*
HUG	Hôpitaux Universitaires de Genève
IT	*information technology*
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération (JAAC)
JdT	Journal des Tribunaux
JO	Journal officiel de l'Union européenne
LAA	Loi fédérale sur l'assurance-accidents du 20 mars 1981, RS 832.20
LAGH	Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine du 8 octobre 2004, RS 810.12
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité du 19 juin 1959, RS 831.20
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire du 19 juin 1992, RS 833.1
LAMal	Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994, RS 832.10
LAVI	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions du 23 mars 2007, RS 312.5
LB	Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne du 8 novembre 1934, RS 952.0
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908, RS 221.229.1
LCCG	Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse du 9 octobre 1981, RS 857.5
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958, RS 741.01
LDEP	Loi fédérale sur le dossier électronique du patient du 19 juin 2015, RS 816.1
LEI	Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration du 16 décembre 2005, RS 142. 20
LEMO	Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques du 18 mars 2016, RS 818.33
LEp	Loi fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 28 septembre 2012, RS 818.101
let.	lettre(s)
LLCA	Loi fédérale sur la libre circulation des avocats du 23 juin 2000, RS 935.61
LOGA	Loi fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010.

Loi renseignements santé Ontario	– Loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé, chap. 3, Annexe A (Ontario, Canada)
LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1
LPGA	Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000, RS 830.1
LPMéd	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires du 23 juin 2006, RS 811.11
LPSan	Loi fédérale sur les professions de la santé du 30 septembre 2016, RS 811.21
LPsy	Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 18 mars 2011, RS 935.81
LPTh	Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux du 15 décembre 2000, RS 812.21
LSI	Loi fédérale sur la sécurité de l'information au sein de la Confédération, pas encore adoptée
LStup	Loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes du 3 octobre 1951, RS 812.121
LTF	Loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005, RS 173.110
LTrans	Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004, RS 152.3
mHealth	*mobile health*
N/no	numéro(s)
NAREG	Registre national des professions de la santé
n-LPD	Future loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, dans sa version adoptée par les Chambres fédérales le 25 septembre 2020
OAC	Ordonnance fédérale réglant l'admission des personnes et des véhicules à la circulation routière du 27 octobre 1976, RS 741.51
OAM	Ordonnance fédérale sur l'assurance-militaire du 10 novembre 1993, RS 833.11
OAMal	Ordonnance fédérale sur l'assurance-maladie du 27 juin 1995, RS 832.102
OAMAS	Ordonnance fédérale concernant l'appréciation médicale de l'aptitude au service militaire et de l'aptitude à faire du service militaire du 24 novembre 2004, RS 511.12
OCA	Ordonnance fédérale sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire de soins du 14 février 2007, RS 832.105

OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ODEP	Ordonnance fédérale sur le dossier électronique du patient du 22 mars 2017, RS 816.11
ODEP-DFI	Ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient du 22 mars 2017, RS 816.111
OEC	Ordonnance fédérale sur l'état civil du 28 avril 2004, RS 211.112.2
OEMO	Ordonnance fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques du 11 avril 2018, RS 818.331
OEp	Ordonnance fédérale sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme du 29 avril 2015, RS 818.101.1
OFAG	Office fédéral de l'agriculture
OFDEP	Ordonnance fédérale sur les aides financières pour le dossier électronique du patient du 22 mars 2017, RS 816.12
OFEV	Office fédéral de l'environnement
OFJ	Office fédéral de la justice
OFK	Orell Füssli Kommentar
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OLAA	Ordonnance fédérale sur l'assurance-accidents du 20 décembre 1982, RS 832.202
OLOGA	Ordonnance fédérale sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, RS 172.010.1.
OLPD	Ordonnance fédérale relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993, RS 235.11
OMéd	Ordonnance fédérale sur les médicaments du 21 septembre 2018, RS 812.212.21
ONU	Organisation des Nations Unies
OPAn	Ordonnance sur la protection des animaux du 23 avril 2008, RS 455.1
p.	page(s)
p. ex.	par exemple
PC	Petit commentaire
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PK	*Praxiskommentar*
RBOG(TG)	*Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat*
RDAF	Revue de Droit Administratif et de droit Fiscal
réf.	référence(s)

RFJ	Revue fribourgeoise de jurisprudence
RJ-BE	Recueil de jurisprudence du canton de Berne
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RGPD	Règlement Général sur la Protection des Données ; Règlement (UE) 2016/779 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016
RMA	Revue de la protection des mineurs et des adultes
RO	Recueil officiel
RS	recueil systématique
RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSJ/SJZ	Revue suisse de jurisprudence / Schweizerische Juristen-Zeitung
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
s	et suivant
SDRCA	Société suisse du droit de la responsabilité civile et des assurances
SEFRI	Secrétariat d'Etat à la formation, à la recherche et à l'innovation
SGP/SSP	Société suisse de psychologie et de psychologie appliquée
SJ	Semaine judiciaire
SMEC	*Swissmedic Medicines Expert Comitees*
SPV/ASP	Association suisse des psychothérapeutes
ss	et suivants
STE	Série des traités européens
StGB	*Strafgesetzbuch* (→ CP)
TAF	Tribunal administratif fédéral
TF	Tribunal fédéral
TIC	technologies de l'information et de la communication
TVR	Thurgauische Verwaltungsrechtspflege
UE	Union européenne
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
v.	voir
vol.	volume(s)
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Introduction

Un pilier de la relation de soins, c'est ainsi qu'est souvent évoqué le secret médical. La conception classique et certainement encore très populaire du secret médical renvoie à l'image – souvent idéalisée – d'un huis clos à deux acteurs. Le scénario est simple : le patient, atteint dans sa santé, doit trouver auprès du soignant un espace où il pourra librement se « *confier* » pour recevoir les meilleurs soins possibles, sans craindre d'éventuelles révélations à des tiers. Pour garantir l'existence de cet espace de confiance, le soignant doit quant à lui rester strictement muet sur les faits portés à sa connaissance. Les mots du professeur français Louis PORTES (1891-1950) expriment de la meilleure manière l'idée du secret médical dans sa conception la plus classique : « *Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret* »[1]. 1

Le secret médical traverse toutefois une période troublée et les sources de ce trouble sont multiples. En droit suisse, l'obligation de confidentialité des soignants est régie par une pléthore de normes, dont plusieurs imposent un devoir de se taire. L'articulation de ces normes est complexe et suscite des questionnements importants chez les juristes ou – à plus forte raison – chez les soignants et les patients. Dans un postulat déposé en 2013, le Conseiller aux Etats Luc RECORDON a recouru à la métaphore pour souligner l'insécurité juridique qui frappait le secret médical en droit suisse : « *En matière de secret professionnel, les soignants, dans leur ensemble, circulent dans le brouillard. Circuler dans le brouillard, ce n'est parfois pas très grave lorsque vous êtes à pied et que le brouillard n'est pas trop épais. Cela peut être extrêmement grave lorsque vous circulez au volant d'une automobile rapide et que le brouillard est une vraie purée de pois. Or, nous nous trouvons ici dans le second cas de figure. En effet, le secret professionnel n'est pas une petite affaire et le brouillard est très obscur dans le cas particulier* »[2]. 2

Les obstacles rencontrés par le secret médical ne se limitent toutefois pas à la seule complexité de l'appareil normatif en vigueur. Plusieurs phénomènes tendent aujourd'hui à malmener le secret médical et incitent à remettre continuellement en question son bien-fondé ou sa portée. L'évolution de la 3

1 PORTES, *Ethique médicale*, p. 153.

2 RECORDON, BO (CE) 2013, p. 226.

médecine a entraîné une augmentation des acteurs de la santé et, par conséquent, celui des communications. L'apparition de l'informatique a rendu le stockage d'informations plus aisé et les communications plus nombreuses. L'Etat exige un accès toujours plus large aux données des patients pour mieux les protéger, mais aussi pour mieux les contrôler (ex. : vérification du bien-fondé des prestations d'assurance). Le *big data* et l'intelligence artificielle dans le domaine de la santé ne seraient que mirage sans un large accès à l'information médicale…

4 Le secret médical a fait l'objet de nombreuses publications juridiques en Suisse. La grande majorité d'entre elles s'est toutefois limitée à traiter des aspects particuliers du secret médical, que ce soit l'étude spécifique du secret professionnel au sens de l'article 321 CP ou le secret médical en milieu carcéral par exemple. L'approche choisie pour la présente étude est volontairement plus large puisqu'elle consiste, avec toute la modestie que cela impose, à mener une réflexion globale sur l'institution juridique du secret médical en droit suisse.

5 A l'origine de cette réflexion se trouvent deux assertions. D'abord, le secret médical serait marqué par une insécurité juridique causée par une réglementation complexe et peu prévisible en droit suisse. Ensuite, le secret médical « *classique* », à savoir l'obligation personnelle faite au soignant de se taire, serait une institution aujourd'hui dépassée et inadaptée.

6 Je ne vise pas nécessairement à confirmer ou infirmer scientifiquement la véracité de ces deux assertions. Ces dernières contiennent non seulement des notions difficilement quantifiables ou vérifiables (« *insécurité juridique* », « *dépassée* »), mais elles impliquent surtout la tenue d'un débat plus large qui excéderait la seule discipline du droit. Tout en gardant ces deux assertions en ligne de mire, l'objectif de l'étude consiste plutôt à offrir un examen global des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse. Il faudrait donc plutôt y voir la tentative d'offrir une contribution juridique au débat plus large et toujours plus pressant qu'est l'avenir du secret médical ou – en termes plus imagés – l'essai du juriste de se pencher sur le secret médical, à son chevet.

7 La poursuite de cet objectif général me conduira logiquement à appréhender toute une série de questions plus spécifiques et – à tout le moins pour certaines d'entre elles – plus concrètes. Le plan de recherche, qui comprend quatre parties, peut être brièvement résumé ainsi.

8 La première partie, intitulée « *Historique, défis et enjeux du secret médical* », commencera par offrir une approche historique du secret médical en vue de tirer de premiers enseignements sur l'évolution de cette institution. J'identifierai ensuite les défis posés au secret médical par l'exercice de la médecine contemporaine, en particulier ceux liés à l'augmentation des acteurs

de la santé, la révolution numérique et la cybersanté. J'analyserai ensuite les caractéristiques et la justification juridique et éthique du secret médical.

L'objectif de la deuxième partie, plus juridique, consistera à identifier et 9
présenter les principales sources légales imposant une obligation de confidentialité aux soignants.

La troisième partie consistera à l'inverse à présenter et analyser les li- 10
mites des devoirs de confidentialité identifiés dans la deuxième partie. Afin de faciliter le travail d'analyse et de comparaison, les limites aux devoirs de confidentialité seront étudiées de manière systématique, selon le type de motif justificatif (avec ou sans consentement et, dans le deuxième cas, selon l'existence ou non d'un mécanisme de pesée d'intérêts).

Enfin, la quatrième partie est intitulée « *Articulation des normes, conclu-* 11
sions intermédiaires et perspectives futures du secret médical ». Je tenterai d'abord d'établir comment les nombreuses normes en jeu s'articulent entre elles, en particulier lorsqu'elles se trouvent en situation de concours. Dans le prolongement de cette analyse, j'aborderai deux questions choisies (secret partagé et externalisation des traitements de données ; personnes décédées). J'établirai ensuite des conclusions intermédiaires sur la base de l'ensemble des résultats obtenus jusque-là. Ces conclusions me permettront enfin d'établir et d'analyser cinq scénarios pour la protection du secret médical en droit suisse.

En dépit de la volonté d'adopter une approche globale sur les obligations 12
de confidentialité des soignants, l'objet de l'étude a dû être limité à plusieurs égards. J'aimerais d'abord préciser que l'objet étudié est le « *secret médical* », c'est-à-dire l'obligation faite aux soignants de garder le secret sur les informations qu'ils apprennent dans le cadre de leurs activités. L'étude ne vise donc pas à présenter une analyse plus large et générale des traitements de données de santé, y compris lorsque ces traitements sont effectués par des soignants (ex. : durée de conservation du dossier médical).

Par ailleurs, bien qu'ils puissent fonder un devoir de confidentialité à 13
l'égard des soignants, les dispositions relatives à la protection contre les atteintes à la personnalité (art. 28 CC) et le devoir contractuel de confidentialité du mandataire déduit de l'article 398 al. 2 CC (devoir de diligence) ne seront pas examinés en détail. Cette mise à l'écart est justifiée par plusieurs raisons. Lorsque des données personnelles sont en jeu, la mise en œuvre de la protection contre les atteintes à la personnalité est en premier lieu assurée par les législations sur la protection des données personnelles. L'accent sera donc mis sur ces législations. Quant à la confidentialité fondée sur le devoir de diligence, elle joue un rôle somme toute assez accessoire pour les soignants. Bien que sa violation puisse entraîner des sanctions de nature contractuelle, le comportement des soignants (dire ou ne pas dire) est bien plus dicté par les

normes spéciales de confidentialité imposant le secret, qu'il s'agisse du droit pénal, du droit de la protection des données ou du droit disciplinaire. L'accent sera donc, ici aussi, porté de préférence sur ces normes.

14 Les règles adoptées par les associations privées pour régler le comportement de leurs membres ne seront pas non plus examinées (ex. : code de déontologie de la FMH). Bien qu'elles revêtent une grande importance aux yeux des praticiens, ces règles – qui imposent souvent un devoir de confidentialité – ont en effet une portée limitée puisqu'elles ne s'appliquent qu'aux membres de l'association concernée. Elles doivent ainsi être distinguées des règles de droit, adoptées par le législateur, qui seront quant à elles prises en compte pour l'étude (ex. : droit disciplinaire).

15 J'ai enfin laissé de côté l'étude du secret médical dans certains contextes particuliers, à l'instar du secret médical dans la recherche ou en milieu carcéral. Ces questions ont fait l'objet d'études approfondies auxquelles on pourra se référer directement[3].

16 Législation, jurisprudence et doctrine ont été prises en considération en principe jusqu'au 1er juillet 2020, y compris certains travaux de révision législative en cours.

17 Le texte qui suit recourt généralement à la forme masculine, notamment pour désigner les nombreuses professions évoquées. Il va sans dire que la terminologie utilisée s'applique à tous les genres. Les enjeux du langage épicène m'ont été révélés en cours de doctorat, à une période malheureusement trop tardive pour repenser intégralement mon texte. Je serais par conséquent infiniment reconnaissant aux lectrices et lecteurs de ne pas m'en tenir rigueur et, surtout, de ne pas limiter leur perception du texte aux seules personnes de genre masculin.

---

3 Pour le secret médical en milieu carcéral, voir par ex. : JENDLY, *Coexistence des secrets* ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*. Pour le secret de la recherche : RUCKSTUHL, *Art. 321bis StGb*.

Première Partie :
Historique, défis et enjeux du secret médical

Chapitre 1 : Fondements historiques du secret médical

L'objectif du présent chapitre consiste à esquisser les origines du secret médical et les influences historiques qui ont conduit à la reconnaissance du secret médical en Suisse tel qu'il est connu aujourd'hui. Il n'est toutefois pas question de mener ici une étude historique détaillée du secret médical à travers les âges. Dans la mesure où la période concernée s'étale sur plus de deux millénaires, l'exercice serait inutilement long et complexe. 18

Lorsqu'il est question d'aborder les origines du secret médical, on se réfère traditionnellement au Serment d'Hippocrate. Conçu au Ve siècle av. J.-C., il enjoint les médecins de respecter plusieurs obligations, dont celle de garder le silence selon une exhortation qui peut être traduite de la manière suivante : « *Quoi que je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas.* »[4] 19

Il est indéniable que le Serment d'Hippocrate joue un rôle majeur pour la construction du fondement éthique du secret médical. Il constitue en effet la première mention écrite du secret dans l'éthique médicale tout en soulignant son importance pour la profession, c'est-à-dire que l'action du médecin peut uniquement être menée à bien si la relation entretenue avec le patient repose sur la confiance et la sincérité[5]. Aujourd'hui, de nombreux textes d'éthique médicale s'y réfèrent volontiers. 20

La doctrine juridique situe pourtant régulièrement la première mention écrite du secret médical au VIIIe siècle av. J.-C. dans les transcriptions antiques de l'Ayurveda en sanscrit, plus précisément dans le Samhita de Charaka (ou « *Charaka Samhita* », parfois également orthographié « *Caraka* »), célèbre 21

4 Traduction par E. LITTRÉ, *Œuvres complètes d'Hippocrate*, p. 629 ss. A noter que cette partie du Serment présente des difficultés de traduction et de nombreuses propositions de traduction ont été avancées au fil du temps.

5 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4177.

médecin itinérant indien[6]. Le Samhita de Charaka fait bel et bien mention d'un serment – il s'agit plutôt d'une série d'ordres intimés aux nouveaux médecins – qui présente des similitudes troublantes avec le Serment d'Hippocrate[7]. Cela étant, la période à laquelle vécut Charaka n'est pas certaine et varie selon les sources entre le VIIIe siècle av. J.-C. et le Ier siècle de notre ère. Un certain nombre de spécialistes contemporains indiens de l'histoire de l'Ayurveda le situent plutôt à une période postérieure à Hippocrate[8]. Il est par ailleurs probable que le Samhita de Charaka ait été rédigé par plusieurs personnes, puis modifié par la suite[9]. Certains ont dès lors émis l'hypothèse que le serment contenu dans le Samhita de Charaka – du moins dans sa forme connue aujourd'hui – aurait été inspiré directement de l'école hippocratique suite à des échanges entre les mondes grec et indien[10].

22 En dehors des civilisations grecque et indienne, aucune source connue ne fait mention d'un véritable secret médical, que ce soit dans l'Egypte pharaonique, en Mésopotamie ou en Amérique précolombienne[11].

23 Malgré le nombre conséquent des références faites au Serment d'Hippocrate de nos jours, l'importance de ce dernier pour la construction du secret médical moderne doit être relativisée. Le secret mentionné dans le Serment se distingue à plusieurs titres du secret médical tel que nous le connaissons aujourd'hui. Il visait plus à protéger le secret familial que celui de l'individu[12]. Par ailleurs, les règles contenues dans le Serment devaient surtout être considérées comme des règles de bonne conduite ou d'ordre moral et moins comme des normes strictes[13]. La règle du silence ne semblait pas reposer sur des bases juridiques ni même sur une notion d'ordre public[14]. La pratique de la médecine

6 *Cf.* entre autres : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 49 ; HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 11 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 9 ; TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 1 ss ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 10.

7 Certaines parties des deux serments sont presque similaires. Pour une comparaison partielle des deux textes, *cf.* LIÉTARD, *Le médecin Charaka*, p. 572. Ce dernier retranscrit la partie du serment contenu dans le Samhita de Charaka dédiée au secret de la manière suivante : « *Les choses que le médecin verra se passer dans la maison ne devront pas être divulguées, de même qu'il ne doit être rien dit de la fin qui menacerait le malade, dans les conditions où cela lui serait préjudiciable ou à quelque autre personne.* »

8 *Cf.* par exemple : RANADE/DESHPANDE, *History & Philosophy of Ayurveda*, p. 36 ; BHAGVAT SING JEE, *Aryan medical science*, p. 33.

9 BAGCHI A., *Medicine in medieval India*, p. 40, 45 s.

10 Voir notamment les hypothèses avancées à la fin du XIXe siècle par LIÉTARD, *Le médecin Charaka*, p. 573 ss.

11 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4178.

12 LECA/CAREGHI, *Analyse historique*, p. 15.

13 *Ibid.*

14 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 8.

à l'époque d'Hippocrate était également bien différente. Elle se fondait par exemple sur la théorie des quatre éléments (air, eau, feu et terre) et des humeurs (sang, pituite, bile et atrabile)[15]. La déontologie hippocratique se rattachait aussi à une école particulière en Grèce, celle de Cos, qui était marquée par un certain ésotérisme. La transmission du savoir médical était limitée à certaines familles seulement, celles des Asclépiades. Or, face au nombre trop restreint de candidats susceptibles de recevoir l'enseignement médical, certains auteurs soutiennent l'hypothèse selon laquelle Hippocrate aurait décidé d'ouvrir plus largement l'enseignement des connaissances médicales à des candidats externes aux familles des Asclépiades. Le Serment aurait alors été utilisé pour obtenir des garanties morales de la part du nouveau disciple, alors que les membres de la famille des Asclépiades n'avaient pas à le prononcer puisque l'enseignement leur était dû naturellement, conformément à la tradition[16]. En l'absence d'autres serments dans le monde grec antique, certains soulignent que le Serment d'Hippocrate reflétait les opinions et les habitudes d'une minorité de médecins qui avaient décidé de se fixer des règles communes[17]. EDELSTEIN a d'ailleurs soutenu que le Serment aurait avant tout constitué un manifeste pythagoricien, dont la philosophie prônait notamment un comportement taciturne[18]. Le Serment aurait alors moins été instauré dans l'intérêt direct du malade que dans celui de la renommée du médecin et de son équilibre spirituel[19].

Les références contemporaines au secret imposé par le Serment d'Hip- 24
pocrate appellent donc nuance et contextualisation. Le Serment doit toutefois être reconnu pour ce qu'il est au secret médical : la première consécration *écrite* d'une obligation de garder le silence née d'un besoin effectif et naturel inhérent à la pratique de la médecine individuelle[20]. Au demeurant, il serait aventureux d'affirmer que la discrétion du médecin n'existait pas avant Hippocrate. Une telle attitude semblait relever des mœurs des médecins de l'époque, au même titre que ceux-ci devaient observer une vie bien réglée et avoir bonne apparence[21].

Outre le contexte particulier dans lequel est né puis a évolué le secret 25
hippocratique, c'est la continuité du secret médical dans l'histoire qui pose question.

15 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 12.

16 Sur cette théorie quant au rôle du serment : JOUANNA, *Hippocrate*, p. 72.

17 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 9.

18 EDELSTEIN, *Hippocrates*, p. 61-62.

19 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 10.

20 *Ibid*.

21 *Idem*, p. 9-10.

26 Le secret médical s'illustre en effet par son absence en droit romain classique[22], même si la discrétion du médecin semble alors constituer une règle de bonne conduite. Dans l'Enéide, Virgile fait référence aux arts muets pour qualifier la médecine[23] et Cicéron confirme que les médecins romains respectaient la discrétion de leurs patients : « *Les médecins qui pénètrent sous le toit et dans les chambres à coucher d'autrui doivent cacher beaucoup de choses, même sous l'offense, quoiqu'il soit difficile de se taire quand on en pâtit* »[24]. La littérature médicale romaine commence à en faire mention de manière tardive, par référence à Hippocrate, à compter du Ier siècle apr. J.-C.[25]. Toutefois, et c'est important de le souligner, de nombreux textes juridiques romains montraient à l'inverse qu'on ne faisait pas grand cas du secret médical sur le plan juridique[26].

27 L'absence du secret médical dans les textes juridiques s'est prolongée dans l'ensemble de l'Europe au Moyen Âge, une époque marquée par son anti-individualisme et où la médecine est pratiquée de manière collective. Les recherches à large échelle menées par GRMEK n'ont pas permis de mettre au jour l'existence de textes juridiques médiévaux dispensant le médecin de témoigner en justice[27]. Au contraire, les indiscrétions étaient plutôt courantes.

28 Le secret médical n'a pas pour autant complètement disparu au Moyen Âge. On en trouve notamment mention dans certains textes arabes ayant perpétué la tradition hippocratique, chez des auteurs tels que AL-GAFIQI (Xe siècle) et IBRAHIM AL-MISRI AS-SADILI (XIVe siècle)[28]. En Europe, il semblerait que le devoir de discrétion, compris comme un devoir moral, ait également pu se perpétuer dans une mesure restreinte et sans être consacré juridiquement[29].

29 C'est finalement à la Renaissance qu'un revirement majeur s'opère pour la reconnaissance du secret médical. A la base de ce phénomène se trouvent probablement la recherche d'un individualisme nouveau, la réorganisation de la profession médicale et le retour aux sources classiques grecques et

22 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4178. Le Code Justinien dispense certes les médecins (tout comme les archiatres, grammairiens et professeurs), leurs femmes et leurs enfants de comparaître devant un tribunal ou d'être traduits en prison, mais ceci dans le but d'éviter de leur faire subir des outrages et de les encourager à propager leurs connaissances. Il n'est donc pas question ici de secret médical. Code Justinien, Cod. Lib. X, tit. LII.

23 VIRGILE, Enéide, 12, 395-397 : « *Ile ut depositi proferret fata parentis,/ scire potestates herbarum usumque medendi maluit et mutas agitare inglorius artes.* »

24 CICÉRON, *De officiis*, traduction de VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 17.

25 SCRIBONIUS LARGUS, mentionné par GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 12.

26 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4178.

27 *Idem*, p. 4179.

28 *Ibidem*.

29 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 28-29.

latines[30]. Les premiers développements explicites relatifs à l'obligation de garder le secret semblent émerger en Italie à partir de la fin du XVe siècle, dans les ouvrages des médecins Gabriele ZERBI (1495) et Alessandro BENEDETTI (1505). L'idée va ensuite principalement essaimer au cours du XVIe siècle dans les pays latins avec des auteurs tels que Luis LOBERTA DE AVILA en Espagne, Battista CODRONCHI, Giovanni Battista SILVATICO et Paolo ZACCHIA en Italie et François RANCHIN en France (qui vécut quant à lui entre le XVIe et le XVIIe siècle)[31]. Ces auteurs partagent tous une proximité marquée avec la religion catholique et leurs positions sur le secret médical mettent largement en parallèle les confidences du prêtre avec celles du médecin, l'un soignant les plaies de l'âme l'autre celles du corps[32]. Même si les deux formes de secrets ne sont pas assimilées sur un plan dogmatique (l'un étant sacramentel et l'autre rationnel), les prémisses du secret médical moderne semblent bien se développer sous l'influence de la religion catholique[33]. La déontologie médicale occidentale a d'ailleurs été elle-même largement influencée par la tradition judéo-chrétienne, qui a pour ainsi dire repris et amplifié le message de l'éthique hippocratique[34].

L'importance du secret médical à la Renaissance ne doit toutefois pas être surestimée. L'idée se précise et le fondement doctrinal du secret se construit, mais la préoccupation de son respect par les médecins de l'époque reste rare[35]. 30

A la fin du XVIe siècle, l'obligation de garder le secret commence à figurer dans des textes à caractère statutaire. Les statuts de la corporation des médecins de Montbéliard sanctionnent la violation du secret professionnel par une amende d'un demi-florin[36]. Une modification des Statuts de la Faculté de Médecine de Paris élaborée en 1598 énonce par ailleurs que « *personne ne divulguera les secrets des malades qu'il aura saisis par la vue, l'oreille ou la pensée* »[37]. Cette tendance s'observe également en Allemagne, territoire pourtant influencé par la Réforme. Les *Reformationes* du personnel sanitaire municipal de Worms et Passau, datés respectivement de 1582 et 1586, imposent aux médecins et apothicaires une obligation statutaire de garder le secret[38]. 31

30 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4179.

31 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4179 ; VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 33.

32 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4181.

33 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 36.

34 Pour plus de détails sur l'influence de la tradition judéo-chrétienne sur la déontologie médicale en France : LECA, *Déontologie*.

35 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 16.

36 *Ibid*.

37 LECA/CAREGHI, *Analyse historique*, p. 16.

38 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 16.

32 Dans la seconde partie du XVIIe siècle, un médecin français, Jean BERNIER, s'est particulièrement illustré pour ses prises de position en faveur du secret médical, qu'il qualifie d'« *âme de la médecine* »[39]. Il ne cache pas s'inspirer des ouvrages des Italiens CODRONCHI et ZACCHIA, figures de proue de la médecine « catholique » du XVIe siècle[40]. De l'autre côté du Rhin, à la même période, le jurisconsulte allemand Ahasver FRITSCH affirme que le médecin qui ne garde pas le secret des malades se trouve en faute[41]. FRITSCH réfute toutefois le caractère sacré du secret médical et fait reposer ce dernier sur un devoir moral et de bon sens[42]. Ce sont là les premiers signes d'une conception distincte du secret médical entre la France et les territoires germaniques.

33 La reconnaissance du secret médical est toutefois loin de faire l'unanimité parmi les auteurs d'éthique et de jurisprudence au cours du XVIIe siècle[43]. Les partisans du secret restent eux-mêmes prudents et font souvent valoir un secret limité[44]. Par ailleurs, nombreux sont les textes légaux qui imposent au corps médical, notamment en France, de dénoncer certaines catégories de malades, des blessés ou des femmes enceintes non mariées[45].

34 Au cours du XVIIIe siècle, le secret médical acquiert une reconnaissance particulière auprès des médecins et des juristes de France et d'Italie[46]. En France, cette évolution transparaît notamment dans les écrits du médecin et avocat Jean VERDIER. Dans une version abrégée d'un essai sur la jurisprudence de la médecine en France, ce dernier affirme que les secrets confiés aux médecins sont des dépôts sacrés qui ne leur appartiennent point et que ce

39 BERNIER, *Essais de médecine*, 1689, p. 268 ss. BERNIER y tient notamment les propos suivants : « *Voici l'âme de la Médecine, ce qui luy donne le mouvement, ce qui la rend pratiquable, et la fait entrer dans le commerce de la vie* », puis plus loin : « *Quand il a donc reçû le précieux dépost du cœur du malade, il faut que son cœur et sa bouche l'ensevelissent dans le silence, et qu'ils lui servent, pour ainsi dire, de tombeau : ce n'est plus une matière de conversation ; et il n'est pas moins obligé à garder ce secret, que le Confesseur à garder celui de son pénitent* ».

40 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4181 ss.

41 FRISTSCH A., *Medicus peccans sive tractatus de peccatis medicorum*, 1684.

42 GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4181.

43 *Ibid.*

44 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 21.

45 *Cf.* par exemple : dispositions municipales de Strasbourg de 1664 imposant aux chirurgiens l'obligation de dénoncer les blessures provenant de crimes ; l'édit royal de Louis XIV qui, en 1666, impose aux chirurgiens de déclarer aux commissaires de quartier les blessés qu'ils auraient soignés ou les ordres du Procureur du Roi imposant aux médecins et chirurgiens de Bordeaux de dénoncer leurs malades appartenant à la religion protestante. GRMEK, Le Concours médical 1963 I, p. 4181 ; GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 22.

46 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4283.

silence, inviolable, repose sur la raison, la religion et les statuts[47]. On reconnaît sans peine ici la conception absolue du secret qui prévaudra par la suite en France. Malgré la reconnaissance grandissante du secret médical, les textes obligeant les médecins à dénoncer les blessés auprès des autorités sont maintenus[48]. La Révolution française viendra ensuite bouleverser l'ensemble des règles étatiques, plongeant l'exercice et l'enseignement des professions médicales dans une profonde désorganisation[49]. Le secret médical n'en tombe pas pour autant dans l'oubli puisque c'est à cette période que les étudiants de l'Université de Montpellier commencent à prêter un serment qui contient l'engagement suivant : « *Admis dans l'intérieur des maisons, mes yeux ne verront pas ce qui s'y passe ; ma langue taira les secrets qui me sont confiés* [...] »[50].

Le secret médical se développe également dans les pays germaniques. 35
En 1725, un édit prussien sur la médecine (*preussische Medizinaledikt*) exhorte les médecins à observer le secret sur les tares et les infractions. En 1794, le § 505 de la loi générale du Land de Prusse confère pour la première fois à cette obligation un caractère pénal[51]. Le secret tel qu'il est conçu en Prusse au cours du XVIIIe siècle doit toutefois être replacé dans son contexte politique. Comme le rappelle GRMEK, les Etats d'influence germanique évoluent dans un climat d'absolutisme éclairé, où règne un certain collectivisme au détriment de l'individu et où le pouvoir est omnipotent[52]. La médecine, et plus particulièrement sa déontologie, est mise au service de l'Etat. Le secret médical existe donc, il est recommandé par de nombreux auteurs, mais il connaît des limites non négligeables. Il est adopté dans une finalité collective et doit céder face à un intérêt commun, voire à un intérêt privé prépondérant[53]. Il ne trouve pas non plus application à l'encontre des autorités supérieures ou face à la justice[54]. Le § 505 de la loi générale du Land de Prusse figure d'ailleurs dans un chapitre intitulé « *Von den Verbrechen der Diener des Staats* », soulignant l'idée que les médecins sont considérés comme des auxiliaires de

47 VERDIER, *Essai sur la jurisprudence de la médecine en France*, 1763, p. 56.

48 L'édit royal de 1666 continue par exemple de déployer ses effets.

49 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 56.

50 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4284.

51 § 505 Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, IIe partie, XXe titre, énoncé ainsi : « *Aerzte, Wundärzte, und Hebammen, sollen die ihnen bekannt gewordenen Gebrechen und Familiengeheimnisse, in so fern es nicht Verbrechen sind, bey Vermeidung einer nach den Umständen zu bestimmenden Geldbuße von fünf bis fünfzig Thalern, niemanden offenbaren.* »

52 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4284.

53 GRMEK, Cahiers Laennec 1969, p. 29.

54 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4284 ; VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 52.

l'Etat et que la protection du secret médical repose principalement sur les intérêts de ce dernier.

36 En Angleterre, l'éthique médicale reconnaît également le secret médical, mais son application semble assez souple. Dans son célèbre *Medical Ethics* publié en 1803, un ouvrage qui reflète les usages des médecins anglais à la fin du XVIIIe siècle, Thomas PERCIVAL énonce que : « *Secrecy, also, when required by peculiar circumstances, should be strictly observed.* »[55]. Plus loin, il affirme que les confrères sont tenus d'échanger entre eux sans réserve leurs opinions et observations quant aux cas extraordinaires ou intéressants rencontrés dans leur pratique[56] et que les médecins sont tenus de témoigner devant la justice en disant « *the truth, the whole truth, and nothing but the truth* »[57].

37 En Suisse, le secret médical est relativement discret au XVIIIe siècle, mais on en trouve quelques mentions dans des serments. En 1721, les sages-femmes pensionnées d'Avenches devaient promettre d'être sages et discrètes et un règlement de 1758 obligeait les sages-femmes de Payerne à user de discrétion[58]. En 1765, les médecins pensionnés d'Yverdon promettaient de « *tenir le secret et de ne divulguer ni directement ni indirectement les maladies des particuliers ni des familles qui doivent être tenues secrètes* »[59].

38 L'entrée en vigueur du Code pénal français en 1810, sous Napoléon, constitue une étape importante de la codification du secret médical en Europe continentale. A l'origine, l'article 378 était énoncé ainsi : « *Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes, et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois, et d'une amende de cent francs à cinq cents francs* ». Bien que cette disposition vise en premier lieu les professions médicales, elle ne se limite pas à celles-ci et institue un secret « *professionnel* » pour toutes les personnes dépositaires de secrets confiés par état ou profession. Le cercle des personnes soumises au secret est ainsi défini de manière *ouverte*. L'intérêt sous-jacent à la disposition est double : on vise non seulement à protéger l'intérêt privé à la protection de l'intimité du malade, mais aussi l'intérêt public à ce que les médecins soient discrets, de telle sorte que la population sache qu'elle peut se confier sans crainte à un médecin et recevoir les soins qui lui sont nécessaires[60].

55 PERCIVAL, *Medical Ethics*, p. 11.

56 *Idem*, p. 15.

57 *Idem*, p. 108.

58 OLIVIER, Médecine et santé dans le pays de Vaud, p. 295.

59 Idem, p. 129.

60 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 62-63.

Toutefois, le Code pénal français de 1810 n'apporte pas encore une protection absolue au secret médical. Plusieurs dispositions imposent aux médecins de dénoncer des crimes contre la sûreté de l'Etat, notamment les complots formés contre la sûreté de l'Etat ou les crimes de fausse monnaie (c'est à ces dispositions que fait référence la formule « *hors les cas où la loi les oblige à se porter dénonciateurs* » contenue dans l'article 378 Code pénal français)[61]. Ces dispositions ont été abrogées en 1832.

En 1851, les Etats de Prusse adoptent un code pénal (*Strafgesetzbuch für die* 39
Preussischen Staaten du 14 avril 1851) dont le § 155 punit la violation du secret médical. Sa formulation est influencée par le Code pénal français de 1810 : « *Medizinalpersonen und deren Gehülfen, sowie alle Personen, welche unbefugterweise Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, werden mit Geldbusse bis zu fünfhundert oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft*. »[62] Classée dans le titre treizième relatif aux atteintes à l'honneur, cette disposition vise prioritairement à protéger l'intérêt privé des malades, au détriment d'un intérêt public. L'infraction est d'ailleurs punie uniquement sur plainte, contrairement à ce que prévoit l'article 378 du Code pénal français. Tout comme dans ce dernier, l'infraction vise alors un cercle ouvert de professionnels.

La notion de secret médical se développe ensuite selon des schémas dif- 40
férents de part et d'autre du Rhin.

En France, la doctrine juridique et médicale défend et développe une 41
conception absolue du secret médical. Le secret repose essentiellement sur la protection d'intérêts publics et ne devrait pas souffrir d'exceptions, même à l'égard des instances judiciaires. Les défenseurs les plus assidus de la conception absolue du secret médical affirment même que celui-ci dépasse les intérêts du malade et qu'il n'appartiendrait pas même à ce dernier : le malade ne devrait pas être en mesure de relever le médecin de son secret[63]. A la fin du XIXe siècle, les juridictions françaises consacrent la conception absolue du secret médical et rendent plusieurs décisions en faveur d'une application rigoureuse de l'article 378 du Code pénal français. En 1885, dans l'affaire Watelet – probablement la plus célèbre en la matière – la Cour de cassation a confirmé la condamnation du médecin du peintre Jules Bastien-Lepage, décédé peu auparavant. Par voie de presse, le médecin avait répondu publiquement à un article de journal l'accusant d'avoir mal soigné le peintre. Pour se dédouaner, il y révélait que Bastien-Lepage était atteint d'un cancer des testicules.

61 LECA/CAREGHI, *Analyse historique*, p. 18.

62 Das Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten du 14 avril 1851.

63 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4287.

Malgré l'absence de plainte de la famille, la Cour de cassation a estimé que le secret avait pour but d'assurer la confiance qui s'imposait dans l'exercice de certaines professions et qu'en ce sens le délit existait dès que la révélation avait été faite avec connaissance, indépendamment de toute intention de nuire. Dans la première partie du XXe siècle, les juridictions françaises continuent de soutenir une conception absolue du secret médical[64].

42 En Allemagne, le développement légal du secret médical repose de manière prépondérante sur la protection de l'intérêt privé du patient à la confidentialité[65]. Le *Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten* de 1851 est remplacé par le *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* du 17 mai 1871, dont le § 300 énonce : « *Rechtsanwälte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker sowie Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu 1500 Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft* ». En conformité avec la prépondérance de la protection de l'intérêt privé du patient, l'infraction continue d'être poursuivie sur plainte uniquement. La disposition ne s'applique plus seulement au personnel médical, mais à un cercle fermé de professions. Le secret médical est toutefois plus controversé qu'en France lorsqu'il s'agit d'obliger les médecins à divulguer des informations médicales. Il faut ainsi attendre 1879 pour que les lois de procédure pénale octroient aux médecins un droit de refuser de témoigner en justice, à l'origine inexistant sous l'empire du *Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich* du 17 mai 1871[66]. Rien n'est toutefois définitivement acquis et au début du XXe siècle, plusieurs voix influentes dénoncent la position privilégiée des médecins en faisant valoir que les intérêts supérieurs de l'Etat doivent surpasser ceux de la confidentialité médicale[67].

43 En Suisse, le secret médical fait l'objet d'une reconnaissance progressive mais fragmentée au cours du XIXe siècle. La violation du secret professionnel des médecins ne fera l'objet d'une réglementation fédérale qu'en 1942, avec l'entrée en vigueur du code pénal fédéral[68]. La problématique relève jusque-là du droit cantonal.

44 Lorsque les travaux préparatoires du code pénal fédéral ont débuté en 1891, seuls certains cantons avaient adopté des dispositions pénales punissant la violation du secret médical, à l'instar des cantons du Valais, Genève,

64 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 70.

65 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 12.

66 MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*, chap. 1, p. 12 ss.

67 Pour des exemples : MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*, Introduction, p. 3.

68 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 23.

Fribourg, Neuchâtel, Tessin, Lucerne, Berne ou Saint-Gall[69]. Tout comme de nombreux cantons alémaniques, le canton de Vaud ne connaissait pas de disposition légale protégeant le secret professionnel. On sait toutefois que les médecins vaudois de l'époque accordaient une importance particulière à son respect. En 1854, la société vaudoise de médecine a pris à sa charge l'amende infligée à un médecin de Cossonay ayant invoqué le secret médical pour refuser de témoigner dans une affaire d'avortement[70]. D'autres cantons, tels qu'Appenzell, Argovie, Glaris et Zurich, accordaient aux médecins un droit de refuser de témoigner dans le contexte spécifique de la procédure pénale[71].

Influencés par la codification française du secret professionnel[72], les cantons de Genève, Valais, Neuchâtel mais aussi de Berne avaient défini le cercle des personnes soumises au secret professionnel de manière ouverte. Le code pénal genevois de 1874 soumettait ainsi au secret professionnel « *les médecins, chirurgiens, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie* »[73]. L'article 285 du code pénal valaisan de 1858 et l'article 352 du code pénal neuchâtelois de 1911 utilisaient des formulations similaires. Le code pénal bernois de 1866 soumettait au secret professionnel les professionnels suivants : « *Ärzte, Wundärzte und andere Gesundheitsbeamte als Apotheker, Hebammen, sowie überhaupt alle diejenigen, denen vermöge ihres Standes oder Berufes Geheimnisse anvertraut werden* »[74]. Quant au code pénal tessinois de 1873, il définissait également le cercle des professionnels soumis au secret professionnel de manière ouverte, mais selon une formulation inspirée par le code pénal italien : « *Chiunque, avendo notizia, per ragione del suo stato, ufficio o professione, di un segreto che concerne la buona fama di taluno* (...) »[75]. Les cantons alémaniques, influencés à l'inverse par la codification germanique, privilégiaient le recours à la désignation d'une liste exhaustive de professions. Le code pénal

69 HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 13 ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 19 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 56.

70 *Cf.* HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 13.

71 Voir les dispositions citées par MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 25.

72 L'article 378 du code pénal français de 1810 s'énonçait ainsi : « *Les médecins, chirurgiens et autres officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où la loi les oblige* [ou les autorise] *à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets seront punis d'un emprisonnement d'un mois à six mois et d'une amende de 100 à 500 francs.* »

73 Art. 378 du code pénal genevois du 29 octobre 1874.

74 Art. 187 du code pénal bernois du 30 janvier 1866.

75 Art. 358 du Code pénal tessinois du 1er mai 1873.

lucernois en offre un bon exemple : « *Beamte, Anwälte, Aerzte, Hebammen, welche mit Verletzung ihrer Amts- oder Berufsplicht Tatsachen, die ihnen nur zufolge des besonderen Dienstverhältnisses bekannt geworden sind* (...) »[76].

46 Les influences d'origine française ou germanique s'observent également sous l'angle des conditions de poursuite. Les cantons alémaniques ayant adopté des dispositions sur le secret médical avaient tendance à soumettre la poursuite de l'infraction de violation du secret professionnel au dépôt d'une plainte. C'est ce que prévoyaient par exemple les législations des cantons de Berne[77] ou de Saint-Gall[78]. Les cantons romands, plus largement influencés par la législation française, privilégiaient quant à eux la poursuite d'office[79].

47 En synthèse, pour autant qu'elles aient été adoptées, les dispositions cantonales relatives à la protection du secret médical en Suisse au XIXe siècle ont été alternativement influencées, dans une large mesure, par le droit allemand ou par le droit français.

48 La fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle sont marqués par l'apogée de la protection du secret médical en Europe continentale. La confidentialité est considérée par les médecins comme l'un des principes fondamentaux de la médecine libérale, elle-même marquée par le paternalisme et l'instauration de la relation de confiance entre le patient et son médecin[80]. On commence aussi à s'intéresser au concept de protection de la vie privée, même si cette notion a commencé à se dessiner plus tôt, notamment sous l'impulsion de la Révolution française et de la consécration progressive des libertés individuelles. A la fin du XIXe siècle émergent aux Etats-Unis des débats académiques importants sur cette thématique en *common law*, initiés par le fameux article de WARREN et BRANDEIS « *The right to privacy* »[81]. A cette même époque, des médecins allemands commencent d'invoquer la protection de la vie privée pour justifier le secret médical[82].

49 L'introduction du devoir de garder le secret dans les législations s'accompagne également d'effets jusque-là inconnus. Alors que le secret médical – pour autant qu'il ait été observé – avait uniquement été considéré par le passé

76 § 124 du Code pénal lucernois du 29 janvier 1860.

77 Art. 187 du Code pénal bernois du 30 janvier 1866.

78 § 172 du Code pénal saint-gallois du 4 janvier 1886.

79 *Cf.* notamment art. 378 du Code pénal genevois du 29 octobre 1874, art. 285 du Code pénal valaisan du 26 mai 1858 ou encore art. 352 du Code pénal neuchâtelois du 31 décembre 1911.

80 LECA/CAREGHI, *Analyse historique*, p. 19.

81 WARREN/BRANDEIS, Harvard Law Review 1890, p. 193 ss. L'article en question ne visait toutefois pas spécifiquement le contexte médical.

82 MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*, chap. 1, p. 17.

comme un *devoir*, sa consécration légale lui confère peu à peu un corollaire : le *droit* de se taire. En d'autres termes, le secret médical offre aux praticiens un privilège qui les légitime par exemple à refuser de dénoncer ou de témoigner en justice[83].

Des évolutions d'ordre social, économique et scientifique vont toutefois 50
rapidement entraver la forte protection du secret médical. Ces brèches ne cesseront de s'accroître au cours du XXe siècle.

La première grande atteinte au secret médical tel qu'il est alors conçu 51
découle indirectement des travaux de Louis PASTEUR et de Robert KOCH sur les maladies infectieuses. A la fin du XIXe siècle, l'hygiène publique fait l'objet de discussions intenses sur le plan international[84] et la majorité des Etats européens adoptent des législations sanitaires imposant aux médecins de déclarer certaines maladies épidémiques. En Suisse, la loi fédérale du 2 juillet 1886 concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général prévoit, à son article 3, que les médecins sont tenus d'annoncer aux autorités locales et sanitaires les cas de variole, choléra, typhus et peste[85]. Les obligations faites aux médecins de dénoncer les maladies ne sont pas nouvelles et elles étaient même courantes par le passé, notamment au Moyen Age. Toutefois, le secret médical a pris une nouvelle dimension et les professionnels de la santé rechignent à dénoncer leurs malades. En France notamment, de vives discussions s'engagent sur le principe même des annonces et de leurs modalités. Le corps médical est divisé sur la question, mais le principe des annonces de maladies infectieuses sera finalement accepté en raison d'impératifs sanitaires évidents[86]. Des débats similaires sont menés sur la question des maladies vénériennes.

L'avènement des assurances sociales a également porté un coup impor- 52
tant au secret médical. L'institution des assurances sociales se traduit en effet par une intervention accrue de l'administration dans l'activité médicale, principalement pour les questions relatives au contrôle des coûts. Plus que le secret, c'est la pratique médicale elle-même qui a changé. La relation médicale n'est plus limitée à la seule relation entre le patient et le médecin, mais voit intervenir un acteur de taille : l'Etat. Comme le dit GRMEK, la maladie n'est plus un « *drame à deux personnages* » et il devient de plus en plus difficile de défendre l'ancienne doctrine du secret du « *dialogue médical* »[87]. On développe

83 LACOUR, Médecine & Droit 2016, p. 65.

84 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 83.

85 FF 1886 II 923.

86 GRMEK, Le Concours médical 1963 II, p. 4289.

87 *Ibid*.

alors, avec plus ou moins de résistance selon les Etats, la notion de « *secret partagé* ». En Allemagne et dans les autres pays qui ont développé en premier les systèmes d'assurance sociale dès la fin du XIXe siècle, le partage d'informations avec l'Etat est admis assez rapidement. La situation est tout autre en France, où l'institution des assurances sociales n'intervient qu'entre 1928 et 1930 et où le corps médical oppose une vive résistance à la communication d'informations. Ce dernier y voit une menace pour l'indépendance professionnelle[88]. Un compromis est finalement trouvé au début des années 1950[89]. Entretemps, une grande partie des Etats européens adoptent des dispositions autorisant ou obligeant la communication d'informations d'ordre médical aux assurances sociales[90].

53 En Allemagne, la montée du nazisme fait évoluer le secret médical en eaux troubles. Le 1er avril 1936, la législation existante est remplacée par la *Reichärzteordnung*. Réglé au § 13, le secret médical continue d'être protégé et les peines sont même renforcées en cas de violation, mais celui-ci souffre d'exceptions importantes fondées sur l'intérêt général. Par exemple, le médecin n'est pas punissable lorsqu'il révèle un secret en se fondant sur un devoir légal ou moral dans le but de servir une cause nationale ou un but légitime[91]. Cette disposition a été abrogée et remplacée après la guerre. La disposition topique sur le secret professionnel en Allemagne figure aujourd'hui au § 203 du *Strafgesetzbuch*.

54 Les phénomènes mentionnés ci-dessus (émergence des législations sanitaires et d'assurances sociales notamment) sont les premiers à remettre en cause de manière importante le secret médical au sens moderne. Les débats menés dans ce contexte présentent un intérêt certain pour l'étude du secret médical en Suisse puisqu'ils sont contemporains aux travaux préparatoires du code pénal suisse, dont le futur article 321 punira la violation du secret professionnel.

55 Dans une étude historique récente[92], MAEHLE s'est penché sur la contestation du secret médical à la fin du XIXe et au début du XXe siècle aux Etats-Unis, en Angleterre et en Allemagne[93]. Les conclusions ne sauraient être transposées directement à la Suisse, mais elles offrent un aperçu utile des préoccupations de l'époque. Pour MAEHLE, plusieurs facteurs ont joué un rôle

88 VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 93.

89 *Idem*, p. 97.

90 *Cf.* VILLEY, *Histoire du secret médical*, p. 98.

91 LECA/CAREGHI, *Analyse historique*, p. 20.

92 MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*.

93 *Ibid*.

significatif dans les débats menés. Sans grande surprise, l'argument principal avancé par les défenseurs du secret médical avait trait à la rupture du lien de confiance causée par la divulgation du secret et aux effets néfastes sur la santé publique qui pourraient s'ensuivre[94]. Cet argument a rarement été contesté. Toutefois, les débats de l'époque comprenaient d'autres enjeux. Outre les pressions liées à la mise en place des politiques de santé publique, la *réputation*, que ce soit celle des praticiens ou des patients, jouait un rôle crucial au début du XXe siècle[95]. Il ne faut pas non plus sous-estimer l'existence d'une forme de lutte de pouvoirs entre les deux groupes de professions que sont les juristes et les médecins, ou à tout le moins la recherche par les médecins d'une certaine forme d'équivalence avec les avocats. Ces confrontations sont patentes lorsqu'il est question de refus de témoigner en justice. Face à des juges qui cherchent la vérité à tout prix et des avocats eux-mêmes titulaires d'un privilège de se taire, les médecins défendent leur pré carré. MAEHLE observe toutefois que ces relations de pouvoir étaient mieux balancées en Allemagne, où les professions médicales jouissaient d'une bonne renommée[96].

En Suisse, l'entrée en vigueur du code pénal fédéral en 1942 confère pour la première fois un caractère pénal à la violation du secret médical sur l'ensemble du territoire. L'article 321 CP impose alors le secret aux médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi qu'à leurs auxiliaires. Il est assez largement inspiré du droit allemand puisqu'il autorise le patient à consentir à la révélation et soumet la poursuite de l'infraction au dépôt d'une plainte, mais également du droit français puisque la disposition a été placée sous le titre 18 du code pénal relatif aux infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels. Les travaux préparatoires relatifs à cette disposition font l'objet de développements spécifiques (*cf.* N 332 ss). 56

Au cours du XXe siècle, le secret médical va continuellement subir des pressions qui viseront à en limiter sa portée. Ces pressions ont des origines diverses mais sont principalement liées au développement du rôle social et protecteur croissant de l'Etat dans la vie des particuliers. Les développements technologiques (sécurité de la circulation routière, informatique, etc.) sont également en cause. Les législateurs limitent alors progressivement la portée du secret médical en adoptant des dérogations légales toujours plus nombreuses. 57

Le secret médical continue toutefois d'être considéré par les professionnels de la santé comme un principe cardinal du bon exercice de la médecine 58

94 *Idem*, chap. Conclusion, p. 1-2.

95 *Idem*, chap. Conclusion, p. 2.

96 *Ibid*.

et son respect est imposé par tous les textes déontologiques importants. Sur le plan international, il est par exemple inscrit depuis 1947, dans la Déclaration de Genève, le serment médical de l'Association médicale mondiale, selon les termes suivants : « *Je respecterai les secrets qui me seront confiés, même après la mort de mon patient.* » En Suisse, il figure par exemple à l'article 11 du Code de déontologie de la FMH.

59 Avant de tirer quelques points conclusifs, il convient de relater brièvement les contours d'une étude récente menée par RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER sur les fondements historiques du secret médical en Suisse romande[97]. Les auteurs ont identifié trois périodes historiques au cours desquelles le secret médical avait été malmené. La première période (fin du XVe et début du XVIe siècles) est marquée par l'apparition des premiers cas de syphilis et par les pressions exercées par l'Etat sur les médecins afin qu'ils révèlent les noms des patients atteints. Plusieurs sources relatent l'opposition des médecins de l'époque à de telles révélations, créant des tensions entre l'Etat et les médecins. Ces derniers ont par exemple fait valoir leur déontologie et leur intégrité, le risque que les patients renoncent à les consulter en cas de dénonciation et la dangerosité relative de la syphilis dans la région concernée. La seconde période (XVIIIe siècle) concerne une phase de la médecine où la relation thérapeutique avait tendance à intégrer les proches ou les membres de la famille dans le processus médical. La maladie était alors considérée comme un événement à caractère collectif et les médecins voyaient apparemment peu d'obstacles à communiquer des informations aux amis ou membres de la famille. Cette configuration portait directement atteinte aux intérêts des patients, moins enclins à consulter un médecin s'ils étaient atteints d'une maladie vénérienne par exemple. Enfin, la troisième période examinée (début du XXe siècle) se rapporte principalement au développement des assurances sociales et aux incapacités de travail. La délivrance des certificats médicaux attestant l'incapacité de travail d'un employé a par exemple donné lieu à des débats passionnés. Les faits examinés dans ce cadre ont révélé de larges divergences de points de vue, au sein même du corps médical, en particulier quant à l'étendue des données communiquées aux assurances ou aux employeurs. Ils mettent également en lumière l'importance de la composante morale du secret médical dans la mesure où certains praticiens estimaient qu'il était normal de contrôler le comportement des employés.

60 Dans leurs conclusions générales, RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER constatent que le secret médical est par nature malléable et adapté au contexte

97 RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER, Medical Humanities 2016, p. 149 ss.

dans lequel il s'inscrit[98]. Au cours des trois périodes examinées, le respect du secret a en particulier été influencé par des considérations d'ordre social, économique, politique, médical et historique. Par ailleurs, malgré l'évolution des pratiques et des valeurs, le respect du secret médical a toujours fait appel à la capacité de jugement des praticiens au cours des périodes examinées[99]. Enfin, les auteurs soulignent que le secret médical est une affaire sociétale[100]. Il ne doit pas être adapté pour répondre aux besoins d'un groupe particulier (institutions politiques, compagnies d'assurance, corporations médicales ou même groupe de patients), mais il doit être modulé selon un consensus de tous les acteurs concernés.

Il paraît opportun d'encourager et de soutenir à l'avenir de nouvelles 61
études historiques sur le secret médical et la confidentialité des données de santé. De telles études seraient en effet susceptibles d'apporter une meilleure connaissance des fondations sur lesquelles les réglementations actuelles sont établies[101].

Les quelques traits historiques du secret médical présentés ci-dessus sont 62
certes incomplets, mais ils permettent de tirer certaines conclusions importantes :

— Le rôle du Serment d'Hippocrate en tant que source du secret médical moderne doit être relativisé. Malgré les références nombreuses de la déontologie médicale à ce texte, l'obligation hippocratique est née dans un contexte historique et médical différent du nôtre. Par ailleurs, l'obligation *légale* de garder le secret semble plus largement issue de la tradition judéo-chrétienne ou de la matérialisation d'une règle de bon sens que de la tradition hippocratique. Le Serment d'Hippocrate doit toutefois être reconnu pour ce qu'il est : la première mention écrite du devoir du médecin de se taire et une source d'inspiration pour la déontologie médicale.
— La continuité du secret médical à travers les âges n'est pas établie et celui-ci brillait particulièrement par son absence des textes du Moyen Âge. Toutefois, la pratique médicale s'est toujours accompagnée d'une certaine discrétion. Celle-ci relevait de l'obligation morale ou, de manière plus pragmatique, de la bonne pratique de la médecine.

98 *Idem*, p. 153.

99 *Ibid*.

100 *Ibid*.

101 Pour un plaidoyer anglo-saxon en faveur de telles études : FERGUSON, Journal of Medical law and Ethics, 2015.

— Le secret médical moderne, tel qu'il est connu en Europe continentale, s'est largement développé dans le cadre du mouvement de codification pénale intervenu dans plusieurs Etats au XIXe siècle. En France, la législation et la pratique des tribunaux ont conféré au secret médical un caractère absolu, fondé sur l'intérêt public. En Allemagne, le secret médical s'est développé dans l'intérêt du patient (qui doit porter plainte s'il entend poursuivre la violation du secret), tout en concédant des exceptions fondées sur l'intérêt public.
— La conception suisse du secret médical, à l'échelle fédérale, s'est construite au début du XXe siècle sous l'influence des législations française et allemande, à une époque où le secret médical subissait des tentatives importantes de limitation en raison de l'émergence des politiques de santé publique (lutte contre les épidémies, maladies vénériennes, etc.) et des politiques sociales (développement des assurances sociales et contrôle des coûts).
— En se basant sur les travaux historiques de MAEHLE relatifs à la situation aux Etats-Unis, en Angleterre et en Allemagne à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle, il semble qu'à cette période le secret médical était non seulement influencé par la protection de la relation thérapeutique entre le patient et le médecin (et plus généralement de l'intérêt public au bon fonctionnement de cette relation), mais également par la protection de la « réputation » des médecins et des patients ainsi que par une certaine forme de lutte de pouvoirs entre juristes et médecins.
— Les travaux de RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER mettent en lumière le caractère malléable du secret médical à travers les époques et la nécessité de l'adapter par le biais d'un consensus trouvé par l'ensemble des acteurs impliqués.

Chapitre 2 : Le secret médical à l'épreuve de la médecine contemporaine

Après avoir procédé à un survol de l'évolution historique du secret médical, il 63
faut maintenant déterminer si la pratique de la médecine contemporaine a un impact particulier sur le secret médical et, le cas échéant, dans quelle mesure cet impact affecte le secret médical. Pour ce faire, mon analyse se concentre sur trois axes : (I.) le renforcement des droits du patient, (II.) la multiplication des acteurs susceptibles d'intervenir dans la relation de soins et (III.) la révolution numérique et la cybersanté.

I. Du paternalisme médical au renforcement des droits du patient

La consécration légale du secret médical en Europe continentale est intervenue au XIXe siècle ou dans une plus large mesure (pour la Suisse par exemple) 64
au cours de la première partie du XXe siècle. Or, l'exercice de la médecine à cette époque se distinguait à bien des égards de celle pratiquée aujourd'hui. Conformément aux préceptes de la médecine dite « *libérale* », la relation thérapeutique se limitait souvent à mettre en jeu deux acteurs : le médecin et son patient. Dans ce « *colloque singulier* », expression traditionnellement utilisée pour désigner la relation de confiance nouée entre le médecin et son patient, les deux protagonistes n'étaient pas placés sur un pied d'égalité. Fort de sa science et de son statut social, le médecin occupait une position empreinte de paternalisme qui lui conférait le pouvoir de décider ce qui était bon ou non pour son patient. A l'inverse, le patient, dont les droits et l'accès aux connaissances médicales étaient limités, se conformait souvent aveuglément aux directives qui lui étaient données. Une expression célèbre dont on attribue généralement la paternité au Professeur français Louis PORTES (1891-1950) qualifie la relation médicale d'antan comme la rencontre d'une confiance et d'une conscience : en d'autres termes, une relation déséquilibrée où l'autonomie du patient était limitée.

65 La confiance jouait alors un rôle central. Pour que le traitement puisse être mené à bien, on considérait que le patient devait être en mesure de se confier librement et entièrement à son médecin, confident nécessaire puis gardien de ses secrets intimes. Selon d'autres paroles attribuées au Professeur Louis PORTES, déjà évoquées dans l'introduction : « *Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret* »[102]. Le secret médical est alors désigné comme la pierre angulaire de la relation thérapeutique.

66 Depuis le début du XXe siècle, l'exercice de la médecine a subi des modifications profondes qui ont débouché sur un meilleur équilibre des rapports de force entre patients et soignants. Sous l'angle juridique, ce phénomène s'est traduit par un renforcement des droits du patient et plus particulièrement par l'émergence du droit à l'autodétermination. Le patient est titulaire du droit de consentir de manière libre et éclairée à tout acte médical[103]. Quant au médecin, il n'est plus le détenteur isolé d'un savoir pointu, mais doit plutôt être vu comme un partenaire[104].

67 L'abandon progressif du paternalisme médical au bénéfice du renforcement des droits du patient a déployé des effets notables du point de vue de la gestion des données de santé. En tant que concrétisation du droit à l'autodétermination, le consentement libre et éclairé à subir un acte médical ne peut être valablement donné que sur la base d'une information complète et transparente. Ainsi, parallèlement au droit de recevoir une information suffisante de la part du soignant, le patient peut aujourd'hui exiger un accès large et direct à son dossier médical[105]. Le secret médical ne constitue pas en tant que tel un argument propre à restreindre l'accès du patient à son dossier médical[106]. Par ailleurs, en vertu du droit constitutionnel à l' « *autodétermination informationnelle* »[107], le patient peut se prononcer librement sur les communications de données le concernant. Bien qu'elle découle dans une large mesure du développement de la protection des données personnelles depuis la seconde partie du XXe siècle jusqu'à nos jours, cette évolution s'accorde et complète indéniablement le renforcement des droits du patient.

102 PORTES, *Ethique médicale*, p. 153.

103 Sur la reconnaissance du consentement éclairé du patient, parmi d'innombrables contributions : GUILLOD, *Consentement éclairé du patient*.

104 GUILLOD J. F., *Problèmes concrets de gestion des données au cabinet médical*, p. 88.

105 ALBERTINI, *Cartella sanitaria*, p. 48 ss ; PALLY HOFMANN, RSDS 2016, p. 104 ss.

106 Notamment art. 8 LPD. Le secret médical peut cependant limiter l'accès au dossier médical en présence d'informations, couvertes par le secret, relatives à des tiers. Sur les modalités du droit d'accès au dossier médical : DEVAUD, *L'information en droit médical*, p. 201 ss.

107 Déduit de l'art. 13 al. 2 Cst.

A l'exception de ces dernières remarques, le principe du respect du secret médical ne semble pas avoir été autrement influencé par l'essor des droits du patient ou par la diminution du paternalisme médical. Logiquement, la confidentialité sert en effet directement les intérêts du patient – et plus largement du public – qui peut se livrer à son soignant ou à l'équipe de soins compétente sans craindre que les informations confiées ne soient divulguées, en vue de recevoir le meilleur traitement possible. 68

II. Multiplication du nombre d'acteurs de soins et des échanges d'informations

A. Organisation des établissements médico-hospitaliers et cabinets médicaux

L'organisation du travail au sein des établissements médico-hospitaliers se caractérise traditionnellement par une division marquée des tâches, un phénomène qui s'accentue avec le temps[108]. Cette tendance trouve non seulement son origine dans l'augmentation du nombre de spécialisations de certaines professions médicales (*cf. infra* N 72 ss), mais s'explique aussi par le fait que le nombre de professions actives au sein des établissements médico-hospitaliers a lui-même augmenté. Ces professions relèvent aussi bien du domaine médical ou paramédical que du domaine administratif. Comme le constate CONTIS, le phénomène d'augmentation du nombre d'intervenants en milieu médico-hospitalier est de surcroît renforcé par le roulement du personnel au cours d'une même journée[109]. 69

Pour des raisons logiques, l'information médicale est en priorité échangée au sein des équipes de soins composées principalement de personnel médical. Cela étant, l'ensemble du personnel paramédical ou administratif est susceptible de prendre connaissance d'informations médicales concernant les patients[110]. Cette modification de la relation de soins vers une relation multilatérale a entraîné un besoin croissant de coordination au sein des institutions. 70

La situation décrite s'applique également dans une certaine mesure aux cabinets médicaux, notamment en raison de l'apparition progressive des cabinets de groupe ou des HMO (*cf. infra* N 87 ss). 71

108 CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, N 621.

109 *Ibid.*

110 *Ibid.*

B. Spécialisation croissante des professions de la santé

72 Les développements récents de la médecine humaine ont été marqués par une tendance accrue à la spécialisation.

73 En Suisse, le titre de spécialiste est accordé suite à l'obtention d'un diplôme postgrade fédéral correspondant[111]. Dans le domaine de la médecine par exemple, la Suisse reconnaît actuellement 45 titres de spécialistes (ex. : anesthésiologie, pédiatrie)[112]. Les médecins ont par ailleurs la possibilité de se perfectionner par le biais de formations approfondies ou de certificats de formation complémentaire délivrés par la FMH. En 2020, la FMH propose ainsi plus de 37 formations approfondies (ex. : néonatologie, neuro-urologie) et 33 certificats de formation complémentaire (ex. : hypnose médicale, thérapie neurale). Dans les faits, d'autres domaines de spécialisation se sont développés dans le domaine clinique, indépendamment des structures de formation[113].

74 En 2016, une étude mandatée par l'OFSP sur la spécialisation croissante du point de vue de l'organisation des hôpitaux a tenté d'identifier les facteurs à la base du phénomène de spécialisation. Selon ses résultats, les progrès scientifiques et technologiques jouent un rôle central dans l'observation de ce phénomène. Il ne s'agit toutefois pas du seul facteur de la spécialisation croissante des professions médicales. Celle-ci serait également engendrée par le manque de perspectives professionnelles et le prestige moindre des professions généralistes, par la recherche d'un meilleur équilibre de vie des médecins (horaires plus facilement modulables pour les spécialistes), par le poids et la visibilité de la recherche universitaire ou encore par la compétition accrue entre les hôpitaux qui s'est accentuée suite aux modifications des modèles de financement[114].

75 L'augmentation du nombre de spécialisations a engendré une modification de la pratique médicale. En raison des progrès de la médecine, les traitements sont devenus plus complexes et le recours aux spécialistes s'est accru, augmentant dans la même mesure le nombre d'intervenants médicaux dans le traitement d'un même patient[115]. Cette évolution vers une médecine plus spécialisée a contribué à fragmenter le secteur des soins.

111 Art. 3 al. 3 LPMéd et 2 al. 1 OPMéd.

112 Annexe 1 OPMéd.

113 BASS, *Zunehmende Spezialisierung in der Humanmedizin*, p. 4.

114 *Idem*, p. 28.

115 CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, N 615.

C. Evolution des besoins de santé

Les causes de l'augmentation du nombre de soignants impliqués dans les relations de soins doivent également être cherchées du côté des patients. 76

En Suisse, l'évolution de la démographie tend vers un vieillissement de la population. Ce phénomène s'accompagne d'une augmentation des cas de maladies chroniques[116]. Ainsi, la part de la population atteinte de maladies chroniques s'élèverait aujourd'hui à plus de 30 % chez les plus de 15 ans et dépasserait le seuil des 50 % chez les plus de cinquante ans. Il n'est d'ailleurs pas rare que les maladies chroniques se présentent sous une forme multiple (« *multimorbidité* »). Ces cas, souvent lourds de conséquences pour les patients, touchent particulièrement les personnes âgées. Ils toucheraient 20 % des personnes âgées de plus de cinquante ans et ce chiffre dépasserait les 40 % chez les individus de plus de 80 ans[117]. Le nombre élevé des cas de maladies chroniques se traduit par un recours plus fréquent aux prestations de soins, qu'il s'agisse de consultations chez les médecins généralistes ou spécialistes, de la consommation de médicaments ou de séjours hospitaliers[118]. Ce phénomène a un impact direct et important sur les coûts liés aux maladies chroniques. En 2011, il a été estimé que les coûts imputables aux maladies non transmissibles représentaient 80 % des coûts directs de la santé, soit plus de 51 milliards de francs[119]. Face à l'ampleur de ces chiffres, le Conseil fédéral a désigné la prévention des maladies chroniques comme l'un des principaux défis posés au système de santé suisse à l'avenir[120]. 77

Le traitement des maladies chroniques, et plus particulièrement celui des cas de multimorbidité, entraîne une multiplication des besoins de soins. Dans les faits, ces derniers se traduisent par une augmentation du nombre d'acteurs intervenant simultanément auprès d'un même patient, que ce soit pour traiter une affection en particulier ou une pluralité d'affections[121]. Le champ d'action des acteurs impliqués relève souvent de disciplines médicales différentes, conséquence directe de la spécialisation et de la fragmentation poussée du système de santé. Des tiers n'exerçant pas à proprement parler 78

116 OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Le point sur les maladies chroniques*, p. 125.

117 *Idem*, p. 126.

118 VOLKEN/BOPP/RÜESCH, *Intensität der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen in der Schweizer Bevölkerung*, p. 5.

119 WIESER ET AL., *Die Kosten der nichtübertragbaren Krankheiten in der Schweiz*, p. 13.

120 DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral. Santé2020*, 23 janvier 2013, p. 4 ; puis plus récemment OFSP, *Politique de la santé : stratégie du Conseil fédéral 2020-2030*, 6 décembre 2019, p. 20, avec l'objectif n° 4 « *Vieillir en bonne santé* ».

121 OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Le point sur les maladies chroniques*, p. 186.

une activité médicale sont de plus fréquemment associés aux traitements, à l'image des assistants sociaux ou des proches aidants.

79 L'augmentation constante du nombre d'acteurs de soins dans un même traitement crée un besoin croissant de coordination. Une coordination insuffisante augmente en effet les risques de prises en charge déficientes, comme la prescription de traitements thérapeutiques difficiles à concilier ou contradictoires[122]. Elle peut également entraîner la réalisation d'interventions redondantes ou superflues, ou même déboucher sur le défaut d'examens nécessaires. Une coordination déficiente est donc non seulement susceptible de déployer des conséquences néfastes pour la santé du patient, mais contribue également à l'augmentation des coûts de la santé.

D. Soins intégrés, interprofessionnalité et réseaux médicaux

1. Soins intégrés

80 L'augmentation des maladies chroniques, la raréfaction des ressources, la tendance à la fragmentation des soins et la faiblesse relative des soins de santé primaire poussent les pays touchés par le vieillissement de la population à développer des modèles d'approche holistique pour appréhender ces nouvelles problématiques[123]. Sur le plan international, on constate à cet égard un mouvement d'« *intégration des soins* » visant à améliorer la qualité des soins, la santé des individus et des populations ainsi que l'efficience du système de soins[124]. Plusieurs définitions des « *soins intégrés* » ont été proposées par la littérature spécialisée, sans qu'aucune ne fasse toutefois consensus à ce jour[125]. SINGER ET AL. proposent par exemple de définir les soins intégrés de la manière suivante : « *patient care that is coordinated across professionals, facilities, and support systems; continuous over time and between visits; tailored to the patients' needs and preferences; and based on shared responsibility between patient and caregivers for optimizing health* »[126].

81 L'intégration des soins vise à placer le patient au centre du système de soins et à assurer une meilleure gestion des soins sur l'ensemble de la chaîne de soins, depuis la prévention jusqu'aux soins palliatifs. Pour y parvenir, la

122 *Ibid.*

123 OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Soins intégrés en Suisse. Résultats de la 1re enquête (2015-2016)*, p. 9.

124 *Idem*, p. 9 et références citées.

125 *Idem*, p. 9.

126 SINGER ET AL., Medical Care Research and Review 2011, p. 113. Pour d'autres définitions, voir : OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Soins intégrés en Suisse*, p. 9.

coordination de l'ensemble des acteurs du système de soins joue un rôle capital. Cette coordination peut prendre la forme d'interconnexion, d'articulation ou de collaboration non seulement au sein des cercles sanitaires, mais également au sein des cercles sociaux[127]. Elle implique nécessairement des échanges d'informations entre les acteurs concernés. Ces informations peuvent être d'ordre organisationnel lorsqu'elles sont échangées en vue de bâtir ou d'entretenir les structures nécessaires à l'intégration des soins, mais elles revêtent forcément un caractère médical lorsqu'elles sont échangées dans le cadre du traitement d'un patient.

En 2017, l'Observatoire suisse de la santé a publié une étude présentant 82
l'état des initiatives de soins intégrés en Suisse entre 2015 et 2016[128]. Les initiatives prises en compte devaient répondre à plusieurs critères : formalisation des principes d'intégration (ex. : contrat ou mandat entre deux ou plusieurs structures), intégration d'au moins deux niveaux de santé (ex. : soins de santé primaires, structure hospitalière, services de maintien à domicile) et participation d'au moins deux groupes différents de professionnels. Selon les conclusions de l'étude[129], un nombre important d'initiatives de soins intégrés étaient en cours à travers le pays (155), mais celles-ci se distinguaient par leur hétérogénéité. Si les groupes professionnels impliqués étaient en majorité les médecins (91 %) et les infirmiers (87 %), des groupes de travailleurs externes au domaine de la santé étaient également représentés, à l'instar des travailleurs sociaux qui occupaient une place conséquente (43 %)[130].

Les théories en faveur du développement des soins intégrés ont germé 83
dans un passé relativement récent. Parmi les mesures prônées pour atteindre une meilleure intégration des soins, deux d'entre elles ont une incidence particulière sur l'échange de données de santé : l'interprofessionnalité et le développement des réseaux médicaux.

2. Interprofessionnalité

Le concept d'interprofessionnalité doit être distingué de celui d'interdisciplinarité. 84
L'interdisciplinarité vise à répondre au besoin de réunir des connaissances développées dans le cadre de disciplines distinctes et peut déboucher sur de nouvelles disciplines. L'interprofessionnalité se concentre quant à elle sur la manière dont plusieurs professions dont les champs d'action respectifs

127 KODNER/SPREEUWENBERG, International Journal of Integrated Care, 14 novembre 2002, p. 3.

128 OBSERVATOIRE SUISSE DE LA SANTÉ, *Soins intégrés en Suisse. Résultats de la 1re enquête (2015-2016)*.

129 *Idem*, p. 41.

130 *Idem*, p. 22.

diffèrent peuvent être exercées conjointement d'une manière plus cohésive, collaborative et moins fragmentée[131]. L'interprofessionnalité ne se résume toutefois pas à une simple juxtaposition des compétences de praticiens, mais sous-tend plutôt la mise en valeur des interactions de différents niveaux et la manière dont celles-ci sont structurées[132].

85 Le développement de l'interprofessionnalité dans le domaine de la santé est présenté par la Confédération comme un moyen susceptible de répondre au nombre croissant de maladies chroniques ainsi qu'à la pénurie de personnel indigène dans le domaine de la santé, tout en optimisant la qualité des soins et l'efficacité économique[133]. Le Conseil fédéral a par conséquent chargé l'OFSP de mettre en œuvre un programme de promotion de l'interprofessionnalité dont l'objet principal consiste à analyser les débouchés potentiels de la collaboration interprofessionnelle et d'établir des modèles de bonnes pratiques[134]. L'Académie Suisse des Sciences Médicales (ASSM) reconnaît pour sa part le rôle croissant de l'interprofessionnalité et s'est notamment dotée d'une « *Charte de collaboration entre les professionnels de la santé* »[135].

86 La dynamique interprofessionnelle renforce la communication entre les différents groupes de professionnels de la santé. Elle augmente par conséquent le volume des données de santé échangées. Cela ressort par exemple de l'article 7 de la Charte de collaboration entre les professionnels de la santé de l'ASSM qui souligne l'importance de garantir les échanges d'informations continus par recours aux technologies de l'information et de la communication, mais également de disposer d'infrastructures adaptées favorisant les rencontres informelles entre les différents groupes professionnels ainsi qu'une communication transparente. La thématique de la communication a par ailleurs été identifiée par l'OFSP comme l'un des objectifs de recherche du programme de promotion de l'interprofessionnalité dans le domaine de la santé[136].

3. Réseaux médicaux

87 L'apparition des réseaux médicaux, qui ont commencé à se développer en Suisse dans les années 1990, a également contribué à augmenter les échanges d'informations médicales.

131 D'AMOUR/OANDASAN, *Journal of Interprofessional Care* 2005 suppl. 1, p. 9.

132 GLARDON/FACCHINETTI, Bulletin des Médecins Suisses 2015, p. 52.

133 OFSP, *Programme de promotion « Interprofessionnalité dans le domaine de la santé 2017-2020 »*, janvier 2017, p. 5.

134 *Idem*, p. 3.

135 Consultable sur le site internet de l'ASSM.

136 OFSP, *Rapport du groupe thématique « Interprofessionnalité »*, 28 octobre 2013, p. 10.

Par « *réseaux médicaux* », il faut comprendre une forme particulière d'organisation de soins par laquelle des professionnels ou des institutions de santé s'organisent pour dispenser, dans l'idéal, tous les soins administrables pour la prise en charge de l'ensemble d'un traitement[137]. De son côté, le patient s'engage à contacter en premier lieu un « *gate keeper* », premier intermédiaire du réseau (souvent un médecin généraliste) qui traitera lui-même le cas du patient ou dirigera celui-ci vers des spécialistes du réseau si nécessaire. Le recours aux réseaux est avantageux tant du point de vue économique que de l'efficacité des traitements qui bénéficient d'une meilleure coordination. 88

Contrairement à certains droits étrangers, le droit suisse ne contient pas d'assise légale spécifique pour les réseaux médicaux. Ces derniers ont commencé à se développer depuis la modification de l'article 41 al. 4 LAMal qui autorise le recours à des modèles d'assurance alternatifs. En échange d'une réduction de primes et pour autant que l'assurance maladie le propose, le patient peut ainsi décider de limiter son choix aux fournisseurs de prestations désignés par l'assurance[138]. 89

Différents modèles d'assurance ont émergé, dont deux peuvent être qualifiés de véritables réseaux médicaux puisqu'ils prévoient un « *gate keeper* » et une coordination des soins : le modèle du médecin de famille et le modèle HMO (*Health Maintenance Organization*)[139]. Les modèles « *Telmed* » ou « *light* » se contentent pour leur part de limiter la liste des fournisseurs de soins sans véritable coordination des soins[140]. Selon le modèle du médecin de famille, l'assuré choisit un médecin de famille affilié à une liste dressée par son assurance et s'engage à le consulter en premier lieu en cas de besoin. Les HMO sont quant à eux des cabinets de groupe qui réunissent plusieurs branches de professionnels. Le patient assuré selon le modèle HMO s'adresse également en premier lieu à son HMO, qui assurera un traitement coordonné à l'interne ou, si nécessaire, l'enverra vers un spécialiste externe. En l'état actuel, les assurances maladie disposent d'une grande liberté pour développer les réseaux médicaux. En l'absence de règles spécifiques sur l'échange d'informations dans le cadre des réseaux, les règles générales de la LAMal et de la protection des données trouvent application[141]. 90

137 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 101.

138 Pour un aperçu des réseaux médicaux en Suisse romande et des prévisions en hausse de ces modèles de fourniture de soins dans un futur proche : GIRARDIN/GASPOZ, *Managed care et réseaux en Suisse romande*, p. 147 ss.

139 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 102.

140 *Ibid*.

141 *Idem*, p. 103.

91 Notons encore que les réseaux médicaux ne sont pas forcément la propriété d'acteurs traditionnellement liés aux soins (assureurs, médecins). Le distributeur Migros est par exemple devenu propriétaire de la société Medbase, qui détient aujourd'hui de nombreux cabinets de groupe ou pharmacies. Une partie de ces cabinets sont détenus en copropriété avec l'assurance maladie SWICA.

92 En 2012, le peuple suisse a rejeté un projet de modification de la LAMal intitulé « *projet managed care* » qui visait à faire des réseaux de soins intégrés la principale forme d'assurance maladie tout en laissant subsister les formes d'assurance préexistantes[142]. Sur la question des données traitées par les réseaux, le projet se contentait de mentionner, sans plus de détail, que les assureurs étaient tenus de conclure avec les réseaux de soins intégrés un contrat qui réglait notamment l'échange de données[143].

93 La coordination des soins, justification même de l'existence des réseaux médicaux, est en effet impossible sans un échange étendu de données médicales. L'échange de données médicales constitue par conséquent la pierre angulaire des réseaux médicaux[144].

E. Impact sur le secret médical

94 En synthèse, le développement des connaissances scientifiques a conduit à une multiplication du nombre de professions impliquées dans la prise en charge des patients. Ce phénomène résulte aussi bien de la spécialisation croissante de professions existantes que de l'apparition de professions nouvelles dans le domaine des soins (personnel paramédical, infirmiers spécialisés, etc.) ou en marge de ceux-ci. Parallèlement, des contraintes d'ordre sanitaire (évolution démographique, augmentation des maladies chroniques) et économique encouragent l'adoption progressive de modèles favorisant une meilleure intégration des soins en plaçant le patient au centre du système de soins.

95 La multiplication des acteurs de soins et l'intégration des soins impliquent non seulement une augmentation du nombre de données collectées dans le cadre des traitements, mais également une coordination renforcée entre les différents acteurs concernés. Le renforcement de cette coordination peut s'opérer par le biais de différents canaux, notamment par des mesures d'organisation interne au sein des établissements médico-hospitaliers, par une meilleure gestion de l'interprofessionnalité ou par le développement des

142 FF 2011 6849 ; EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 104.

143 Art. 41*c* al. 2 projet de modification de la LAMal, FF 2011 6849, 6850.

144 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 110.

réseaux médicaux. Dans tous les cas, le renforcement de la coordination implique nécessairement une *augmentation des échanges d'informations*. Or, ces échanges concernent au moins partiellement des informations liées à des patients, en principe couvertes par le secret médical.

96 L'augmentation des échanges d'informations médicales entre un nombre croissant d'acteurs de soins a un impact important sur le secret médical. Ce phénomène tend en effet à modifier la conception classique du secret médical. Dans les faits, le patient se confie désormais moins à un praticien qu'à une équipe de soignants, au personnel d'une institution, voire à un réseau de soignants ou d'institutions. L'échange d'informations autrefois bilatéral se développe ainsi vers un modèle marqué par un multilatéralisme important. Les relations purement bilatérales « patient/soignant » dans le cadre desquelles l'information reste soigneusement cloisonnée continuent certes d'exister, même si leur nombre est voué à diminuer.

97 L'évolution du système de soins et ses conséquences sur les échanges d'informations médicales devront être prises en compte pour la détermination des intérêts qui sous-tendent la protection du secret médical contemporain (*cf. infra* N 240 ss). Il s'agira notamment de questionner la légitimité du secret médical, en tant qu'obligation faite aux soignants, dès lors que l'objet du secret est amené à être largement partagé. On notera par ailleurs que d'autres formes de secrets traditionnellement comparées au secret médical, à l'instar du secret de l'avocat ou du secret de la confession, ne connaissent pas d'évolution similaire.

III. Révolution numérique et cybersanté

98 L'avènement de la société de l'information et l'adoption progressive et massive des technologies qui la sous-tendent, à savoir les technologies de l'information et de la communication (TIC), ont eu un impact important sur le système de soins et plus largement sur l'ensemble du système de santé. Alors que l'informatique se limitait encore essentiellement au domaine de la recherche dans les années 1970[145], son développement a connu des progrès importants dans le domaine de la santé depuis les années 1980. C'est à cette époque qu'a débuté la transition du traitement d'informations de santé analogiques au profit des traitements de données numériques grâce aux premiers systèmes informatiques médicaux. Le phénomène s'est ensuite largement amplifié avec l'apparition d'internet. Aujourd'hui, les TIC sont omniprésentes dans la vie

145 SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 88.

quotidienne du citoyen et la santé est un domaine particulièrement marqué par ce phénomène.

99 La présente section aborde les grandes lignes de la politique suisse en matière de cybersanté, ses applications concrètes et les impacts potentiels de la cybersanté sur le secret médical.

A. Politique de cybersanté

100 La transformation technologique et numérique a été désignée comme un des principaux axes politiques de la stratégie fédérale « *Santé 2030* », approuvée par le Conseil fédéral le 6 décembre 2019[146]. Parmi les défis identifiés figurent la protection de l'autodétermination informationnelle des individus en lien avec leurs données de santé, l'exploitation du potentiel constitué par les données de santé et la coordination de la numérisation du système sanitaire[147]. Sur cette base, le Conseil fédéral s'est fixé l'objectif général suivant : « *Tous les partenaires du système sanitaire utilisent les données de santé et les nouvelles technologies médicales en tenant compte des opportunités et des risques qu'elles comportent* »[148]. Pour remplir cet objectif à l'horizon 2030, il enjoint la Confédération et les cantons à mettre en place les conditions-cadres et les incitations favorables pour la numérisation concrète du système de santé. Il souligne l'importance de renforcer la confiance de la population quant à la fiabilité et la sécurité des méthodes de traitements de données. Il conclut ce train de mesures ainsi : « *les données doivent notamment être mises à la disposition de la recherche* »[149].

101 La stratégie « *Santé 2030* » a remplacé la stratégie « *Santé 2020* », approuvée en 2013[150]. Cette stratégie réservait également une place importante à la cybersanté, notamment sous l'angle du renforcement de la qualité des soins. Elle soulignait que les avantages induits par le recours à la cybersanté devaient indirectement déboucher sur une baisse des coûts de la santé[151]. Plus tard, le Conseil fédéral a précisé que les économies sur l'évolution des coûts devaient toutefois s'examiner sur le long terme puisque le développement de la cybersanté devait contribuer à éviter les prestations inutiles ou inefficaces tout en renforçant la qualité et la sécurité des traitements.

146 OFSP, *Politique de la santé : stratégie du Conseil fédéral 2020-2030*, 6 décembre 2019.

147 *Idem*, p. 14.

148 *Idem*, p. 15.

149 *Idem*, p. 15.

150 DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral. Santé2020*, 23 janvier 2013, p. 11 ss.

151 *Ibid*.

Le Conseil fédéral définit la « *cybersanté* » (également « eHealth » en anglais ou « *services électroniques de santé* ») comme « *l'utilisation intégrée des technologies de l'information et de la communication pour l'organisation, le soutien et la mise en réseau de tous les processus et participants du système de santé* »[152]. 102

En Suisse, les premières initiatives en matière de cybersanté ont été entreprises à l'échelon cantonal à partir du début des années 2000. Les cantons de Genève et du Valais ont fait office de pionniers en lançant les premiers projets de dossiers médicaux informatisés (« *mondossiermedical.ch* » pour Genève et « *INFOMED* » pour le Valais). 103

En 2007, le Conseil fédéral a formellement adopté la « *Stratégie Cybersanté Suisse* », élaborée de concert entre la Confédération et les cantons[153]. Partant du constat qu'une partie des cantons avaient initié des projets de cybersanté et qu'il n'existait alors pas de stratégie nationale en la matière, la Stratégie Cybersanté Suisse entendait défendre la vision suivante : « *Dans le système de santé suisse, chaque individu peut autoriser les spécialistes de son choix à accéder, à tout moment et en tout lieu, à d'importantes informations pertinentes sur sa personne et bénéficier de prestations. Il participe activement aux décisions concernant son comportement et ses problèmes liés à la santé, renforçant ainsi sa culture sanitaire. Les technologies de l'information et de la communication sont utilisées de manière à assurer la mise en réseau des acteurs du système de santé et à créer des processus de meilleure qualité, plus sûrs et plus efficaces.* »[154] L'objet de la Stratégie Cybersanté Suisse se limitait alors essentiellement à poser les fondations nécessaires en vue de l'adoption du dossier électronique du patient et à sensibiliser la population sur l'utilisation de services de santé en ligne[155]. 104

Dans la foulée, le Département fédéral de l'intérieur (DFI) et la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé (CDS) ont conclu une convention-cadre de droit public visant à mettre en œuvre la Stratégie Cybersanté Suisse en réglant la collaboration entre la Confédération et les cantons. Les compétences de la Confédération étant limitées en matière d'accès aux soins, il était en effet important que la Confédération et les cantons agissent de concert pour développer les différents projets de cybersanté. La conclusion de cette convention a débouché sur la création de « *eHealth Suisse* »[156], un organe chargé de coordonner la mise en réseau des acteurs du système de santé au niveau national[157]. La convention-cadre entre 105

152 Message LDEP, FF 2013 4747, 4753.

153 OFSP, *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse*, 27 juin 2007.

154 *Idem*, p. 24.

155 *Idem*, p. 25.

156 www.e-health-suisse.ch.

157 FANTI, *Big Data*, p. 81.

le DFI et la CDS étant arrivée à échéance en 2017, après avoir été prolongée, une nouvelle convention-cadre sur la collaboration en matière de cybersanté a été conclue entre les mêmes parties le 19 mai 2017. Celle-ci vise principalement à coordonner l'utilisation des technologies de l'information et de la communication en vue de la mise en réseau des acteurs du système de santé et à assurer l'interopérabilité des différents projets de cybersanté[158]. La convention a été conclue pour une durée indéterminée.

106 L'adoption de la loi fédérale sur le dossier électronique du patient le 19 juin 2015 a constitué une étape majeure de la politique suisse de cybersanté menée par la Confédération. Ses contours seront présentés plus loin (*cf. infra* N 136 ss).

107 Suite à l'échéance de la Stratégie Cybersanté Suisse en 2017, la Confédération et la CDS ont adopté la « *Stratégie Cybersanté Suisse 2.0 2018-2022* »[159] en mars 2018. Subordonnée à la stratégie de la Confédération « *Suisse numérique* » de 2016[160], cette nouvelle stratégie vise à compléter et mettre à jour la stratégie précédente tout en contribuant à faire progresser la numérisation au sein du système de santé. Elle met l'accent sur l'acquisition des compétences de la population et sur l'interconnexion numérique des institutions et des professionnels de la santé[161]. Parallèlement à l'implantation du dossier électronique du patient, elle prend en compte d'autres activités développées à l'échelle nationale : l'encadrement de la « *mHealth* » (ou santé mobile par le biais des applications de santé), la formation et l'habilitation des professionnels de santé en matière de cybersanté et l'amélioration de l'interopérabilité technique en vue des échanges de données entre les différents systèmes[162].

108 Le champ d'application pratique de la cybersanté s'élargit au fur et à mesure des avancées technologiques. L'application des TIC au domaine de la santé offre sans cesse de nouvelles possibilités en matière de diagnostics et de traitements. La médecine personnalisée, dont le fonctionnement repose sur l'analyse préalable de données diagnostiques, ou la surveillance à distance des paramètres de santé en sont de bons exemples. L'analyse de larges volumes de données et les capacités de calcul augmentées constituent également des outils précieux pour la recherche pharmaceutique et la conception de nouveaux médicaments[163].

158 Art. 2 de la Convention-cadre sur la collaboration en matière de cybersanté du 19 mai 2017.

159 CONFÉDÉRATION SUISSE/CDS, *Stratégie Cybersanté Suisse 2.0 2018-2022*, 1er mars 2018.

160 CONFÉDÉRATION SUISSE, *Stratégie Suisse numérique*, 2016, p. 13 ss.

161 CONFÉDÉRATION SUISSE/CDS, *Stratégie Cybersanté Suisse 2.0 2018-2022*, 1er mars 2018, p.12.

162 *Idem*, p. 8.

163 SEFRI, *Défis de la numérisation pour la formation et la recherche en Suisse*, juillet 2007, p. 83.

Le Conseil fédéral a toujours reconnu que les développements de la cybersanté engendraient une augmentation sérieuse des risques en matière de protection des données et a insisté à plusieurs reprises sur la nécessité d'adopter des mesures visant à empêcher les accès non autorisés à ces données[164]. Un rapport de la Société suisse d'informatique médicale sur les développements potentiels de la cybersanté jusqu'en 2025 souligne également cette problématique[165]. Tout en recommandant un renforcement et une plus grande précision de la législation en la matière, le rapport souligne notamment la nécessité d'engager un dialogue social sur les enjeux de la délimitation entre vie privée et vie publique ainsi que sur l'usage des données privées pour servir des buts collectifs. 109

B. Concrétisations

1. Recours aux systèmes informatiques et numérisation des données de santé

Aujourd'hui, l'ensemble des établissements médico-hospitaliers et une majorité de cabinets médicaux disposent de systèmes informatiques de gestion du dossier du patient. 110

L'augmentation progressive du recours aux systèmes informatiques est confirmée par les statistiques. Selon un communiqué publié par l'OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE en 2019, 41% des cabinets médicaux et centres ambulatoires géraient leurs dossiers médicaux de manière complètement électronique en 2017, ce qui concernait environ 51% de l'ensemble des médecins exerçant dans les cabinets médicaux[166]. Le communiqué soulignait par ailleurs un clivage générationnel important puisque 72% des médecins âgés de 35 à 44 ans travaillaient dans les cabinets médicaux où la gestion des dossiers informatiques était complètement électronique. Par ailleurs, selon l'étude SWISS EHEALTH BAROMETER 2020, 66% des médecins exerçant en cabinet géraient les dossiers de leurs patients de manière complètement électronique 111

164 OFSP, *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse*, 27 juin 2007, p. 17 ; DFI, *Politique de la santé : les priorités du Conseil fédéral. Santé2020*, 23 janvier 2013, p. 11 ; OFSP, *Politique de la santé : stratégie du Conseil fédéral 2020-2030*, 6 décembre 2019, p. 15. Bien qu'il souligne la nécessité d'adopter des règles suffisantes en matière de protection des données, le Conseil fédéral évoque toutefois de manière moins explicite les risques d'accès non autorisés aux données de santé.

165 SOCIÉTÉ SUISSE D'INFORMATIQUE MÉDICALE, Vision « Cybersanté 2025 ». Du système de soins au système de santé, non daté, p. 30

166 OFFICE FÉDÉRAL DE LA STATISTIQUE, Données structurelles des cabinets médicaux et des centres ambulatoires 2017, Communiqué de presse du 24 octobre 2017.

en 2019[167]. L'introduction progressive du dossier électronique du patient en Suisse dès 2021 devrait en principe encourager une adoption encore plus large de l'utilisation de systèmes informatiques de gestion des données des patients dans le domaine ambulatoire.

112 Le recours progressif aux systèmes informatiques se traduit en pratique par une numérisation croissante des données de santé. Par rapport aux données conservées sur papier, les données numériques présentent des avantages importants. Elles peuvent être communiquées simplement, rapidement, en plus grands volumes et à un plus grand nombre de destinataires. En matière de soins, cela présente des avantages immenses : accessibilité aux données sans contrainte géographique, meilleur suivi du patient sur le long terme, échanges entre professionnels facilités, assistance informatique (ex. : contre-indications médicamenteuses), etc.[168] La numérisation des données de santé suscite toutefois des risques nouveaux.

113 Par principe, tout usage de système informatique comporte des risques qui peuvent être liés aux accidents ou aux dysfonctionnements, aux erreurs ou à la malveillance[169]. Comparés aux systèmes d'archivage papier, les systèmes informatiques présentent en particulier une vulnérabilité plus grande du point de vue des volumes de données menacées[170].

114 Le piratage informatique est traditionnellement désigné comme la principale menace des systèmes informatiques de gestion des données de santé et ses conséquences sont particulièrement nuisibles[171]. Cette menace contraint donc les institutions médico-hospitalières et les cabinets de soins à redoubler de vigilance pour protéger leurs systèmes informatiques et assurer un niveau de protection suffisant de leurs systèmes. La menace n'est pas théorique. Au cours de l'année 2016, une forte augmentation des attaques de type « *rançongiciels* » a par exemple été constatée à l'encontre de petites et moyennes entreprises suisses actives dans le domaine de la santé[172]. Les données de santé ont par ailleurs une forte valeur marchande sur le *dark web*, où elles peuvent être utilisées à des fins de fraude à l'assurance par exemple ou pour la commande de produits thérapeutiques.

167 SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Befragung der Gesundheitsfachpersonen*, p. 16.

168 Pour une présentation des avantages du dossier médical informatisé, *cf.* : BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, N 33 ss.

169 CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, p. 507.

170 *Idem*, p. 510.

171 *Ibid.*

172 LAMIA, Bulletin des médecins suisses 2016, p. 1708.

Les menaces liées à l'informatisation des données de santé ne se limitent toutefois pas aux piratages informatiques. Les données numériques de santé collectées en masse par les institutions de soins peuvent en effet être utilisées à des fins multiples, notamment grâce à l'émergence des méthodes d'analyse de type *big data*, et suscitent la convoitise de nombreux acteurs, aussi bien publics que privés (assureurs, développeurs d'applications numériques, employeurs, marketing, etc.). Collectées en nombre, les données de santé acquièrent alors une valeur mercantile importante et la tentation de les revendre contre des profits juteux est grande pour leurs détenteurs. Les données peuvent être collectées directement auprès des individus, notamment par le biais d'applications mobiles de santé (*cf. infra* N 126 ss), mais aussi aus près des institutions médico-hospitalières ou de leurs hébergeurs, voire encore auprès de l'Etat. 115

Au cours des dernières années, plusieurs scandales ont éclaté à l'étranger suite à la vente de données de santé par l'Etat à des entreprises privées sans que les patients en soient informés. En 2016, la presse anglaise a par exemple révélé que le *National Health Service* (NHS) avait partagé les dossiers médicaux de 1,6 million de patients avec une filiale de Google sans le consentement de ces derniers. Google souhaitait accéder à ces données pour développer une application aidant les médecins à surveiller les personnes souffrant de problèmes de reins[173]. En 2017, le *Information Commissioner's Office* britannique a conclu à l'illicéité du partage d'informations pour défaut d'information des patients[174]. La même année, la presse belge a fait état de la revente de données numériques de santé par les hôpitaux à la multinationale américaine *QuintilesIMS*, bien que les données aient été anonymisées[175]. En mars 2018, la Commission d'accès à l'information québécoise a ouvert une enquête sur l'utilisation des renseignements de santé contenus dans les dossiers médicaux électroniques[176]. Selon les médias, les hébergeurs de dossiers électroniques médicaux de millions de Québécois auraient fait un usage commercial de ces données pourtant confidentielles en les revendant ou en les croisant. Dans les faits, un logiciel mis à disposition des praticiens aurait été capable d'identifier automatiquement les personnes affiliées à certaines assurances et de suggérer des médicaments de remplacement si l'ordonnance 116

173 LE MONDE, *L'ampleur des données de santé collectées par Google inquiète outre-Manche*, 14 mai 2016.

174 Communiqué de *l'Information Commissionner's Office* du 3 juillet 2017.

175 RTBF, *Vos données médicales sont revendues, vous le saviez ?*, 6 octobre 2017.

176 Communiqué du 2 mars 2018 de la Commission d'accès à l'information du Québec, *La commission d'accès à l'information va enquêter sur l'utilisation de renseignements de santé contenus dans des dossiers médicaux électroniques*.

était considérée comme trop coûteuse. Dans certains cas, le logiciel aurait même proposé des bons de réduction pour certains types de médicaments lors de la prescription[177]. D'autres affaires similaires ont été recensées en Espagne, en France ou en Islande depuis le début des années 2000[178].

117 Les risques de fuites de données de santé collectées par les établissements médico-hospitaliers peuvent également découler de négligences. En 2019, la société allemande de sécurité Greenborne Network a par exemple dévoilé que plus de 200'000 images médicales de patients suisses étaient facilement accessibles sur internet[179]. L'exposition de ces données a été causée par l'utilisation encore récente d'un vieux standard informatique des années 80.

118 Si les pressions exercées par les entreprises privées auprès de l'Etat ou des institutions de soins en vue d'accéder aux données de patients sont préoccupantes, l'accès potentiel à ces données sensibles par l'Etat lui-même l'est potentiellement tout autant. La collecte et le stockage de données de santé sur des supports informatiques facilitent indéniablement un tel accès, notamment lorsqu'une infrastructure nationale ou régionale de dossier électronique du patient a été adoptée. En présence de garde-fous suffisants et d'un contexte politique stable, les craintes n'ont probablement pas lieu d'exister. Les risques augmenteraient sensiblement dans un contexte politique plus tendu, face à un Etat intrusif qui chercherait à exercer un contrôle plus pressant sur ses citoyens ou qui entendrait développer une politique eugéniste par exemple. Il ne s'agit pas de faire preuve d'alarmisme, mais ces risques existent et ne doivent pas être sous-estimés.

119 Sur le plan technique, l'informatisation des systèmes de gestion des données de santé a par ailleurs conduit les établissements médico-hospitaliers et les cabinets médicaux à recourir de manière toujours plus fréquente aux services d'entreprises externes pour la gestion de données informatiques (*outsourcing*)[180]. Une telle configuration peut se révéler problématique lorsque la gestion des données externalisées ne peut être assumée que moyennant un accès aux données par le prestataire de services[181]. Le cercle des personnes autorisées à accéder aux données des patients s'élargit alors. Selon WOHLERS, les recours à des prestataires externes est répandu dans le domaine de la santé, notamment lorsque les établissements médico-hospitaliers ou les cabinets

177 LA PRESSE, Dossiers médicaux à vendre, 2 mars 2018.

178 BURGAT, *Télémédecine*, N 692.

179 RADIO TÉLÉVISION SUISSE, Les scanners de milliers de patients en Suisse ont fuité sur internet, 27 septembre 2019.

180 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 38.

181 *Ibid*.

ont recours à des serveurs situés en dehors de leurs locaux comme lieux de sauvegarde primaires ou secondaires, lorsque le traitement des données des patients est délégué à des filiales indépendantes ou encore lorsque des systèmes d'information clinique sont introduits tout en étant entretenus par un département centralisé ou par des tiers[182].

120 Les établissements médico-hospitaliers et cabinets médicaux recourent par ailleurs de plus en plus à des solutions d'informatique en nuage ou « *cloud* ». De manière générale, le *cloud* pourrait être défini comme « *l'accès à distance à des composantes IT, soit une infrastructure IT (hardware) et/ou à des fonctionnalités IT (software)* »[183]. Il existe différents modèles de *cloud*[184]. Sans traiter des aspects techniques de ces différents modèles, je me limiterai à mentionner ici que certains modèles *cloud* impliquent que les données ne sont plus traitées chez l'utilisateur, mais par le prestataire informatique (fournisseur de *cloud*) qui dispose souvent d'un accès au contenu des données.

121 Outre les avantages logistiques qu'il procure (accès à l'information depuis n'importe où, simplicité d'utilisation), le *cloud* tend à favoriser la sécurité des données. Il offre en effet aux infrastructures de taille modeste (ex. : cabinet médical) de bénéficier d'installations informatiques performantes et protégées contre les menaces les plus actuelles, à des coûts raisonnables[185]. Selon les situations, on peut ainsi admettre que le recours à une solution *cloud* par un professionnel de la santé peut être dicté aussi bien par le principe de *sécurité* consacré par le droit de la protection des données (art. 7 LPD) que par le devoir contractuel de diligence (art. 398 al. 2 CO).

122 Le recours à un système de type *cloud* comporte aussi des risques spécifiques, principalement liés au manque de contrôle de l'utilisateur sur le prestataire *cloud*. Ce dernier doit en particulier assurer la confidentialité et l'intégrité des données, notamment en isolant les données des différents utilisateurs du service *cloud* et en veillant à ce que le système de stockage ne soit pas piraté[186]. Ces attaques doivent être distinguées de celles qui peuvent survenir lors du transfert d'information vers le *cloud* par le biais des réseaux publics (risques sécuritaires liés à la connexion réseau) ou de la mauvaise protection des systèmes informatiques de l'utilisateur (risques sécuritaires liés

182 *Idem*, p. 39 et réf. citées.

183 CHAPPUIS/ALBERINI, Revue de l'avocat 2017, p. 338.

184 On distingue généralement l'*Infrastructure-as-a-service* (IaaS), le *Platform-as-a-service* (PaaS) et le *Software-as-a-service* (SaaS). Pour une introduction technique sur ces différents modèles, *cf.* SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 3 ss.

185 BENHAMOU/ERARD/KRAUS, Revue de l'avocat 2019, p. 120.

186 KESSLER, Bulletin des médecins suisses 2017, p. 1494.

à l'utilisateur)[187]. La problématique du lieu de stockage doit également être prise en compte. La majorité des prestataires *cloud* disposent en effet de serveurs situés dans un pays étranger, voire dans plusieurs pays en même temps. Par ailleurs, l'utilisateur doit s'assurer que le prestataire *cloud* adopte des mesures suffisantes pour se prémunir contre les pertes de données, les pannes de systèmes ou les usages abusifs de données.

123 Si la présente section a mis en évidence l'augmentation des acteurs susceptibles de prendre connaissance des informations relatives aux patients et l'émergence de risques nouveaux en lien avec l'informatisation de systèmes de gestion des données de santé, on ne saurait toutefois faire fi des avantages importants induits par l'informatisation des systèmes de gestion des données de santé du point de vue de la protection des données. Les développements technologiques offrent en effet des outils de contrôle, de traçage et de limitation d'accès aux données de santé que les dossiers médicaux papier n'offrent pas[188]. La protection de la personnalité des patients s'en trouve donc paradoxalement aussi renforcée.

2. Télémédecine, *telemonitoring* et *mHealth*

124 Les nouvelles possibilités de mise en réseau offertes par les TIC ont rapidement trouvé un terreau favorable dans le domaine médical. C'est dans ce cadre que s'est développée la « télémédecine », sous-branche de la cybersanté, qui désigne l'activité médicale effectuée à distance grâce à des moyens de communication électroniques[189]. La télémédecine couvre plusieurs champs d'application, que BURGAT a proposé de classer ainsi[190] :

— la « *téléconsulation* », qui équivaut à une consultation médicale ordinaire conduite à distance et qui peut faire intervenir un ou plusieurs soignants extérieurs.
— la « *téléexpertise* », qui fait intervenir un second soignant dans l'activité médicale en qualité d'expert ou de spécialiste. Ce dernier peut intervenir à titre consultatif, en relation directe ou non avec le patient.
— la « *téléassistance* », qui fait intervenir un tiers (proche, infirmier, pharmacien, etc.) en vue d'établir la communication à distance entre le patient et le médecin. Le tiers agit selon les instructions du patient ou du soignant consulté à distance et occupe donc une position subordonnée.

187 *Ibid.*
188 BURGAT, *Télémédecine*, N 698.
189 *Idem*, N 9, qui présente plusieurs définitions.
190 *Idem*, N 55 ss.

Parallèlement à la télémédecine telle qu'elle vient d'être décrite, le milieu 125
médical a vu naître de nouvelles technologies de fourniture de soins à distance. Parmi elles, le *telemonitoring* permet par exemple de contrôler à distance et en direct les données physiologiques d'un patient. Les mesures sont prises grâce à différents types d'appareils, tels que les *pacemakers* connectés ou les simples téléphones mobiles. Selon l'appareil utilisé, le patient est amené à procéder lui-même à des mesures régulières qu'il communique ensuite à distance. Dans la forme traditionnelle du *telemonitoring*, les données récoltées sont transmises à un *call center*, qui les collecte et les vérifie automatiquement. En cas de mesures anormales, le médecin affilié au *call center* est averti ou, si nécessaire, les services d'urgences appelés[191]. Le *telemonitoring* se révèle particulièrement utile pour la surveillance des personnes souffrant de maladies chroniques ou plus généralement des personnes âgées, souvent seules à leur domicile ou dont la mobilité est réduite[192].

Les appareils mobiles connectés ont par ailleurs contribué à développer 126
un domaine d'activités plus large : la santé mobile ou « *mHealth* ». La *mHealth* englobe de manière large l'utilisation d'applications mobiles relatives à la santé, au mode de vie ou au bien-être qui sont conçues pour se connecter à des dispositifs médicaux ou des capteurs de mesure tels que des bracelets connectés. On inclut également à cette catégorie les systèmes mobiles de conseils personnalisés, d'informations de santé ou de rappels de médication[193]. Techniquement, la télémédecine et le *telemonitoring* font également partie du champ d'application de la *mHealth* à partir du moment où ces pratiques sont exercées au moyen d'appareils connectés.

Les développements en matière de *mHealth* sont fulgurants et des mil- 127
liers d'applications mobiles sont aujourd'hui proposées au public. Celles-ci permettent par exemple le contrôle constant de paramètres vitaux (ex. : rythme cardiaque) ou l'amélioration de la sécurité et de l'autonomie des patients. Les données ainsi collectées peuvent par ailleurs être utilisées pour améliorer la qualité des diagnostics et prodiguer des traitements plus précis (médecine personnalisée), mais pourraient aussi servir de base à la recherche ou à de nouvelles pratiques médicales[194]. Selon des sondages effectués auprès de la population suisse, il apparaît que seule une minorité de la population a

191 BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, N 56.

192 En Suisse, des startups sont spécifiquement actives dans le secteur de la « *gérontechnologie* », qui vise à introduire les technologies numériques au service de la santé des personnes âgées. A ce sujet, voir : LE TEMPS, A domicile ou en EMS, les seniors s'ouvrent au monde numérique, 23 mars 2018.

193 COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur la santé mobile*, 10 avril 2014, p. 3.

194 *Ibid*.

effectivement (ou peut-être devrait-on plutôt dire « *consciemment* ») recours aux applications *mHealth*, mais une majorité des personnes interrogées serait prête à envisager leur utilisation[195]. La *mHealth* a par ailleurs été prise en compte dans le cadre du dossier électronique du patient et il est prévu que le patient puisse directement alimenter son dossier par le biais d'applications mobiles de santé[196].

128 Les applications *mHealth* ne sont toutefois pas réservées à l'usage exclusif des patients. Certaines d'entre elles, toujours plus nombreuses, s'adressent directement aux professionnels de la santé pour les épauler dans leurs activités (ex. : applications mobiles spécifiques permettant de surveiller le taux de glycémie ou le rythme cardiaque)[197]. D'autres applications mobiles permettent même aux soignants de partager des cas cliniques jugés dignes d'intérêt avec des confrères utilisateurs de l'application[198]. Elles comprennent en principe des outils d'anonymisation des patients (fonctions de floutage par exemple). Il faut également inclure dans cette catégorie les applications mobiles téléchargées par le patient sur requête du soignant en vue d'assurer une communication à distance entre les deux acteurs, les données ainsi collectées étant ensuite enregistrées sur le système informatique du soignant.

129 La *mHealth* suscite de nombreux questionnements du point de vue de la protection des données[199]. Elle induit en effet des collectes de données de santé toujours plus nombreuses et volumineuses. Or, dès l'instant où l'utilisateur doit s'identifier pour utiliser l'application, les données de santé collectées par le propriétaire de l'appli (en principe un acteur privé) peuvent être reliées à leur utilisateur. Le lieu de stockage de ces informations, souvent à l'étranger, est également source de questionnements. Le caractère peu onéreux voire gratuit de ces applications mobiles laisse par ailleurs soupçonner le recours à des utilisations secondaires des données collectées, en particulier des reventes de données.

130 Qu'il s'agisse de télémédecine, de *telemonitoring* ou plus largement d'applications *mHealth*, on peut légitimement se demander si l'adoption de ces nouvelles technologies exerce une influence sur la protection du secret médical en tant qu'obligation à charge des soignants. En ce qui concerne la télémé-

195 SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Bevölkerungsbefragung*, p. 21.

196 EHEALTH SUISSE, *mobile Health (mHealth). Recommandations I*, 16 mars 2017, p. 12.

197 ISLER, digma 2013, p. 110, 113-114.

198 Par exemple, l'appli « *Figure 1* ». Détails disponibles sur le site internet de « Figure 1 ». Nul doute que l'utilisation de ce genre d'outils aurait été préconisée par PERCIVAL (début XIXe siècle), selon qui les médecins étaient tenus de partager avec leurs confrères les cas intéressants et dignes d'intérêt, *cf.* PERCIVAL, *Medical Ethics*, p. 15.

199 *Cf.* GILLI, Bulletin des médecins suisses 2017, p. 359.

decine, je partage dans une bonne mesure l'opinion de BURGAT selon laquelle cette technologie ne pose pas de problèmes supplémentaires du point de vue du secret médical puisque les consultations médicales ordinaires impliquent elles aussi l'enregistrement de données de santé sur des serveurs informatiques et que le partage d'informations entre soignants est une pratique courante, même sans télémédecine. Il me semble toutefois nécessaire de souligner que le recours à la télémédecine ou au *telemonitoring* implique dans les faits une augmentation du nombre d'acteurs susceptibles de prendre connaissance des données du patient traité (ex. : *outsourcing*, hébergeurs, assistant dans le cadre de la « *téléassistance* », employés du *call center*). Ces acteurs peuvent également se trouver à l'étranger, entraînant potentiellement l'application de normes de droit étranger. L'adoption de ces deux technologies n'est donc pas complètement neutre du point de vue du secret médical.

En ce qui concerne le recours aux applications mobiles *mHealth*, une 131
distinction doit être opérée entre les applications mobiles utilisées librement par les patients ou la population en général et les applications mobiles développées à l'attention des soignants. Bien qu'elles soulèvent de nombreuses questions en matière de protection des données de santé, les applications *mHealth* que les patients choisissent d'utiliser de leur propre initiative pour surveiller leur santé ou leur bien-être n'ont qu'un impact réduit sur l'obligation des soignants d'observer le secret médical, même lorsque les données collectées par ce biais sont ensuite communiquées aux soignants (versement au dossier électronique du patient par exemple). Pour l'heure du moins, les applications *mHealth* ne remplacent pas les médecins et les informations collectées par leur biais que le patient choisirait de communiquer aux soignants ne se distinguent pas fondamentalement des communications d'informations traditionnelles aux soignants (ex. : transmission du dossier médical, questionnaire). La situation est différente en cas d'usage d'applications mobiles par les soignants. Dans ces différentes hypothèses, les données sont collectées par le soignant dans le cadre du traitement thérapeutique et les risques liés à l'usage d'applications *mHealth*, en particulier l'emprise sur les données collectées par les propriétaires d'applications ou le stockage de ces dernières sur des serveurs étrangers, constituent une menace réelle pour le secret médical.

3. Carte d'assuré électronique

Toute personne tenue de s'assurer à l'AOS doit se faire délivrer par son assu- 132
rance une carte d'assuré contenant un microprocesseur permettant le traitement de données personnelles[200]. La carte d'assuré, qui est propriété de

200 Art. 42*a* LAMal, art. 1 et 2 OCA.

l'assurance, contient des données dont l'accès est limité aux personnes autorisées[201]. Outre les données destinées à la facturation des prestations (données administratives), des données propres à « *améliorer l'efficacité, la sécurité et la qualité du traitement médical* » peuvent y être enregistrées moyennant le consentement de la personne assurée. Celles-ci sont énoncées de manière exhaustive par l'article 6 al. 1 OCA : données relatives au groupe sanguin et à la transfusion, au système immunitaire, à la transplantation, aux allergies, aux maladies et séquelles d'accidents, à la médication, aux personnes à avertir en cas d'urgence et à l'existence de directives anticipées. Il est également possible de procéder à des inscriptions supplémentaires dans les cas médicalement fondés.

133 L'annexe de l'OCA détermine la liste des professionnels de la santé autorisés à traiter les données médicales inscrites sur la carte d'assuré (en particulier leur accès) ainsi que l'étendue du traitement[202]. Dans la majorité des cas, seuls les médecins, dentistes, chiropraticiens et dans une mesure réduite les pharmaciens sont autorisés à lire, écrire et effacer des informations sur la carte d'assuré. Les droits accordés aux sages-femmes, physiothérapeutes, ergothérapeutes, infirmiers, logopédistes, orthophonistes et diététiciens se limitent en principe à la lecture, sauf pour les modifications d'adresses de contact en cas d'urgence et l'inscription de directives anticipées. Les professionnels précités ne sont autorisés à traiter les données d'ordre médical qu'avec l'accord de la personne assurée, qui peut d'ailleurs verrouiller la majeure partie de celles-ci au moyen d'un code PIN[203]. Les professionnels de la santé mentionnés dans l'annexe peuvent toutefois accéder aux données médicales enregistrées sur la carte sans l'accord de l'assuré lorsque des soins d'urgence le requièrent et que la personne concernée se trouve dans l'incapacité de donner son consentement[204].

134 Dès son introduction en 2007, la carte d'assuré a fait l'objet de nombreuses critiques, en particulier de la part du milieu médical qui y voyait une menace pour la protection des données médicales des patients qui y seraient enregistrées[205]. On a notamment reproché le fait que la carte d'assuré reste propriété de la compagnie d'assurance qui l'émettait, la faiblesse du niveau de sécurité ou les difficultés de mise à jour des informations[206].

201 Art. 42 LAMal ; art. 11 al. 1 OCA.

202 Art. 7 OCA.

203 Art. 7 al. 4 OCA.

204 Art. 7 al. 5 OCA.

205 WAGNER/KUHN/GAUTHEY, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 335 ss ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 197.

206 WAGNER/KUHN/GAUTHEY, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 336.

En pratique, le recours à la carte d'assuré en vue d'y inscrire de données médicales s'est dans les faits soldé par un échec. Son utilisation a cependant été intégrée dans le projet du dossier électronique du patient, qui prévoit que la carte d'assuré puisse être utilisée comme moyen d'identification du patient[207]. 135

4. Loi fédérale sur le dossier électronique du patient

La mise en œuvre du dossier électronique du patient (DEP) est régie par la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)[208], entrée en vigueur le 15 avril 2017[209]. Différentes ordonnances d'exécution précisent son contenu[210]. Un délai de trois ans avait été fixé pour la mise en place des structures nécessaires au lancement du DEP, qui devait être opérationnel au printemps 2020. En raison d'obstacles survenus dans le cadre de la certification des communautés de référence, les premiers dossiers électroniques du patient devraient être ouverts au début de l'année 2021. 136

En tant que loi-cadre, la LDEP n'a pas pour objectif de régler les détails du DEP, mais se limite à régler les conditions de traitement des données du DEP et à définir les mesures propres à l'adoption, la diffusion et le développement de ce dernier[211]. La mise en œuvre du DEP en Suisse repose sur un modèle décentralisé, c'est-à-dire que les données de santé saisies dans le DEP par les professionnels de la santé ne sont pas stockées de manière centralisée. Par ailleurs, les professionnels de la santé, les institutions et les patients sont affiliés à des communautés régionales principalement chargées d'assurer la disponibilité de ces données. Le choix d'un système décentralisé s'explique non seulement par le partage complexe des compétences entre la Confédération et les cantons en matière de gestion de données de santé, mais également pour tirer avantage des expériences de terrains des différentes solutions mises en œuvre selon les régions et pour éviter de construire des projets de trop grande ampleur. L'expérience à l'étranger a en effet montré que les projets trop ambitieux avaient tendance à échouer[212]. Les différents acteurs impliqués dans la mise en œuvre du DEP disposent ainsi volontairement d'une marge de manœuvre conséquente pour réaliser leurs tâches respectives. 137

207 Art. 42*a* al. 2bis LAMal.

208 RS 816.1.

209 RO 2017 2201.

210 Ordonnance du 22 mars 2017 sur le dossier électronique du patient (ODEP), RS 816.11 ; Ordonnance du DFI du 22 mars 2017 sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI) et ses différentes annexes, RS 816 111 ; Ordonnance du 22 mars 2017 sur les aides financières pour le dossier électronique du patient (OFDEP), RS 816.12.

211 Art. 1 al. 1 et 2 LDEP.

212 Message LDEP, FF 2013 4747, 4758.

138 Le champ d'application de la LDEP se limite aux données traitées dans le cadre du DEP. Une stricte séparation est ainsi opérée entre les données traditionnellement conservées par un professionnel de la santé ou une institution et celles qui sont saisies dans le DEP. En adoptant la LDEP, le législateur n'a pas entendu modifier les règles générales en matière de responsabilité, de devoirs de documentation des soignants, d'échange de données avec les assurances ou plus généralement de secret professionnel[213]. Il n'en reste pas moins que le DEP, s'il est adopté par la population, devrait avoir un impact important sur le volume et les modalités des échanges de données de santé couvertes par le secret médical. La législation applicable offre par ailleurs des indications précieuses quant à la manière selon laquelle le législateur appréhende la gestion des données de santé de nos jours. L'étude de la LDEP et de ses dispositions d'exécution apparaît dès lors essentielle pour l'étude du secret médical en droit suisse.

139 Le système mis en place par la LDEP et ses normes d'exécution est complexe, en particulier sous l'angle technique. Du point de vue de l'analyse du secret médical, il apparaît néanmoins nécessaire de présenter les contours du système mis en place puisque celui-ci a pour vocation de faciliter et de favoriser les échanges de communication de données médicales. Le caractère nouveau de cette institution justifie également d'y prêter une attention particulière.

a. Définition du DEP

140 L'art. 2 let. a LDEP définit le DEP comme un « *dossier virtuel permettant de rendre accessibles en ligne, en cas de traitement concret, des données pertinentes pour ce traitement qui sont tirées du dossier médical d'un patient et enregistrées de manière décentralisée ou des données saisies par le patient lui-même* ».

b. Système de stockage secondaire

141 Une distinction doit être opérée entre le dossier médical classique, informatisé ou non, et le DEP.

142 Le DEP repose sur un système de stockage de données dit « *secondaire* » qui doit être différencié des systèmes de stockage de données dits « *primaires* », aux côtés desquels il coexiste. Les systèmes primaires sont les systèmes d'information internes des cabinets, des établissements médico-hospitaliers, des pharmacies ou d'autres structures médicales dans lesquels les soignants ou leurs auxiliaires enregistrent à titre principal l'ensemble des données numériques relatives aux traitements prodigués[214]. En tant que système secondaire,

213 *Idem*, 4796.

214 EHEALTH SUISSE, *La différence entre dossier médical électronique et dossier électronique*

le DEP contient uniquement des informations importantes enregistrées par les professionnels de la santé ou par le patient lui-même en vue d'être mises à disposition des autres professionnels de la santé selon les règles applicables au DEP[215]. En d'autres termes, le DEP ne peut en aucun cas remplacer le dossier médical principal et la loi n'autorise pas à mettre des documents à disposition du DEP sans qu'ils soient stockés dans le système de stockage primaire.

143 Le DEP de chaque patient contient un « *registre de documents* ». Cette pièce centrale du DEP est un registre de métadonnées renvoyant aux différents lieux de stockage des informations mises à disposition du DEP. En lui-même, le registre de documents ne contient donc pas d'informations médicales centralisées, mais uniquement des liens vers des lieux de stockage[216].

c. Professionnels de la santé au sens de la LDEP

144 Par principe, seuls les professionnels de la santé et le patient sont autorisés à accéder, sous certaines conditions, aux documents saisis dans le DEP. Alors que les modalités d'accès au DEP feront l'objet de développements subséquents, la définition donnée par la LDEP aux professionnels de la santé doit faire l'objet d'une attention particulière.

145 La LDEP vise à faciliter la transmission d'informations médicales au sein d'un cercle potentiellement large de professionnels de la santé. Or, dans les faits, ces professionnels de la santé ne sont soumis à aucun régime juridique commun. Dans l'ordre juridique suisse, la réglementation des professions de la santé au sens large fait en effet l'objet d'une législation dispersée, qui relève à la fois du droit fédéral (LPMéd, LPsy, LPSan) et cantonal (législations sanitaires cantonales). La LAMal ne s'applique pas à l'ensemble des fournisseurs de prestations en matière de santé. Quant aux législations relatives à la protection des données, elles n'accordent aucun statut spécifique aux professionnels de la santé et s'appliquent de manière différenciée lorsque les données sont traitées par des organes publics cantonaux d'une part (ex. : établissements médico-hospitaliers de droit public cantonal) ou par des personnes privées (ex. : cabinet médical), voire par des organes de la Confédération d'autre part (LPD).

146 Dans le cadre des travaux relatifs à la LDEP, le législateur fédéral a par conséquent été contraint de définir pour la première fois la notion de professionnel de la santé au sens large : un « *professionnel du domaine de la santé*

du patient, Fiche d'information, 8 décembre 2015. FELLMANN/ODERMATT, Jusletter 27 avril 2020, N 9.

215 Message LDEP, FF 2013 4747, 4797.

216 *Idem*, 4760.

reconnu par le droit fédéral ou cantonal qui applique ou prescrit des traitements médicaux ou qui remet des produits thérapeutiques ou d'autres produits dans le cadre d'un traitement médical »[217]. Le traitement médical est quant à lui défini comme « *tout acte exécuté par un professionnel de la santé dans le but de guérir ou de soigner un patient ou de prévenir, dépister ou diagnostiquer une maladie ou d'en atténuer les symptômes* »[218].

147 La qualification de professionnel de la santé au sens de la LDEP repose ainsi sur deux critères : (i) la reconnaissance du statut de professionnel du domaine de la santé par le droit fédéral ou cantonal et (ii) l'application ou la prescription d'un traitement médical ainsi que la remise de produits à cet effet.

148 Il n'existe pour l'heure aucun registre centralisé regroupant l'ensemble des professionnels de la santé visés par la LDEP. Les professions médicales reconnues par le droit fédéral sont les professions visées par la LPMéd, la LPsy et la LPSan. Les professionnels autorisés à pratiquer selon ces législations sont répertoriés dans les registres fédéraux correspondants, à savoir MedReg pour les professions médicales universitaires, PsyReg pour les professions de la psychologie et GesReg pour les professions de la santé au sens de la LPSan. Quant aux professions reconnues par le droit cantonal, une grande partie d'entre elles sont répertoriées dans le registre NAREG qui est placé sous la responsabilité de la Conférence suisse des directrices et directeurs cantonaux de la santé[219]. Ce registre n'est toutefois pas exhaustif dans la mesure où le droit cantonal peut reconnaître d'autres professions comme professions de la santé.

149 Pour être reconnus comme tels par la LDEP, les professionnels de la santé doivent également être impliqués dans un traitement médical. Le traitement médical a été défini de manière volontairement large et couvre par exemple toutes les mesures qui relèvent des domaines de la réadaptation et des soins palliatifs ainsi que celles visant à prévenir, dépister, diagnostiquer ou atténuer les symptômes d'une maladie[220]. Dans la mesure où ils ne prodiguent pas de traitement médical ni ne remettent de produits à cet effet, les gestionnaires de cas, les médecins-conseils des assurances maladie et les experts AI ne sont pas reconnus par la LDEP comme des professionnels de la santé. Ils ne peuvent pas être affiliés à une communauté (*cf. infra* N 152 ss) et

217 Art. 2 let. b LDEP.

218 Art. 2 let. c LDEP.

219 Le registre NAREG repose sur l'art. 12ter de l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études du 18 février 1993. Les professions concernées sont mentionnées dans l'annexe de l'Accord.

220 Message LDEP, FF 2013 4747, 4798.

n'ont pas la possibilité d'accéder au DEP du patient[221]. Les assurances maladie n'ont donc pas accès au DEP de l'assuré. Il en va en principe de même pour les assistants sociaux ou le personnel d'encadrement non médical d'établissements médico-sociaux, à l'instar des institutions pour personnes handicapées ne fournissant pas de prestations à charge de la LAMal[222].

150 Les auxiliaires des professionnels de la santé, fréquents en pratique, ne répondent pas forcément à la définition de « *professionnel de la santé* » au sens de l'article 2 let. c LDEP (ex. : secrétaires médicaux). Le droit d'exécution de la LDEP a aménagé des solutions permettant aux personnes qui agissent au nom et sur mandat d'un professionnel de la santé d'accéder au DEP dans la même mesure que le professionnel responsable et d'y traiter des données (*cf. infra* N 176)[223].

151 La reconnaissance du statut de professionnel de la santé incombe à la communauté ou la communauté de référence auprès de laquelle le professionnel de la santé souhaite s'affilier[224]. La vérification porte aussi bien sur la reconnaissance du statut de professionnel de la santé que sur l'implication dans le traitement[225].

d. Communautés et communautés de référence

152 Le fonctionnement du DEP repose dans une large mesure sur des « *communautés* », qui se déclinent en deux types : les communautés et les communautés de référence. Les communautés au sens large sont définies par la LDEP comme des unités organisationnelles de professionnels de la santé et de leurs institutions[226]. Les deux types de communautés doivent assurer l'accessibilité des données du DEP et procéder à la consignation de chaque traitement de données dans un historique[227]. Par rapport aux communautés (simples), les communautés de référence doivent de surcroît gérer les consentements

221 Les professionnels de la santé qui exercent à titre accessoire comme experts AI et gestionnaires de cas sont tenus de séparer strictement leurs rôles et sont responsables de ne pas utiliser le système DEP dans le cadre de leurs fonctions accessoires : EHEALTH SUISSE, *Questions et réponses relatives à la mise en œuvre du DEP*, version du 24 mars 2019, p. 8.

222 EHEALTH SUISSE, *Qui peut avoir accès au DEP ? Les professionnels de la santé au sens de la LDEP*, Fiche d'information, 28 mai 2019, p. 2.

223 § 1.6 Annexe 2 ODEP-DFI. Voir aussi : EHEALTH SUISSE, *Recours à des auxiliaires pour le traitement des données du DEP*, Fiche d'information, 6 août 2019.

224 Art. 7 al. 2 LDEP, § 1.3.3 let. c Annexe 2 ODEP-DFI.

225 EHEALTH SUISSE, *Qui peut avoir accès au DEP ? Les professionnels de la santé au sens de la LDEP*, Fiche d'information, 28 mai 2019, p. 2.

226 Art. 2 let. d LDEP.

227 Art. 10 al. 1 let. b LDEP.

des patients en lien avec l'ouverture d'un DEP. Elles doivent par ailleurs garantir aux patients qu'ils puissent accorder et gérer les droits d'accès à leur DEP, accéder à leurs propres données et saisir eux-mêmes des données dans leur DEP[228]. Les tâches des communautés sont au surplus précisées dans les dispositions d'exécution, en particulier aux articles 9 à 12 ODEP.

153 La loi reste volontairement évasive quant à la forme des communautés, qui est laissée à la libre volonté des cantons ou des professionnels de la santé. Dans le message relatif à la LDEP, le Conseil fédéral a expliqué que différentes formes de communautés étaient envisageables, par exemple des communautés de professionnels et d'institutions d'une même région, des communautés de plusieurs hôpitaux regroupant les médecins et institutions d'une même chaîne de soins, des communautés de professionnels de la santé et d'institutions exerçant dans le même domaine d'activités ou encore des communautés formées sur la base de collaborations médicales préexistantes (groupes hospitaliers, réseaux de soins)[229]. L'ensemble des communautés disposent de la personnalité juridique mais le choix de leur forme juridique est libre[230]. En Suisse romande, les cantons de Fribourg, Genève, Jura, Valais et Vaud ont uni leurs forces pour mettre sur pied une communauté de référence commune sous l'égide d'une association intercantonale (CARA).

154 Toute personne qui souhaite accéder au DEP ou y traiter des informations doit être membre d'une communauté ou d'une communauté de référence et disposer d'une identité électronique[231]. Cette condition vaut aussi bien pour les professionnels de la santé que pour les patients.

e. Caractère facultatif du DEP

155 La constitution du DEP est entièrement facultative pour le patient[232].

156 Initialement, les professionnels de la santé étaient également libres de travailler ou non avec le DEP. Le législateur avait en effet estimé qu'une obligation générale faite aux professionnels de la santé de proposer le DEP serait contre-productive et mettrait en péril les chances de succès du DEP[233]. Si les professionnels de la santé décidaient d'adhérer au DEP en s'affiliant à une communauté, ils avaient cependant l'obligation d'offrir les prestations cor-

228 Art. 10 al. 2 let. b LDEP.

229 Message LDEP, FF 2013 4747, 4798.

230 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 769.

231 Art. 7 al. 1 let. b LDEP ; EHEALTH SUISSE, *Qui peut avoir accès au DEP ? Les professionnels de la santé au sens de la LDEP*, Fiche d'information, 28 mai 2019, p. 2.

232 Art. 3 al. 1 LDEP.

233 eHealth Suisse, Qui doit proposer un DEP, Fiche d'information, 27 novembre 2019, p. 1.

respondantes dès lors que le patient avait donné son consentement[234]. Le caractère facultatif du DEP pour les professionnels de la santé souffrait toutefois d'exceptions importantes puisque les fournisseurs de prestations au sens des articles 39 et 49a al. 4 LAMal – c'est-à-dire les établissements stationnaires tels que les hôpitaux, les maisons de naissance et les EMS – étaient obligés de proposer le DEP à leurs patients[235]. L'obligation instaurée visait à accélérer la mise en place du dossier électronique du patient en atteignant le plus rapidement possible une masse critique de participants[236]. En mars 2021, le Parlement fédéral a toutefois voté l'adoption de bases légales qui obligeront tous les fournisseurs de prestations et professionnels de la santé à s'affilier à une communauté ou une communauté de référence certifiées au sens de l'article 11 LDEP (motion no 19.3955). Les patients garderont toutefois le choix d'accepter ou non la constitution d'un DEP lorsqu'ils fréquentent un établissement soumis à l'obligation de proposer le DEP.

f. Ouverture du DEP

157 Pour bénéficier du DEP, les patients doivent s'affilier à une communauté de référence[237], elle-même tenue de recueillir le consentement du patient à la constitution du DEP[238].

158 En raison de son caractère facultatif, la constitution du DEP est nécessairement subordonnée au consentement du patient. Le consentement doit être libre et revêtir la forme écrite. Selon l'article 15 al. 1 ODEP, le patient doit au moins être informé quant au but du dossier électronique, au traitement des données, aux conséquences du consentement et à la possibilité de le révoquer ainsi qu'à l'attribution des droits d'accès. La responsabilité de cette information incombe à la communauté de référence auprès de laquelle le patient s'affilie.

159 La condition du libre consentement s'inscrit dans le respect du droit constitutionnel à l'autodétermination informationnelle qui découle de l'article 13 al. 2 Cst., mais également de la protection à la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst.) et à la liberté personnelle (art. 10 al. 2 Cst.)[239]. Le caractère libre du consentement ne confère pas seulement le droit au patient d'accepter l'ouver-

234 Message LDEP, FF 2013 4747, 4774.

235 Selon les dispositions transitoires de la LAMal, les hôpitaux disposent d'un délai transitoire de mise en œuvre de trois ans après l'entrée en vigueur de la LDEP, alors que le délai est de cinq ans pour les maisons de naissance et les EMS.

236 Message LDEP, FF 2013 4747, 4774.

237 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 769.

238 Art. 17 ODEP.

239 BAUR ET AL., Jusletter 28 août 2017, N 28.

ture du DEP, mais il lui confère également le droit de refuser la constitution d'un tel dossier sans devoir invoquer un quelconque motif[240]. La loi autorise aussi le patient à révoquer son consentement en tout temps et sans motif, sans exigence de forme[241]. La communauté de référence doit alors supprimer le DEP[242].

160 A l'origine, le projet du Conseil fédéral prévoyait que le renoncement à la constitution du DEP ne devait pas entraîner de préjudice pour le patient[243]. Cette mention a été supprimée lors des débats parlementaires. Tout en excluant une évolution vers une médecine à deux vitesses, il a notamment été soutenu que d'un point de vue factuel le refus du DEP par le patient pouvait entraîner une prise en charge moins optimale pour celui-ci. Par ailleurs, la majorité de la Commission du Conseil national pouvait envisager la possibilité que le recours au DEP soit utilisé dans le futur comme une condition de réduction des primes d'assurance maladie[244]. Cette dernière idée a été critiquée par la doctrine qui y voit une atteinte au principe du libre consentement[245]. Une telle réutilisation devrait en toute hypothèse être inscrite dans la loi[246].

161 Lors de l'ouverture du DEP, le patient se voit attribuer un numéro d'identification généré de manière aléatoire par la centrale de compensation de l'AVS[247]. Celui-ci diffère du numéro d'AVS. Les deux numéros peuvent toutefois être liés par la centrale de compensation AVS à des fins d'assurance qualité[248]. Le numéro d'identification du patient sert de base à l'échange d'informations relatives à un patient entre différentes communautés. Son utilisation en dehors du cadre fixé par la LDEP est uniquement possible à une fin liée au domaine de la santé et doit être prévue par une base légale formelle[249].

g. Contenu du DEP

162 Une fois le DEP ouvert, les professionnels de la santé autorisés sont en mesure de l'alimenter avec les informations pertinentes pour le traitement. Une distinction doit ici être opérée entre les professionnels de la santé autorisés à *mettre à disposition* des informations dans le DEP et les professionnels de la

240 *Idem*, N 29.

241 Art. 3 al. 3 LDEP ; Message LDEP, FF 2013 4747, 4800.

242 Art. 21 al. 1 ODEP.

243 Art. 3 al. 3 Projet de loi fédérale sur le dossier électronique du patient, FF 2013 4837.

244 FREHNER, BO (CN) 2015, p. 437.

245 BAUR ET AL., Jusletter 28 août 2017, N 32.

246 *Idem*, N 33.

247 Art. 4 LDEP.

248 Art. 4 al. 3 LDEP.

249 Art. 6 LDEP.

santé autorisés à *consulter* celui-ci. Selon l'article 3 al. 2 LDEP, le patient qui consent à l'ouverture du DEP est présumé accepter que les professionnels de la santé y saisissent des données en cas de traitement médical. Ainsi, à moins que le patient n'ait exprimé un avis contraire, tout professionnel impliqué dans le traitement médical d'un patient ayant consenti à l'ouverture du DEP est autorisé à enregistrer des documents relatifs au patient dans le DEP. Le professionnel de la santé doit disposer d'une identité électronique[250]. L'article 3 al. 2 LDEP précise que « *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* ». Cette précision, qui n'existait pas dans le projet du Conseil fédéral, a été ajoutée lors des débats parlementaires pour pallier tant bien que mal un problème de compétences législatives. Le traitement des données par des organes publics cantonaux, en particulier celui effectué par le personnel des établissements médico-hospitaliers cantonaux, relève en effet de la compétence des cantons et non de la Confédération. Conscients des lacunes de compétences de la Confédération, les parlementaires fédéraux ont sciemment décidé de contourner la problématique en inscrivant dans la LDEP que les professionnels de la santé des établissements cantonaux sont autorisés à traiter des données si le patient a donné son consentement à la constitution du dossier électronique. En qualité de rapporteur de la Commission du Conseil national, Ignazio CASSIS avait fait valoir la nécessité de « *simplifier la question et de prendre en compte tous les professionnels de la santé dans le cadre de cet article* »[251].

163 Dès lors que le patient a consenti à l'ouverture du DEP, un nouveau consentement émanant de ce dernier n'est donc pas nécessaire pour chaque nouvelle entrée d'information dans le DEP[252]. Le patient reste toutefois libre de refuser que certains documents, notamment les documents en lien avec un traitement particulier, soient exclus du DEP. Le fardeau de la preuve d'une telle exclusion repose sur le patient[253].

164 La situation est différente du point de vue de la consultation du DEP. Seuls les professionnels de la santé auxquels le patient a accordé les droits sont autorisés à consulter le DEP (*cf. infra* N 172 ss). Un professionnel de la santé qui met à disposition des informations dans le DEP n'est donc pas forcément autorisé à consulter le DEP.

250 Art. 7 LDEP.

251 CASSIS, BO (CN) 2015, p. 437.

252 Message LDEP, FF 2013 4747, 4800.

253 *Ibid*.

165 Comme le DEP ne se confond pas avec le dossier médical « *classique* », le professionnel de la santé qui crée ou modifie un document informatique dans son système interne doit systématiquement choisir si ce document doit également être mis à la disposition des autres professionnels dans le DEP. Selon la LDEP, seules les données pertinentes pour le traitement doivent figurer dans le DEP[254]. A moins d'instructions spécifiques du patient, le choix des données pertinentes pour le traitement relève de la compétence du professionnel de la santé. La LDEP ne définit toutefois pas plus en détail la notion de données pertinentes pour le traitement. Dans son Message, le Conseil fédéral s'est contenté d'expliquer qu'il fallait entendre par là des informations importantes pour que d'autres professionnels de la santé puissent poursuivre le traitement[255]. Il a donné quelques exemples : radiographies, rapports de radiologie, rapports de sortie d'hôpital ou informations concernant la médication[256]. Au regard des incertitudes qui entouraient la notion d'« *informations pertinentes pour le traitement* », EHEALTH SUISSE a publié un document d'aide à la mise en œuvre qui a été établi par un groupe de travail interdisciplinaire, auquel je renvoie pour de plus amples informations sur cette question[257].

166 La mise à disposition d'un nouveau document médical dans le DEP par un professionnel de la santé a pour conséquence de créer un lien dans le registre des documents géré par la communauté ou la communauté de référence à laquelle est affilié le professionnel de la santé ou son institution. La communauté se trouve alors en mesure d'indiquer l'existence du document nouvellement enregistré au professionnel de la santé autorisé à consulter le DEP ou au patient lui-même.

167 En plus des informations enregistrées par les professionnels de la santé autorisés, le DEP peut être alimenté par des informations saisies par le patient lui-même[258]. Il peut par exemple y saisir des directives anticipées ou son consentement au don d'organe, mais également des données de santé qu'il a lui-même collectées, par exemple les mesures du taux de glycémie ou de la

254 Art. 2 let. a LDEP.

255 Message LDEP, FF 2013 4747, 4797.

256 *Idem*, 4806.

257 EHEALTH SUISSE, *Informations pertinentes pour le traitement. Aide à la mise en œuvre pour les communautés de référence*, 18 septembre 2019. Notons que la qualité et le choix des informations qui sont mises à disposition du DEP peuvent poser des questions de responsabilité, notamment lorsque des traitements subséquents administrés par d'autres soignants sur la base d'informations incomplètes ou erronées causent un dommage au patient. Sur cette question particulière et plus largement sur celle des informations qui devraient être mises à disposition du DEP : FELLMANN/ODERMATT, Jusletter 27 avril 2020.

258 Art. 2 let. a LDEP.

tension, les contrôles du poids ou le suivi de programmes sportifs[259]. Il est à cet égard prévu que le patient puisse dans le futur alimenter le DEP au moyen d'applications mobiles de santé (*mHealth*)[260].

h. Lieux de stockage de l'information

La détermination des lieux de stockage concrets des informations mises à disposition du DEP par les professionnels de la santé n'est pas clairement définie par la LDEP, laissant aux différents acteurs du DEP une marge de manœuvre relativement importante sur ce point[261]. La législation se contente d'indiquer que les données mises à disposition du DEP sont enregistrées de manière décentralisée et qu'elles doivent être sauvegardées séparément des autres données[262]. Il convient ainsi d'opérer une stricte séparation entre les données mises à disposition du DEP (système de stockage secondaire) et les autres données, par exemple les données traitées par les communautés à d'autres fins ou celles qui sont stockées dans les systèmes informatiques primaires des professionnels de la santé. Cette séparation vise à prévenir tout usage illicite des données, mais s'explique aussi par le fait que les règles de conservation et d'effacement des données diffèrent entre les systèmes de stockage primaires et secondaires[263]. D'un point de vue informatique, cette séparation peut être logique, physique ou résulter d'une combinaison des deux[264]. 168

Le stockage des informations mises à disposition du DEP peut théoriquement être opéré au moyen d'un système de stockage secondaire géré directement par l'institution de santé ou le professionnel de santé, être confié à une communauté ou à une communauté de référence ou être sous-traité par une entreprise de stockage de données (*outsourcing*). La gestion des données mises à disposition du DEP se révèle toutefois complexe en pratique. Les données doivent être accessibles en tout temps et les règles posées par le DFI concernant la tenue des données sont contraignantes sous plusieurs angles 169

259 Message LDEP, FF 2013 4747, 4805.

260 Sur cette question: EHEALTH Suisse, *mobile Health (mHealth) Recommandations I*, 16 mars 2017.

261 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 770.

262 Art. 2 let. a LDEP et art. 10 al. 1 let. b ODEP.

263 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 18.

264 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 18 ; EHEALTH SUISSE, *Aide à la mise en œuvre concernant la protection et la sécurité des données dans le cadre du DEP*, 27 juin 2017, p. 36 ss.

(cryptage des données[265], format d'enregistrement des données, etc.)[266]. Il paraît clair que les cabinets médicaux, les pharmacies ou autres petites institutions ne disposent pas des moyens techniques et financiers pour gérer eux-mêmes un système de stockage secondaire répondant aux normes imposées[267]. L'adoption d'une telle structure informatique est éventuellement envisageable pour les plus grandes institutions. Dans les faits, le stockage des informations mises à disposition du DEP devrait être assuré dans une large mesure par les communautés ou par des entreprises de stockage informatique[268]. Les dispositions d'exécution de la LDEP imposent à cet égard que le recours à des fournisseurs et prestataires de services qui pourraient accéder aux données du DEP doit faire l'objet d'un contrat de fourniture fixant les obligations et responsabilités du prestataire en vue de satisfaire aux exigences posées en matière de protection et de sécurité des données[269].

170 Les registres des documents, c'est-à-dire le répertoire de métadonnées renvoyant aux différents lieux de stockage, sont quant à eux gérés et stockés par les communautés et communautés de référence. Ces dernières doivent également recourir à des systèmes de stockage différenciés pour d'autres types d'informations d'ordre administratif tels que les déclarations de consentement des patients en vue de l'ouverture du DEP, les informations relatives à la représentation du patient, l'identification des professionnels de la santé ou la composition de groupes de professionnels[270].

171 Conformément à l'article 12 al. 5 ODEP, les serveurs informatiques sur lesquels sont stockées les données doivent se trouver en Suisse et être régis par le droit suisse.

i. Configuration des droits d'accès au DEP

172 Seules les personnes titulaires d'une identité électronique et en principe bénéficiaires d'un droit d'accès accordé par le patient peuvent accéder aux documents mis à disposition du DEP[271]. Le patient peut accéder en tout temps à ses données[272].

265 Sur l'emploi de la cryptographie dans le cadre de la mise en œuvre du DEP, voir notamment : EHEALTH SUISSE, *Aide à la mise en œuvre concernant la protection et la sécurité des données dans le cadre du DEP*, 27 juin 2017, p. 41 ss.

266 § 2 Annexe 2 ODEP-DFI.

267 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 770.

268 *Ibid.*

269 Art. 12 al. 1 let. c ODEP et § 4.9 ODEP-DFI.

270 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 771.

271 Art. 7 ss LDEP.

272 Art. 8 al. 1 LDEP.

Aussi bien les professionnels de la santé que les patients doivent disposer d'une identité électronique pour accéder au DEP[273]. Cette identité ne doit pas être confondue avec le numéro d'identification du patient attribué par la centrale de compensation AVS lors de l'ouverture du DEP (*cf. supra* N 161)[274]. L'identité électronique est établie par un émetteur certifié et sert à attester de manière sécurisée l'identité de son titulaire. Elle doit être conçue de telle manière que seule la personne autorisée puisse l'utiliser[275]. 173

Les professionnels de la santé peuvent uniquement accéder aux données du DEP si le patient leur a octroyé un droit d'accès[276]. Ce droit d'accès est librement modulable par le patient. Le patient peut attribuer différents niveaux de confidentialité aux données contenues dans le DEP, à savoir « *normal* », « *restreint* » ou « *secret* »[277]. Les données nouvellement enregistrées se voient par défaut attribuer un niveau de confidentialité « *normal* », sauf si le professionnel de la santé estime qu'il faut leur attribuer un niveau de confidentialité « *restreint* ». Les données relevant du niveau « *restreint* » peuvent uniquement être consultées par les professionnels de la santé au bénéfice d'un droit d'accès « *étendu* »[278]. Les données auxquelles le patient attribue le niveau de confidentialité « *secret* » peuvent uniquement être consultées par le patient[279]. 174

Le droit d'accès peut être attribué par le patient à des professionnels de la santé ou à des groupes de professionnels de la santé[280]. L'accès à des groupes de professionnels a été introduit pour des considérations pratiques. Il permet d'éviter d'avoir à donner un consentement individuel pour chaque intervenant lors d'un traitement dans un établissement médico-hospitalier par exemple. La loi ne définit toutefois pas ce qu'il faut entendre par de tels groupes. Il peut s'agir de professionnels d'un même établissement médico-hospitalier ou d'un groupe interdisciplinaire d'experts[281]. Lorsqu'il accorde un droit d'accès à un groupe de professionnels, le patient peut consulter en tout temps la liste des professionnels autorisés et décider d'être informé lors- 175

273 Art. 7 al. 1 LDEP.

274 Art. 4 LDEP.

275 Art. 7 al, 2 LDEP et 23 ss ODEP.

276 Art. 9 LDEP.

277 Art. 1 al. 1 ODEP.

278 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 10.

279 *Ibid*.

280 Art. 2 ODEP.

281 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 11.

qu'un nouveau professionnel de la santé intègre le groupe. Le patient peut également habiliter des professionnels de la santé autorisés à accorder à d'autres professionnels de la santé ou d'autres groupes de professionnels de la santé des droits d'accès au DEP[282].

176 Les auxiliaires qui agissent au nom et sous la responsabilité d'un professionnel de la santé autorisé ne sont pas considérés comme des membres autonomes d'un groupe de professionnels de la santé et peuvent accéder au DEP sans avoir été autorisés par le patient. Leurs droits d'accès sont identiques à ceux du professionnel de la santé autorisé auxquels ils sont subordonnés. Sur instructions du professionnel de la santé, ils sont par exemple autorisés à accéder dans la même mesure que celui-ci au DEP d'un patient en cas d'urgence ou à habiliter d'autres professionnels à accéder au DEP[283]. Les auxiliaires doivent toutefois s'authentifier avec un moyen d'identification certifié et être affiliés à une communauté[284].

177 Le patient peut également décider d'exclure l'accès au DEP à certains professionnels en particulier ou limiter les durées d'accès[285]. L'autorisation d'accès peut au choix s'étendre aux informations de niveau de confidentialité « *normal* » ou de niveaux de confidentialité « *normal* » et « *restreint* » (droit étendu).

178 La durée des droits d'accès diffère selon qu'ils sont accordés à un professionnel de la santé ou à un groupe de professionnels. Dans le premier cas, ils sont accordés jusqu'à la révocation du patient alors que leur durée doit être définie par le patient dans le second cas[286]. La distinction a été opérée par égard au principe de proportionnalité. Les traitements stationnaires qui justifient généralement l'intervention d'un groupe de professionnels sont généralement courts et l'autorisation donnée à un groupe s'étend en pratique à un cercle de professionnels plus large que celui qui intervient concrètement[287].

179 En cas d'urgence médicale, les professionnels de la santé peuvent accéder sans droits d'accès aux données du DEP qui relèvent d'un niveau de confi-

282 Art. 4 let. g ODEP.

283 EHEALTH SUISSE, *Recours à des auxiliaires pour le traitement des données du DEP*, Fiche d'information, 6 août 2019.

284 § 1.6 Annexe 2 ODEP-DFI.

285 Art. 4 let. b et d ODEP.

286 Art. 3 ODEP. Lorsqu'il accorde des droits d'accès à un professionnel de la santé, le patient a toutefois également la possibilité de limiter *ab initio* la durée du droit d'accès : OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 11.

287 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 11-12.

dentialité « *normal* »[288]. Le patient doit alors être averti de cet accès dans un délai approprié. La loi ne définit pas l'urgence médicale et le Conseil fédéral s'est contenté de décrire une situation dans laquelle il serait « *impérieux d'accéder aux données du patient pour des raisons médicales, mais que ce dernier n'est pas en mesure de donner son consentement (par ex. en raison d'un grave accident, d'un infarctus ou d'une attaque cérébrale)* »[289]. L'OFSP en a conclu que l'existence d'une urgence médicale devait uniquement être examinée à l'aune de critères médicaux[290].

180 L'accès en cas d'urgence n'est pas autorisé pour les professionnels de la santé dont l'accès a été spécifiquement exclu par le patient[291]. Le patient peut également choisir d'exclure l'accès au DEP par des professionnels de la santé non autorisés en cas de situation d'urgence[292].

181 Le patient a par ailleurs la faculté de désigner un ou des représentants qui pourront accéder à son DEP et peut déterminer l'étendue des droits d'accès qui leur sont accordés. Le représentant doit alors disposer d'un moyen d'identification qui lui est propre pour accéder au DEP[293].

j. Modalités d'accès au DEP

182 L'accès au DEP s'effectue par un portail d'accès en ligne certifié qui fait office d'interface entre le DEP et ses utilisateurs. Le portail d'accès, qui diffère pour les patients et les professionnels de la santé[294], doit permettre aux utilisateurs d'exercer toutes les tâches de gestion du DEP prévues par la loi.

183 Lorsqu'un professionnel de la santé souhaite accéder au DEP d'un patient, il se connecte en premier lieu au portail d'accès lié à sa communauté en s'authentifiant. Après avoir requis l'accès au DEP sur le portail d'accès, sa communauté va utiliser le numéro d'identification du patient pour questionner l'ensemble des autres communautés en vue d'établir la liste de tous les documents mis à disposition du DEP pour le patient concerné ainsi que leur emplacement. Ce processus est exécuté par recours à un service de recherche

288 Art. 9 al. 4 LDEP et 2 al. 2 ODEP.

289 Message LDEP, FF 2013 4747, 4806.

290 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 11.

291 *Ibid*.

292 Art. 4 let. e ODEP.

293 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 12.

294 Art. 11 et 18 ODEP.

exploité par l'OFSP[295]. Seuls les liens vers les documents pour lesquels le professionnel de la santé est titulaire d'un droit d'accès sont communiqués. Il est ainsi non seulement possible de dresser la liste des documents gérés par les différentes communautés, mais également celle de ceux gérés par les entreprises de stockage de données mandatées par les professionnels de la santé ou par les institutions de santé, voire de ceux gérés par les institutions de santé elles-mêmes. Une fois la liste des liens vers les documents établie, le professionnel de la santé est en mesure d'accéder aux documents enregistrés de manière décentralisée[296]. Il peut non seulement les consulter, mais également les télécharger sur son système informatique primaire. Les données sortent alors du champ d'application de la LDEP.

184 L'ensemble des traitements de données du DEP doit être historisé et horodaté[297].

k. Utilisations secondaires des données saisies dans le DEP

185 Selon le Message du Conseil fédéral, la LDEP n'a pas été conçue pour l'utilisation de données médicales en vue du développement de registres de maladies ou de qualité, à des fins de statistiques ou de recherche ou en vue d'optimiser des processus administratifs[298]. De telles utilisations ne sont pas expressément exclues par la loi, mais elles doivent reposer sur des bases légales introduites dans des législations spéciales.

186 Le législateur a toutefois chargé le DFI de procéder à l'évaluation périodique des mesures adoptées en vertu de la LDEP sous l'angle de l'adéquation, de l'efficacité et de l'économicité[299]. A cet effet, le Conseil fédéral a introduit dans l'ODEP une section « *Evaluation et recherche* » (« *Evaluation und Forschung* » en allemand) dont la clarté n'est pas éblouissante. L'article 22 ODEP énonce ainsi que « *les communautés et les communautés de référence sont tenues de mettre régulièrement à la disposition de l'OFSP des données utilisant des pseudonymes pour l'évaluation visée à l'art. 18 LDEP* » puis précise plus loin que « *l'OFSP peut traiter les données visées à l'art.* 39 [ODEP] *à des fins d'évaluation et de recherche* »[300]. L'article 39 ODEP ne vise cependant pas directement des données, mais énonce la liste des services de recherche qui sont exploités par l'OFSP en vue d'assurer la communication d'informations entre les diffé-

295 Art. 14 LDEP et art. 39 ss ODEP.

296 WIDMER, AJP/PJA 2017, p. 772.

297 Art. 10 al. 1 let. b LDEP, art. 10 al. 3 let. d ODEP, § 2.10 Annexe 2 ODEP-DFI.

298 Message LDEP, FF 2013 4747, 4796.

299 Art. 18 LDEP.

300 Art. 22 al. 1 ODEP.

rentes communautés. En admettant qu'il faille prendre en compte les données traitées par les services de recherche concernés, les données suivantes pourraient être utilisées à des fins d'évaluation et de recherche : les données techniques nécessaires à la communication entre communautés, les informations relatives aux institutions de santé et aux professionnels de santé, les métadonnées utilisées en vue de la description structurée des données enregistrées dans le DEP et les OID (identificateurs d'objets)[301]. En tout état de cause, l'article 18 LDEP autorise uniquement l'utilisation de données concernant les patients à des fins d'évaluation de la loi. Les patients devraient être informés de cette utilisation lors de la demande de consentement à l'ouverture du DEP. Quant aux données utilisées à des fins de « *recherche* » conformément à l'article 22 ODEP, elles ne doivent pas viser les données personnelles des patients titulaires d'un DEP puisqu'une telle utilisation sortirait du cadre posé par la LDEP.

187 Pour l'heure, aucune autre utilisation secondaire du DEP n'a été prévue. Selon les principes posés par la loi, l'accès direct au DEP ne devrait pas être autorisé pour d'autres personnes que les patients (éventuellement leurs représentants) et les professionnels de la santé. Ils sont en effet les seuls à pouvoir bénéficier d'une identité électronique, condition *sine qua non* de l'accès au DEP[302].

188 Les données collectées dans le cadre du DEP pourraient cependant se révéler utiles dans plusieurs domaines, notamment pour la recherche sur l'être humain, la tenue de registres de maladies ou pour l'épidémiologie. Pour autant que le DEP soit adopté dans une proportion suffisante par la population, les données traitées dans ce cadre seraient non seulement nombreuses mais présenteraient également l'avantage de reposer sur des formats informatiques unifiés, et donc interopérables. Selon des révélations parues dans la presse en 2019, certains acteurs privés se seraient déjà réunis en vue d'unir leurs forces pour obtenir à terme un accès à certaines de ces données[303].

l. Destruction du DEP

189 Les données saisies dans le DEP par les professionnels de santé doivent être détruites après un délai de vingt ans[304]. Elles peuvent cependant être conservées au-delà de ce délai si le patient en fait la demande, une faculté utile en

301 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 42.

302 Art. 7 LDEP.

303 Voir par exemple l'article du quotidien LE TEMPS, *Les géants du web s'intéressent à votre santé. Pour votre bien ?*, 3 février 2020.

304 Art. 10 al. 1 let. d et 10 al. 2 ODEP.

cas de traitement de longue durée (ex. : maladies chroniques). Les données insérées directement par le patient dans le DEP ne sont quant à elles soumises à aucun délai de destruction[305].

190 La révocation du consentement à la constitution du DEP par le patient entraîne quant à elle la destruction du DEP[306]. Cette dernière doit avoir pour effet de rétablir la situation qui prévalait avant la constitution du DEP[307]. La déclaration de révocation doit être conservée pendant dix ans[308].

191 La mort du patient doit également entraîner, à terme, la destruction du DEP. Celle-ci ne doit cependant pas intervenir avant l'écoulement d'un délai de deux ans après la mort. Aucun délai maximum n'est prévu et la législation n'oblige pas les communautés à enquêter activement sur le statut de vie ou de mort des patients[309].

m. Sanctions

192 L'article 24 LDEP prévoit une sanction pénale de 100'000 francs au plus à l'encontre de celui qui accède intentionnellement et sans droit au DEP, pour autant que le code pénal ne prévoie pas une peine plus sévère. L'amende est de 10'000 francs au plus si l'auteur a agi par négligence. La loi fédérale sur le droit pénal administratif ne s'applique pas, de telle sorte que le montant de l'amende doit être fixé conformément aux règles générales du code pénal[310]. L'infraction est poursuivie d'office.

193 Cette disposition vise l'ensemble des accès non autorisés au DEP, notamment lorsqu'un professionnel de la santé non autorisé accède au DEP en dehors d'une situation d'urgence ou lorsqu'une personne affiliée à une communauté accède au dossier sans être considérée comme un professionnel de la santé[311].

194 Le concours de dispositions entre l'article 24 LDEP et l'article 143bis CP punissant l'accès indu à un système informatique n'est pas forcément simple

305 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 19.

306 Art. 21 al. 1 ODEP. Sur la demande en destruction, voir aussi : SPRECHER/HOFER, *Das elektronische Patientdossier*, p. 68.

307 OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 19.

308 Art. 21 al. 1 ODEP.

309 Art. 21 al. 2 ODEP. OFSP, *Rapport explicatif concernant l'ordonnance sur le dossier électronique du patient (ODEP) et l'ordonnance du DFI sur le dossier électronique du patient (ODEP-DFI)*, 22 mars 2017, p. 32.

310 Message LDEP, FF 2013 4747, 4818.

311 *Ibid.*

à résoudre. L'article 143bis doit à mon sens s'appliquer lorsqu'un tiers usurpe l'identité numérique d'un patient ou d'un professionnel de la santé autorisé pour se connecter sans droit à un portail d'accès. Dès lors qu'un patient ou professionnel de la santé s'est valablement identifié grâce à son identité numérique, les accès non autorisés tombent sous le coup de l'article 24 LDEP.

195 La LDEP ne prévoit pas d'obligation particulière de garder le secret à l'égard des personnes qui traitent des données dans le cadre du DEP. La question est principalement réglée par l'article 12 ODEP relatif à la protection et la sécurité des données. Celui-ci impose notamment aux communautés et aux communautés de référence de se doter d'un système de gestion adapté aux risques en la matière. A cet égard, le § 4.8.2 let. c Annexe 2 ODEP-DFI prévoit que « *les personnes susceptibles d'avoir accès aux données du dossier électronique du patient sont soumises au secret médical conformément à l'art. 321 CP ou tenues par contrat à l'obligation de garder le secret* ». Les communautés sont par ailleurs tenues de mettre à disposition des patients et des professionnels de la santé un service d'assistance en vue de les aider à utiliser le DEP. Les collaborateurs de ces services doivent également être soumis au secret médical conformément à l'article 321 CP ou tenus par contrat à l'obligation de garder le secret[312]. Ces dispositions n'ont pas pour effet de soumettre les professionnels visés à l'article 321 CP, mais imposent aux communautés de recourir à des personnes soumises à l'article 321 CP ou de les obliger contractuellement à garder le secret. Sur la question des sanctions, EHEALTH SUISSE estime que les sanctions prévues par l'article 35 de la loi fédérale sur la protection des données sont applicables, mais recommande aux communautés de prévoir contractuellement des sanctions plus sévères[313]. Les communautés devraient ensuite disposer d'une marge de manœuvre pour déterminer la sévérité de la sanction.

n. Observations

196 La LDEP contribue à assouvir certains besoins créés par la médecine contemporaine, en particulier ceux induits par une médecine interdisciplinaire et numérisée. Elle permet en particulier d'institutionnaliser à tout le moins partiellement l'échange d'informations médicales entre soignants qui participent à un même traitement en formalisant le consentement du patient à un tel échange d'informations. La question de savoir si le DEP sera adopté par la population reste toutefois ouverte, notamment en raison du caractère double-

312 § 5.1.2 Annexe 2 ODEP-DFI.

313 EHEALTH SUISSE, *Aide à la mise en œuvre concernant la protection et la sécurité des données dans le cadre du DEP*, 27 juin 2017, p. 15-16.

ment facultatif du DEP (à l'égard des patients et des professionnels de la santé). A ce propos, les sondages les plus récents menés pour SWISS EHEATH BAROMETER 2020 montrent que si 55% des Suisses affirmaient vouloir ouvrir un DEP en 2019, ils ne sont plus que 36% en 2020[314]. La part d'indécis est quant à elle passée de 9 à 37% alors que la part de ceux qui affirment renoncer au DEP est passée de 36% à 27%.

197 Les considérations liées au secret médical ont volontairement été laissées de côté par le législateur dans le cadre de la LDEP[315]. Aux yeux de ce dernier, cette question n'avait pas lieu d'être examinée puisque les règles généralement applicables en la matière continuaient de s'appliquer. Il est vrai que la problématique du secret médical est assez largement écartée du DEP par le rôle central conféré au consentement du patient quant au traitement de ses données. En gardant constamment le contrôle sur celles-ci, notamment en choisissant qui peut accéder à quelles données, le patient libère en effet les professionnels de la santé concernés de leur secret médical.

198 La LDEP n'est toutefois pas sans impact sur le secret médical. Le système mis en place par la LDEP ne se limite pas à la communication d'informations entre soignants exclusivement. Il repose sur une infrastructure complexe, d'autant plus étendue qu'elle est décentralisée. Cette dernière implique l'intervention d'une multitude d'acteurs susceptibles d'entrer en possession de données médicales, que ce soit les communautés, des entreprises privées de stockage informatique ou l'administration fédérale. L'utilisation du DEP induit par conséquent une augmentation sensible des transmissions d'informations couvertes par le secret médical ainsi qu'une multiplication de leurs lieux de stockage. L'enregistrement des données est au demeurant dédoublé puisque les informations sont enregistrées à la fois sur les systèmes primaires et secondaires. L'ensemble de ces acteurs doivent certes respecter des exigences élevées en matière de sécurité des données qui sont vérifiées dans le cadre des procédures de certification des communautés (art. 12 al. 1 ODEP), mais les données concernées n'en restent pas moins exposées à des risques d'accès indus plus importants. A cet égard, certains auteurs estiment, à juste titre, que le cadre réglementaire relatif à la sécurité des données de santé – que ce soit dans le cadre du DEP ou non – est aujourd'hui lacunaire et que des règles plus précises et plus strictes devront impérativement être adoptées à l'avenir[316].

314 SWISS EHEALTH FORUM, *Swiss eHealth Barometer 2020. Bericht zur Bevölkerungsbefragung*, p. 22.

315 Le Message du Conseil fédéral relatif à la LDEP est d'ailleurs assez sympotomatique sur ce point puisqu'il ne mentionne pas une seule fois l'article 321 CP.

316 SPRECHER/HOFER, *Das elektronische Patientdossier*, p. 77-78.

Le statut des différents acteurs impliqués dans la mise en œuvre du DEP n'est 199
pas non plus particulièrement clair. Dans la majorité des cas, le professionnel de la santé ou l'institution qui saisit des données dans le DEP les enregistre en fait sur un serveur tenu séparément par une communauté ou par une entreprise privée de stockage de données informatiques. Il est établi que la responsabilité d'assurer la bonne gestion des données saisies dans le DEP incombe aux communautés, qui doivent s'assurer du respect des normes applicables. Cela étant, la loi reste évasive sur le type de responsabilité engagée en cas de révélation non autorisée de données par des individus au service des communautés ou d'entreprises de stockage. On peut notamment se demander si ces acteurs, lorsqu'ils assurent des tâches de stockage au service des professionnels de la santé, agissent comme des auxiliaires des professionnels de la santé, voire comme des personnes accomplissant une tâche de droit public. Selon les réponses données, les normes relatives au secret professionnel (art. 321 CP) ou au secret de fonction (art. 320 CP) pourraient être envisagées.

Au-delà des risques liés à la sécurité des données, il faut également sou- 200
ligner les convoitises que fera progressivement naître le rassemblement des données médicales saisies dans le DEP. La LDEP ne prévoit pour l'heure aucune utilisation secondaire de ces données, à l'exception des fins d'évaluation. L'utilisation des données du DEP à d'autres fins n'a cependant pas été expressément exclue par le législateur et le Conseil fédéral a expliqué que de telles utilisations devraient être prévues par les législations spéciales. En raison de leur volume et de leur interopérabilité, les données médicales saisies dans le DEP auront un caractère particulièrement précieux aux yeux des acteurs de la recherche, qui tenteront certainement d'obtenir des accès légaux à ces données. D'autres acteurs pourraient convoiter ces données, en particulier les assurances, les employeurs et autres sociétés *medtech*. Il conviendra de s'assurer que le patient puisse garder en tout temps un contrôle total sur ses données tout en bénéficiant d'une information complète sur les utilisations de celles-ci.

On constate enfin que la LDEP et ses dispositions d'exécution ne pré- 201
voient pas de catégorisation des données de santé. Le choix de déterminer si une donnée est pertinente pour le traitement et qu'elle doit donc être saisie dans le DEP appartient au professionnel de la santé ou au patient, qui peut toutefois s'aider des directives émises à ce sujet par EHEALTH SUISSE. Certains auteurs ont mis en évidence le problème posé par le fait que les informations nouvellement inscrites par un soignant dans le DEP se voient par défaut assigner le niveau de sécurité « *normal* » (niveau de confidentialité le plus bas), à moins que le soignant n'estime que l'information mérite un niveau

de protection supérieur. Cette règle contreviendrait au principe général de proportionnalité dans la mesure où l'attribution « *par défaut* » du niveau de sécurité le plus bas permettra aux autres soignants autorisés à accéder à des informations bien plus larges qu'ils n'en auraient effectivement besoin[317].

5. Médecine personnalisée, *big data* et intelligence artificielle

202 L'augmentation massive des collectes de données médicales couplée aux progrès techniques et scientifiques a logiquement conduit la recherche médicale à examiner le potentiel d'utilisation des données collectées.

203 Dans les années 1990, les progrès réalisés dans le domaine de la génétique ont d'abord laissé entrevoir l'avènement d'une médecine « *personnalisée* » ou « *prédictive* » qui aurait permis de prévoir la survenue de certaines pathologies, mais aussi de prodiguer des mesures thérapeutiques ou préventives plus adaptées à chaque individu. Par la suite, les découvertes en matière d'épigénétique et de biologie post-génomique ont mis en évidence l'impact primordial des facteurs environnementaux sur la santé humaine, rendant l'identification des facteurs déclenchants difficile sur la seule base des informations génétiques[318]. Dans les années 2000, l'apparition des collectes de données massives ont toutefois entrouvert de nouvelles opportunités en matière de médecine personnalisée grâce à la perspective d'un accès potentiel à des données étendues dont le spectre s'étend du monde microscopique (ex. : génomique, protéomique) au monde macroscopique qui entoure l'individu (ex. : propagation géographique d'une maladie, comportements à risque)[319].

204 L'analyse de telles données présente toutefois de nombreux obstacles, aussi bien juridiques que techniques. Les données concernées sont en principe des données médicales informatisées issues de dossiers électroniques du patient et donc couvertes par le secret médical. Leur accès est limité. Par ailleurs, d'un point de vue technique, le volume des données, la diversité de leur format (données non structurées), leur renouvellement rapide et la multiplicité de leur lieux de stockage constituent autant d'obstacles supplémentaires posés à leur analyse. C'est précisément pour répondre à ces défis techniques qu'ont été développées les méthodes d'analyse des « *big data* ».

317 *Idem*, p. 76.

318 OPTIC, *Big data et santé prédictive*, p. 38.

319 DEHMER/HOLZINGER/EMMERT-STREIB, *Personalized Medicine by Means of Complex Networks*, p. 38. Voir ausi: SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 521 ss.

Le notion de « *big data* » est un concept difficile à appréhender. Selon le Préposé fédéral à la protection des données, le *big data* « *se réfère à une grande quantité de données provenant de sources diverses et qui sont saisies et enregistrées grâce à des systèmes de traitement à très haut débit, en vue de permettre leur exploitation et leur analyse sans but prédéterminé et sans limites de temps* »[320]. La doctrine propose généralement d'y inclure non seulement les données concernées, mais aussi le recours à un ensemble de technologies qui ont pour but d'extraire des caractéristiques précises à partir de masses gigantesques de données, non structurées, notamment en vue d'offrir des outils de comparaison, de diagnostic, de pronostic et d'aide à la décision[321]. Le *big data* ne se limite donc pas à un grand ensemble de données, mais aussi à des activités d'analyse[322]. 205

Le recours au *big data* dans le domaine médical offre non seulement des perspectives intéressantes dans le domaine de la médecine personnalisée, mais aussi dans le domaine de la santé en général[323]. Il permettrait par exemple de raccourcir les périodes d'essais thérapeutiques ou de prévenir plus efficacement certains types de maladies tout en augmentant la productivité et en réduisant les coûts de la santé[324]. Les technologies *big data* sont utilisées pour de meilleures analyses d'imagerie médicale ou pour créer des profils d'assurés, en analysant leurs comportements et leurs habitudes[325]. Aux Etats-Unis, on compte déjà un nombre relativement important d'initiatives de collectes de données médicales en vue d'analyses de type *big data* émanant aussi bien d'acteurs publics que privés, voire de partenariats entre les deux[326]. Certaines entreprises privées proposent par exemple d'extraire les données de dossiers médicaux électroniques et de les vendre à des instituts de recherche sous une forme « dé-identifiée » et standardisée[327]. En Suisse, la Confédération collabore actuellement avec l'Académie Suisse des Sciences Médicales pour encourager la médecine personnalisée (initiative « *Swiss Personalized* 206

320 Définition publiée sur la page internet du Préposé fédéral à la protection des données.

321 FANTI, *Big Data*, p. 58-59 et réf. citées ; SYBORD, Les cahiers numériques 2016, p. 77. Voir aussi : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 496 ss.

322 EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 6.

323 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 522, 538.

324 COMMISSION EUROPÉENNE, *Livre vert sur la santé mobile*, 10 avril 2014, p. 10. Pour un aperçu général des débouchés offerts par les nouvelles méthodes d'analyse des données dans le domaine des soins, *cf.* JAYHAN, *Driving Successful Population Health Management and Achieving Triple Aim with Clinical Analytics*, p. 263 ss.

325 EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 2.

326 HOFFMAN, *Medical Privacy and Security*, p. 4.

327 Par exemple : GEISINGER HEALTH SYSTEMS ou EXPLORYS. *Cf.* HOFFMAN, *Medical Privacy and Security*, p. 4.

Health Network »)[328]. Le projet vise à mettre le nombre croissant de données de santé à disposition de la recherche médicale par le biais d'une meilleure coordination des organismes participants et d'une meilleure harmonisation des services d'information.

207 Au fur et à mesure que se développent les technologies *big data*, les progrès en matière d'intelligence artificielle laissent par ailleurs entrevoir la création d'outils destinés à être utilisés directement dans la relation patient/soignant. En comparant le cas spécifique d'un patient à une grande quantité de cas, de tels outils, dotés d'une immense capacité de calcul, peuvent par exemple élaborer des diagnostics plus précis ou assister les soignants lors de la prise de décisions cliniques. Le développement de leur potentiel pourrait d'ailleurs favoriser de manière positive la prise en charge générale des patients en proposant non seulement des traitements spécifiques liés à une pathologie, mais également en mettant en évidence des mesures de prévention efficaces et adaptées à la situation particulière de chaque patient[329]. A ce jour, le superordinateur Watson d'IBM constitue probablement l'exemple le plus marquant en la matière. Fonctionnant grâce au « *machine learning* », Watson a été formé pour développer des compétences en matière de diagnostic en ingérant des masses volumineuses de données médicales non structurées ou de littérature médicale. Plus proche d'un étudiant que d'un outil, Watson doit toutefois continuellement suivre un entraînement et subir des mises à jour de données régulières sous la supervision de diagnosticiens humains[330]. Les compétences de Watson ont également été exploitées pour différentes tâches dans le domaine des soins à l'instar de l'analyse de données génomiques ou de l'amélioration des recommandations en matière de traitement de cancers. Pour l'heure, les premières expériences pratiques d'utilisation de Watson dans le milieu médical ont toutefois montré des limites. Au Danemark, des médecins auraient ainsi abandonné son utilisation suite à un taux de diagnostics douteux de cancers jugé trop élevé[331].

208 La médecine personnalisée, le *big data* et l'intelligence artificielle dans le domaine médical (et plus généralement dans celui de la santé) peut uniquement se développer s'ils sont « *nourris* » en informations, en particulier en données médicales collectées directement auprès des patients par les institutions

328 Détails disponibles sur le site internet de l'administration fédérale. Voir aussi les informations disponibles sur le site internet de l'ASSM .

329 OPTIC, *Big data et santé prédictive*, p. 13-14.

330 KERR/MILLAR/CORRIVEAU, *Robots and Artificial Intelligence in Health Care*, p. 266.

331 OPTIC, *Big data et santé prédictive*, p. 43.

de soins ou les praticiens[332]. C'est un fait largement admis : la protection de la sphère privée des patients (ou « *privacy* ») constitue l'un des principaux défis posés au développement de ces technologies dans le domaine médical[333]. Garante de cette protection, l'obligation de garder le secret médical serait également durement affectée par un élargissement du recours au *big data*.

Le *big data* pose par ailleurs des problèmes nouveaux en matière de protection des données personnelles. Les collectes de données en vue d'opérer des analyses de type *big data* sont bien souvent opérées sans finalité connue. C'est d'ailleurs là tout l'intérêt du *big data* puisqu'il permet d'identifier, grâce à des algorithmes, des corrélations ou des modèles sans que leurs causes ne soient connues à l'avance. Or, en l'absence de finalité connue, le consentement du patient à la communication de ses données à des tiers, dans sa forme traditionnelle, n'est en principe pas admissible[334]. Le *big data* pose également des défis importants du point de vue du respect du principe de proportionnalité, qui consiste à limiter les traitements aux données nécessaires pour atteindre le but visé[335]. 209

L'anonymisation des données constitue un autre défi posé par le *big data*[336]. Des études ont par exemple montré que des données apparemment banales et anonymes (sexe, code postal à cinq chiffres et date de naissance) permettaient la réidentification certaine de 61 à 87 % de la population américaine lorsqu'elles étaient mises en relation ou recoupées[337]. D'autres études sont arrivées à des résultats similaires en croisant des séquences génétiques anonymes avec quelques données personnelles[338]. Même si l'anonymisation des dossiers médicaux fait actuellement l'objet de travaux de recherche[339], il faut partir du principe que les risques de réidentification ne peuvent pas être complètement écartés. Ainsi, des données fragmentaires *a priori* anonymes – en principe exclues du champ d'application des législations sur la 210

332 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 524, qui constate l'absence de données interopérables et exploitables en Suisse, ainsi que l'absence de standards de règles de gouvernance.

333 MATTHEW/WEINSTEIN/BROYLES, *How American Health Policy and Industry Norms Threaten Big Data Revolution*, p. 201 ss ; SCHNEEWEISS, The New England Journal of Medicine 2014, p. 2162 ; FANTI, *Big Data*, p. 80.

334 FANTI, *Big Data*, p. 73.

335 Pour des études détaillées et documentées des défis juridiques posés au droit suisse par le *Big Data*, voir : MEIER, *Big Data*, p. 47 ss ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 482 ss.

336 EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 3.

337 BAERISWYL, *Big Data*, p. 52 ; voir aussi : OPTIC, *Big data et santé prédictive*, p. 29.

338 BAERISWYL, *Big Data*, p. 52.

339 *Cf.* par exemple : GKOULALAS-DIVANIS/LOUKIDES, *A survey of Anonymization Algorithms for Electronic Health Records*, p. 17 ss.

protection des données – pourraient *a posteriori* être exploitées à des fins portant atteinte à la personnalité des personnes concernées si elles étaient « *réidentifiées* ». En somme, l'anonymisation des données, jusqu'alors panacée des contraintes imposées par le secret médical, perdrait ses effets en cas de recours au *big data*.

211 Les progrès en matière de médecine personnalisée, de *big data* et d'intelligence artificielle pourraient de surcroît influencer la manière de pratiquer les professions médicales. L'automatisation de l'activité diagnostique et des processus thérapeutiques pourrait en effet nécessiter l'acquisition de compétences nouvelles qui sortiraient du champ de compétence des soignants (modalités des collectes de données, analyses statistiques, interprétation des résultats, etc.). A supposer que la pratique médicale développe dans le futur une forme de dépendance à l'égard de ces nouvelles formes de technologie, il existe un risque de voir apparaître une série de nouveaux acteurs de la santé (programmeurs, statisticiens, analystes de données, etc.) dont le rôle crucial viendrait non seulement modifier la relation soignant/patient, mais aussi les relations hiérarchiques entre les acteurs traditionnels de la santé[340]. Du point de vue du secret médical, un tel phénomène se traduirait concrètement par l'augmentation du nombre d'acteurs – pas forcément médicaux – impliqués dans le traitement des données de santé du patient. Au-delà de cet aspect, c'est surtout la gestion et l'utilisation des données concernées qui soulève des questions délicates. En raison des capacités d'analyse offertes par ces nouveaux outils, les risques d'utilisation ou de réutilisation des données de santé à des fins illicites, économiques ou génératrices d'inégalités se trouveraient aggravés[341].

212 En résumé, le développement des nouvelles technologies dans le domaine médical nécessite un accès croissant et toujours plus large aux données des patients. On observe par ailleurs un changement de paradigme : l'accès aux données des patients ne sert plus uniquement la recherche médicale, mais entre dorénavant aussi directement dans le processus de soins. Par ailleurs, les données collectées ne sont pas destinées à l'usage exclusif du traitement d'un patient, mais à un usage dont la finalité est collective. On se dirige en effet vers des méthodes qui tendent à comparer de manière automatisée la situation particulière d'un patient à un grand nombre de cas en vue de lui proposer le meilleur traitement possible sur une base statistique. Dans la mesure où l'anonymisation des données collectées auprès des patients et la finalité de leur utilisation sont difficiles à garantir, l'adoption à large échelle

340 OPTIC, *Big data et santé prédictive*, p. 27.

341 *Ibid*.

de ces technologies s'accorde donc mal avec l'obligation faite aux soignants de garder le secret médical. Face à ce constat, des appels à la tenue d'un débat public sur la notion de vie privée et la redéfinition de ses limites sont régulièrement lancés[342].

C. Impact de la cybersanté sur le secret médical

La cybersanté offre des opportunités immenses pour l'amélioration du système de soins. Utilisée à bon escient, elle est présentée comme un outil susceptible de contribuer à réduire les coûts de la santé, améliorer la qualité et l'efficacité des soins, offrir un meilleur cadre pour la prévention ou encore renforcer l'autonomie des patients. Dans un système de soins où les contraintes économiques se font toujours plus pesantes, la Confédération a bien compris les enjeux liés au développement de la cybersanté et les bénéfices qu'elle pourrait en tirer. 213

Le développement de la cybersanté présente toutefois des risques et des défis conséquents, en grande partie liés à la protection des données personnelles des patients. En 2004, BERGER KURZEN dressait une liste de ces risques qui reste toujours d'actualité : utilisation abusive des données personnelles des patients (notamment usage économique, atteintes à la personnalité), complexification des structures de soins et de la relation soignant/patient, augmentation de la transparence des informations médicales, création d'une société à deux vitesses où les personnes peu à l'aise avec l'informatique seraient délaissées, *outsourcing* des données personnelles, internationalisation des traitements de données et problématiques de responsabilité[343]. Il faut ajouter à cela les risques liés aux traitements de données en temps réel, aux objets connectés (caractéristique d'ubiquité car les technologies se déploient à la fois dans le monde numérique et physique), à la tendance vers la transparence, au *big data* et à l'intelligence artificielle[344]. 214

Le secret médical, en tant qu'obligation faite aux soignants de se taire sur les faits dont ils ont pris connaissance dans le cadre de leur profession, est affecté par la cybersanté. Les impacts peuvent être résumés ainsi : 215

— Le recours progressif à l'informatique et le développement de la cybersanté ont contribué à multiplier le nombre d'acteurs susceptibles de

342 Voir par exemple : SCHNEEWEISS, The New England Journal of Medicine 2014, p. 2163 ; SOCIÉTÉ SUISSE D'INFORMATIQUE MÉDICALE, Vision « Cybersanté 2025 ». Du système de soins au système de santé, non daté, p. 30. Pour un aperçu de ces différentes questions sous un angle interdisciplinaire, voir par exemple aussi : ASSM, Patient, médecin, big data. Qui a le pouvoir de définition ?, 2019.

343 BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, p. 47.

344 LOVIS/KIEFER, *L'information*, p. 44 ss.

prendre connaissance d'informations couvertes par le secret médical. Si ces acteurs peuvent exercer des professions médicales (recours à la télémédecine, DEP, *mHealth*), bon nombre d'entre eux exercent des activités liées à l'informatique, par nature étrangères à la pratique médicale. Du point de vue du secret médical, le patient doit donc s'attendre à ce que ses données soient traitées par du personnel non médical, potentiellement externe à l'institution ou le cabinet dans lequel il est soigné.

— La numérisation des données de santé permet non seulement d'augmenter les possibilités de stockage des données couvertes par le secret, mais aussi de communiquer celles-ci plus facilement et dans des volumes importants. En plus des risques de piratage qui en découlent, il faut surtout y voir une aggravation du risque de réutilisation des données à des fins non autorisées (vente de données à des sociétés privées, etc.). Le risque de communication à des tiers peut également intervenir à l'insu des personnes concernées, notamment en cas d'utilisation d'applications *mHealth* par les soignants.

— L'augmentation des capacités de collecte et de stockage des données de santé couplée au développement des technologies permettant d'analyser ces données confèrent aujourd'hui une grande valeur aux données de santé. Cette grande valeur suscite les convoitises de nombreux acteurs et augmente la pression sur le secret médical[345].

— Le développement de nouvelles technologies médicales (médecine personnalisée, *big data*, intelligence artificielle) implique un changement de paradigme quant à la manière de pratiquer la médecine. Ces évolutions qui tendent à rendre le patient plus « *transparent* » laissent entrevoir un besoin d'accès toujours plus large aux données de santé des patients.

IV. Constat

216 Le panorama dressé tout au long du présent chapitre met en évidence de profondes mutations quant à la gestion de l'information médicale. Sans même examiner à ce stade les dispositions légales qui imposeraient ou autoriseraient les soignants à communiquer des informations couvertes par le secret médical à des tiers, il faut tirer le constat que l'information médicale circule et qu'elle circule beaucoup. Si l'affaiblissement du paternalisme médical au bénéfice d'un renforcement des droits des patients n'a pas eu d'impact majeur

345 Sur cette question, voir par exemple l'article paru dans le quotidien Le Temps, *Les géants du web s'intéressent à votre santé. Pour votre bien ?*, 3 février 2020.

sur le secret médical, il en va différemment des mutations qui affectent aujourd'hui le système de soins et des développements en matière de cybersanté. En d'autres termes, la modification des besoins de la population (maladies chroniques notamment), l'augmentation des spécialisations et la fragmentation des soins, l'interprofessionnalité, les pressions économiques visant à réduire les coûts, le développement de modèles de soins intégrés, l'adoption du DEP, le développement des TIC et des nouvelles technologies médicales (*big data*, intelligence artificielle) sont autant de facteurs qui ont contribué à multiplier, au cours des dernières années, le nombre d'acteurs impliqués dans les soins tout comme le nombre d'échanges de données de santé.

Ces évolutions redessinent *de facto* les contours généraux du secret médical. Aujourd'hui, le patient s'adresse moins à un confident unique qu'à un cabinet, une équipe de soins, une institution, voire à un réseau de professionnels, de cabinets ou d'institutions. Plus encore, le patient se confie plus rarement à un soignant ou à une équipe de soins qu'à une organisation dont le fonctionnement requiert par principe l'intervention de tiers non-soignants : entreprises d'*outsourcing* informatique, personnel administratif, communautés du DEP, etc. Parallèlement, les évolutions scientifiques laissent entrevoir l'avènement d'une médecine du futur qui ne pourrait fonctionner que moyennant de volumineuses collectes de données médicales auprès d'un grand nombre de patients. 217

Les évolutions susmentionnées ont conduit certains auteurs à mettre en cause la pertinence même du secret médical « *classique* » dans un tel système[346]. Selon eux, le secret médical serait supplanté par les législations de protection des données bien plus à même de gérer des échanges d'informations si nombreux et volumineux. Sur ce point, WILSON s'interroge quant à un changement de paradigme : « *While confidentiality remains an important ethical tenet, and patient rights expect doctors to maintain confidentiality, in a modern healthcare system they also expect doctors to share relevant information appropriately, making it promptly accessible when necessary for effective patient care* »[347]. 218

Si la présente étude se concentre à titre principal sur les obligations de confidentialité des « *soignants* », on ne saurait toutefois conclure ce chapitre sans évoquer les bouleversements induits par les nouvelles technologies dans les traitements de données au sens large. Aujourd'hui, de nombreuses données de santé sont directement collectées par des acteurs qui n'appartiennent pas au secteur traditionnel des soins (Amazon, Google, etc.), notam- 219

346 Voir par exemple : LATTANZI, *Protecting health care data*, p. 22.

347 WILSON, *The changing face of healthcare systems*, p. 18.

ment en recourant à des applications de données de santé. Ce type de collectes peut aussi parfois être opéré par l'Etat (ex : application de *tracing* développées dans le contexte de l'épidémie de coronavirus apparue en 2019). Les récoltes de données de santé ne sont donc plus l'apanage des seuls soignants. Ces nouvelles formes de collectes massives de données tendent par ailleurs à estomper les frontières entre ce que l'on considère ou non comme des données de santé. Dès lors qu'elles sont collectées en masse, des données *a priori* banales peuvent en effet révéler de nombreuses informations relatives à la santé (ex. : nombre de pas, distance parcourue en un jour, etc.)[348].

348 Sur cette question : VOKINGER, Jusletter 27 janvier 2020, N 6 ss.

Chapitre 3 : Caractéristiques et justification du secret médical

La thématique du « *secret médical* » – et plus généralement celle du « *secret* » – constitue une problématique large dont les méandres s'étendent bien au-delà du seul domaine juridique. La thématique du secret a été abordée de manière élargie dans le cadre de disciplines aussi diverses que l'histoire, la philosophie, la sociologie, l'anthropologie ou encore la théologie. La présente étude se limite essentiellement à l'étude *juridique* du secret médical, une thématique qui se distingue d'ailleurs par une hétérogénéité marquée en droit suisse. 220

Le présent chapitre est composé de deux parties. La première partie aborde les caractéristiques générales du secret médical en droit suisse, en présentant notamment les difficultés liées à sa définition, ses principaux acteurs et une brève typologie des secrets. La seconde partie aborde la question de la justification du secret médical, tant du point de vue des intérêts protégés que sous l'angle éthique. 221

I. Caractéristiques du secret médical en droit suisse

A. Difficultés liées à l'appréhension du secret médical en droit suisse

En tant que tel, le « *secret médical* » ne constitue pas une notion autonome de l'ordre juridique suisse. En d'autres termes, il n'existe pas de disposition imposant de manière spécifique le respect du « *secret médical* » aux soignants. On rencontre certes des mentions occasionnelles de cette expression dans les textes de lois fédéraux ou cantonaux[349], mais ces derniers se contentent 222

349 Les dispositions légales suivantes font par exemple mention du « *secret médical* » : art. 119 al. 5 CP ; art. 14 de l'ordonnance fédérale du DFI sur les statistiques de l'assurance-accidents, RS 431.835 ; art. 12 al. 3 de l'ordonnance fédérale du DETEC sur le service médical de l'aviation civile, RS 748.222.5 ; art. 45 al. 5 de l'ordonnance fédérale 1

de renvoyer à des devoirs de confidentialité imposés aux soignants par d'autres normes.

223 La doctrine reconnaît parfois deux acceptions du « *secret médical* » en droit suisse : le secret médical au sens étroit et le secret médical au sens large[350].

224 Selon une acception étroite, le secret médical se limiterait exclusivement à la protection du « *secret professionnel* » au sens de l'article 321 CP. Dans la mesure où cette disposition constitue la norme la plus sévère et qu'elle vise à soumettre au secret les principales professions de la santé (médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes et leurs auxiliaires, mais aussi d'autres professions telles que les avocats et les ecclésiastiques), l'article 321 CP est en effet fréquemment pris pour référent principal, voire exclusif, pour l'étude du secret médical par la doctrine helvétique qui assimile alors « *secret professionnel* » et « *secret médical* ». Cette approche se révèle toutefois lacunaire. Elle omet la prise en compte des devoirs de confidentialité applicables à un nombre non négligeable de professionnels de la santé[351] et laisse de côté des pans de réglementation importants pour garantir la confidentialité des données de santé. Il convient donc de s'écarter de cette approche trop restrictive pour l'examen du secret médical.

225 Selon une autre acception, large cette fois, le secret médical engloberait l'ensemble des devoirs de confidentialité imposés par la loi ou par contrat aux soignants. Ces devoirs peuvent découler de toute une série de sources d'obligations, notamment du droit international et constitutionnel (art. 8 CEDH, art. 13 Cst.), du code pénal (secret professionnel ou secret de fonction au sens des articles 321 et 320 CP), d'autres lois fédérales spéciales (loi sur les centres de consultation en matière de grossesse, loi sur les stupéfiants, loi sur l'aide aux victimes d'infractions, loi sur l'analyse génétique humaine, loi sur la transplantation, loi sur les produits thérapeutiques, etc.), du droit cantonal sanitaire, des différentes législations sur la protection des données ou encore des législations relatives au droit disciplinaire fédéral et cantonal. Sous cet angle, il faudrait donc en quelque sorte appréhender le secret médical comme une faisceau de devoirs de confidentialité, potentiellement applicables en concours, dont les champs d'application respectifs différeraient notamment selon la qualité du détenteur du secret (art. 321 CP, art. 320 CP, etc.) et/ou selon l'objet du secret (ex. : « *données personnelles* » pour les législations sur la protection des don-

relative à la loi sur le travail, RS 822.111 ; art. 17 al. 1 de l'ordonnance bernoise concernant le service médical scolaire, RS-BE 430.41 ; art. 55a al. 1 de la loi genevoise sur la santé, RS-GE K 1 03.

350 GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 51 ; BURGAT, *Le secret médical*, p. 227.

351 BURGAT, *Le secret médical*, p. 227.

nées). L'acception large doit être préférée à l'acception étroite, car elle est plus complète et permet d'appréhender le secret médical de manière globale.

226 L'hétérogénéité des normes impliquée par une approche large du secret médical donne cependant lieu à de nombreuses difficultés, à commencer par les questions de définition. A cet égard, la notion de « *secret* » est elle-même pour le moins difficile à appréhender. Bien qu'elle figure à de multiples reprises dans la législation helvétique aussi bien en droit pénal qu'en droit civil ou administratif, elle n'est jamais définie par la loi. Cette notion doit ainsi faire l'objet d'une interprétation différenciée selon les dispositions applicables. Cela vaut également pour les dispositions d'une même loi, à l'exemple du code pénal qui fait référence à plusieurs reprises au « *secret* » sans toutefois l'appréhender de manière uniforme[352]. L'absence de définition légale du secret en droit suisse est parfois vue comme un avantage, dans la mesure où elle offre un espace d'interprétation aux tribunaux et à la doctrine, appelés à interpréter cette notion pour le moins mouvante, qui évolue au gré des époques et de la société[353].

227 La pluralité des normes en jeu peut rapidement désorienter ceux qui doivent les respecter ou les appliquer. L'absence de notion juridique claire pour désigner les devoirs de confidentialité imposés aux soignants se ressent d'ailleurs aussi chez le législateur, qui jongle parfois de manière plutôt maladroite avec différentes terminologies dont la précision laisse à désirer (« *secret professionnel* », « *secret médical* », « *devoir de discrétion* », « *devoir de réserve* », « *devoir de confidentialité* », etc.)[354].

228 Il paraît utile de clore ces quelques paragraphes introductifs sur l'appréhension juridique du secret médical en droit suisse par quelques précisions d'ordre terminologique. Dans le cadre de la présente étude :

— le « *secret médical* » désigne de manière générale l'ensemble des devoirs de confidentialité imposés par la loi ou par contrat aux soignants. Si l'on recourt parfois dans le langage courant à l'expression « *secret médical* » pour désigner l'objet du secret, c'est-à-dire les faits confidentiels concernés (ex. : une maladie), l'emploi juridique de cette expression se rapporte en principe à l'obligation de confidentialité et non pas aux faits tenus secret.

352 On pense bien sûr aux articles 321 CP (secret professionnel) et 320 CP (secret de fonction), mais la notion de « *secret* » figure également aux articles 119 CP (interruption de grossesse), 162 CP (violation du secret de fabrication ou commercial), 179 à 179novies CP (infractions contre le domaine secret ou privé), 267 CP (trahison diplomatique), 273 CP (espionnage économique) ou 283 CP (violation du secret de vote). Sur cette question spécifique, *cf.* COMTESSE, Revue pénale suisse 1942, p. 255 ss. Aussi : GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

353 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 64 et réf. citées.

354 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 37.

— le « *secret professionnel* » se rattache pour sa part, sauf indication contraire (ex. : mention de cette expression par une disposition de droit cantonal sanitaire), à l'obligation de confidentialité dont la violation est sanctionnée par l'article 321 CP.
— le « *devoir de discrétion* » vise quant à lui généralement les obligations de confidentialité imposées spécifiquement par les législations sur la protection des données.

B. Acteurs du secret

229 Le « *maître du secret* » (« *Geheimnisherr* ») est la personne concernée par les faits couverts par le devoir de confidentialité imposé au soignant et dont les intérêts personnels seraient atteints en cas de divulgation[355]. Il est parfois désigné comme la « *personne intéressée* », « *l'intéressé* », la « *personne concernée* » ou encore le « *bénéficiaire du secret* ». Certains affirment parfois que le maître du secret *dispose* du secret, c'est-à-dire qu'il est en mesure de définir qui peut prendre connaissance des faits secrets le concernant et dans quelle étendue[356]. Il n'est pas nécessaire que le maître du secret ait connaissance des faits secrets le concernant pour être qualifié comme tel[357]. Dans le domaine des soins, le maître du secret est en premier lieu le patient, c'est-à-dire la personne qui confie directement des informations au soignant ou à partir de laquelle le soignant peut tirer des constatations. Des tiers peuvent cependant également revêtir la qualité de maître du secret dès lors qu'ils sont directement concernés par des informations confiées au soignant (que ce soit par l'intermédiaire du patient, par son propre intermédiaire ou celui d'un autre tiers) et qu'ils présentent un intérêt suffisant à la non-divulgation de ces informations (*cf. infra* N 237).

230 Le « *détenteur du secret* » (« *Geheimnisträger* ») ou « *dépositaire du secret* » désigne quant à lui la personne soumise à un devoir spécifique de confidentialité qui a connaissance de faits secrets, confiés à elle en raison de son statut particulier ou constatés par elle dans l'exercice de ce statut[358]. SIEBEN propose

355 En ce sens, KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 40-41 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 68.

356 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 68.

357 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 41 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 68.

358 KELLER et MAUSBACH se contentent de désigner comme détenteur d'un secret toute personne, sans statut particulier, qui prend connaissance d'un secret concret : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 42 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 68. En visant toute personne à qui le patient aurait confié des faits concernant sa santé, la notion de « *détenteur du secret* » perdrait sensiblement en

une définition différente basée sur le critère de disposition du secret : doivent être qualifiées de détentrices du secret les personnes qui ne peuvent pas disposer d'un secret dont elles ont connaissance et qui, de ce fait, n'ont d'autre choix que de le respecter, que ce soit sur la base de la loi, d'un contrat ou des coutumes[359]. Le nombre de détenteurs d'un même secret est forcément limité. Dans le cas inverse, l'information confidentielle ne serait plus secrète.

231 Enfin, est qualifiée de « *tiers* » toute personne qui, pour une information donnée, ne peut être qualifiée ni de maître du secret ni de détentrice du secret[360]. Il faut notamment rattacher à cette catégorie les personnes qui connaissent l'existence d'un secret mais pas son contenu[361]. Les personnes, concernées par le secret de manière indirecte seulement, ou dont les intérêts seraient seulement touchés dans une moindre mesure en cas de divulgation, doivent aussi être considérées comme des tiers.

C. Typologie des secrets

232 Les différentes expressions juridiques du « *secret médical* » – et plus généralement du « *secret* » – peuvent être distinguées selon différents critères. Le secret peut être formel ou matériel, absolu ou relatif, individuel ou collectif, voire partagé.

233 Lorsque le secret est dit *formel*, les faits visés acquièrent uniquement leur caractère secret parce qu'une loi ou une autorité les déclare comme tels[362]. Les débats officiels secrets au sens de l'article 293 CP constituent un exemple classique de secret formel puisqu'ils visent uniquement la révélation punissable « *des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité conformément à la loi* »[363]. A l'inverse, le secret est dit *matériel* lorsqu'il vise des faits qui sont confidentiels en raison de leur nature, c'est-à-dire qu'ils répondent à des conditions qui permettent de les qualifier de secrets. Généralement, il s'agit de faits non notoires dont le maître a la volonté et un intérêt objectif à ce qu'ils soient tenus secrets[364]. Comme on l'a vu, ces critères sont toutefois

pertinence sous l'angle de l'analyse juridique. Il paraît dès lors plus judicieux de restreindre le cercle des détenteurs d'un secret aux personnes soumises à un devoir de confidentialité. En ce sens, JENDLY : « *en raison de son statut particulier et/ou dans l'exercice de sa profession* », JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 12.

359 SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 10.

360 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 42.

361 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 69.

362 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 31.

363 Art. 293 ch. 1 CP.

364 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 32.

difficiles à poser dans l'abstrait puisque chaque norme imposant un devoir de confidentialité aux soignants connaît un champ d'application matériel potentiellement différent. La grande majorité – si ce n'est la totalité – de ces dispositions a pour objet un secret matériel.

234 Au sens strict, le secret est dit *absolu* lorsqu'il n'est jamais possible d'y déroger et *relatif* lorsqu'on peut y déroger sous certaines conditions. JENDLY explique toutefois que dans une perspective juridique, il est possible d'adopter une approche plus nuancée de la distinction entre secret absolu et relatif[365]. Le secret peut ainsi être considéré comme absolu lorsqu'il échappe complètement au maître du secret et que seul le détenteur du secret peut décider d'y déroger dans les limites de la loi. A l'inverse, le secret serait relatif lorsque le patient pourrait imposer au soignant de communiquer des faits à des tiers sans que le soignant ne puisse s'y opposer. La distinction entre secret absolu et relatif relèverait ainsi du pouvoir octroyé au patient de disposer ou non du secret. La distinction entre secret absolu et relatif a probablement perdu en importance aujourd'hui. Si la France a traditionnellement consacré une conception absolue du secret médical et l'Allemagne une conception relative de ce dernier (*cf. supra* N 40 ss), cette distinction tend à s'estomper au profit de la conception relative, aujourd'hui largement répandue. On aura l'occasion de le constater tout au long de la présente étude, le droit suisse prévoit aujourd'hui de larges exceptions aux différents devoirs de confidentialité imposés aux soignants et le patient bénéficie d'une grande marge de manœuvre pour disposer comme bon lui semble des informations médicales le concernant. En Suisse, le secret médical – ou plutôt les obligations de confidentialité imposées aux soignants – consacre ainsi un secret relatif.

235 On notera encore que certains auteurs, à l'image de KELLER et MAUSBACH, proposent une approche différente de la distinction entre secret absolu et secret relatif[366]. Pour ceux-ci, le secret absolu couvrirait des faits qui ne sont pas (encore) accessibles à l'humanité ou dont la preuve de l'existence n'a pas encore été apportée, à l'instar de la vie après la mort. Les secrets absolus se caractériseraient par l'absence de maître du secret et n'auraient donc aucune pertinence sur le plan juridique. A l'inverse, un secret deviendrait relatif dès lors qu'il serait accessible aux humains sans toutefois l'être par n'importe qui. Seuls les secrets relatifs présenteraient une pertinence juridique. Cette distinction se rattache essentiellement à des réflexions d'ordre philosophique ou sociologique et présente peu d'intérêt du point de vue juridique. Il faut donc l'écarter.

365 *Ibid.*

366 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 43 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 62.

236 Le secret peut être *individuel* ou *collectif*. Il est individuel lorsqu'il « *demeure en possession d'un seul détenteur et d'un maître et qu'il ne concerne qu'un seul intéressé* »[367]. Les faits secrets restent alors cloisonnés dans les strictes limites de la relation bilatérale entre le patient et le soignant. Le secret est à l'inverse considéré comme collectif s'il met en scène plus de deux acteurs. Le secret peut acquérir son caractère collectif de deux manières : une pluralité de maîtres du secret ou une pluralité de détenteurs du secret[368]. Ces deux situations sont combinables.

237 Sous le premier angle, le secret est collectif parce qu'il concerne plusieurs maîtres du secret[369]. Les maîtres du secret peuvent avoir confié ensemble les faits au soignant (ex. : thérapie familiale, thérapie collective), mais il est également possible qu'un seul patient ait confié au soignant des faits concernant des tiers (ex. : antécédents familiaux, accusations de maltraitances, habitudes de vie). Les faits secrets concernant les tiers ne sont pas forcément communiqués par le patient, à tout le moins pas nécessairement de manière consciente. Par exemple, l'analyse génétique de l'échantillon biologique d'un patient révèle non seulement des informations concernant le patrimoine génétique de ce dernier, mais aussi celui des membres de sa famille. On peut également imaginer qu'un tiers intervenant dans une relation thérapeutique bilatérale communique des informations relatives à un autre tiers (ex. : la mère d'un jeune patient maltraité informe le soignant que son mari souffre d'alcoolisme). Si les tiers dont les informations sont communiquées au soignant sous couvert d'un devoir de confidentialité ont un intérêt suffisant à ce que ces informations soient gardées confidentielles, ils doivent eux aussi être qualifiés de maîtres du secret (sur cette question, *cf.* notamment *infra* N 259 ss). JENDLY les qualifie de « *maîtres du secret par procuration* »[370].

238 Le caractère collectif du secret peut à l'inverse découler d'une pluralité de détenteurs du secret. Cette situation est devenue quasiment récurrente dans la médecine contemporaine, dominée par un multilatéralisme croissant (*cf. supra* N 69 ss). Le secret devient ainsi collectif lorsque plusieurs soignants, auxiliaires ou autres tiers (ex. : expert, autorité, assurance, aumônier) prennent connaissance de mêmes faits secrets en lien avec un patient.

239 Il est possible de distinguer le « *secret collectif* » du « *secret partagé* », ce dernier constituant un sous-ensemble du secret collectif. Le secret partagé doit être qualifié comme tel s'il concerne des faits confiés à l'occasion d'une

367 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 36.

368 *Ibid.*

369 BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 19-20 ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 24 ss.

370 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 36.

même prise en charge médicale. Par exemple, le secret est partagé s'il porte sur des faits secrets communs portés à la connaissance d'un médecin généraliste, de ses auxiliaires et du médecin spécialiste auprès duquel le patient a été envoyé sur ordre du médecin généraliste. A l'inverse, le secret ne devrait pas être qualifié de partagé lorsqu'un même patient consulte séparément deux médecins pour un état de fait médical identique (ex. : demande d'un second avis médical), car il s'agit alors de prises en charge distinctes. Dans ce dernier cas, le secret est toutefois collectif dans la mesure où plusieurs soignants ont pris connaissance de faits secrets identiques en lien avec la santé d'un même patient.

Il est aujourd'hui communément admis que les soignants qui agissent ensemble pour mener à bien la prise en charge commune d'un patient et qui sont soumis à une obligation de confidentialité peuvent, sous certaines conditions, communiquer entre eux des informations faisant l'objet d'un secret collectif et/ou partagé si cela est nécessaire pour la prise en charge du patient. La licéité de ces communications s'examine dans une large mesure à la lumière du consentement du patient. Cette question fera l'objet de développements plus détaillés (*cf. infra* N 1342 ss).

II. Justification du secret médical

A. Théorie des intérêts protégés

240 La détermination des intérêts protégés par le secret médical est un sujet qui a été largement abordé par la doctrine juridique suisse et étrangère, donnant lieu à de multiples controverses. Cet exercice n'est pas purement théorique, mais poursuit au moins deux objectifs. Premièrement, la reconnaissance des intérêts protégés constitue une étape nécessaire à l'analyse du bien-fondé de l'institution du secret médical. Cette question n'est pas forcément anodine à une époque où le nombre des collectes et des communications des données de santé explosent, tant dans le secteur médical qu'extramédical. On peut donc légitimement se poser la question de savoir si le secret médical est encore justifié aujourd'hui ou s'il offre une protection différente de la seule protection des données de santé. Deuxièmement, la détermination des intérêts protégés par le secret médical joue un rôle fondamental pour la réflexion relative aux limites du secret médical. Une mise en balance entre l'intérêt à la protection du secret médical et les motifs qui s'y opposent ne peut en effet être menée qu'à la lumière des intérêts protégés par le secret médical.

241 Selon un avis largement partagé en Suisse, le secret médical défend une pluralité d'intérêts juridiques.

1. Intérêt individuel du patient

Selon le Tribunal fédéral, le secret médical est une institution importante du droit fédéral qui protège, parallèlement au lien de confiance particulier existant entre médecin et patient, le droit constitutionnel à la vie privée tel qu'il découle des articles 13 Cst. et 8 CEDH[371]. Dans un arrêt plus ancien, le Tribunal fédéral avait également fait mention de l'intérêt à protéger la liberté individuelle et plus particulièrement l'intimité de la personne[372]. 242

L'intérêt du secret médical à la protection de la sphère privée et intime du patient n'a rien de surprenant. Dans le cadre d'une relation médicale, le patient qui demande des soins est en effet souvent contraint de révéler aux soignants des informations particulièrement sensibles le concernant s'il entend recevoir le meilleur traitement possible. Ces informations se rapportent non seulement à la santé du patient, mais peuvent également couvrir un champ plus large de sa vie : habitudes de vie, relations personnelles sociales et intimes, travail, angoisses, etc. Au demeurant, ces informations ne sont pas seulement sensibles en raison de leur objet, mais elles le sont aussi par la manière dont elles sont collectées. Elles sont en effet fréquemment « *observées* » ou « *découvertes* » par les soignants sans que le patient ne les communique activement ou ait même conscience de leur existence. Ces observations résultent souvent de l'examen direct du patient par un soignant, mais peuvent aussi être révélées à l'aide de machines (ex. : IRM, programme d'intelligence artificielle) ou de procédés d'analyse par exemple. Les informations peuvent par ailleurs émaner de tiers. Dans certaines situations, plusieurs personnes suivent ensemble un même traitement, comme cela se fait lors des thérapies familiales. Plusieurs patients confient alors ensemble ou de manière séparée des informations concernant une affection commune. Lorsque des informations sont communiquées par des tiers, le patient n'est alors pas nécessairement mis au courant des informations communiquées, ou à tout le moins pas immédiatement. 243

En résumé, la relation médicale amène les soignants à procéder à une plongée particulièrement large et intrusive dans la vie privée et intime du patient. Ce dernier se trouverait alors « *affaibli, nécessairement livré et mis à nu* »[373]. Il est ainsi généralement reconnu que le patient doit nécessairement pouvoir témoigner une *confiance* absolue envers son soignant, sans crainte 244

371 Voir par exemple : ATF 141 IV 77 c. 4.4, JdT 2016 IV 6 ; arrêt du TF du 15 août 2018 2C_37/2018 c. 6.2.3 ; arrêt du TF du 20 août 2013 1B_96/2013 c. 5.1.

372 ATF 87 IV 108 c. 2a.

373 DE ROUGEMONT, *Coexistence des secrets*, p. 81.

que les informations révélées ne soient par la suite divulguées[374]. De telles divulgations pourraient en effet causer des préjudices importants pour le patient, non seulement sur le plan réputationnel mais aussi sur le plan professionnel ou sur celui de sa capacité à contracter des assurances par exemple. Le secret médical, dont une des fonctions vise à préserver cette confiance nécessaire, se révèle d'autant plus important à une époque où le nombre d'intervenants médicaux ne cesse d'augmenter (spécialistes, équipes de soins, etc.) et où le patient n'est plus nécessairement en mesure de construire une relation de confiance sur le long terme[375].

245 Si l'*intérêt individuel* du patient au secret médical est largement reconnu par la doctrine, l'identification de cet intérêt ne fait pas l'objet d'un consensus. La question a principalement été examinée sous l'angle pénal de l'article 321 CP et les différents avis émis quant à l'intérêt individuel protégé par le secret médical peuvent être résumés comme suit. Pour TAG, la protection pénale du secret médical viserait à garantir le *droit à l'autodétermination informationnelle* des patients, ces derniers n'étant pas en mesure d'assurer eux-mêmes une protection suffisante des informations confiées aux soignants[376]. Le code pénal viendrait ainsi épauler le patient pour lui permettre de mieux contrôler les données collectées. Un autre courant doctrinal, qui se réfère à un arrêt du Tribunal fédéral[377], affirme dans un sens un peu plus large que la protection pénale du secret médical protégerait la *sphère privée des patients, qui doivent pouvoir se fier à la discrétion des médecins*[378]. D'autres auteurs soutiennent encore que le secret médical ne protégerait pas la vie privée du patient, mais son intérêt individuel à la *santé*[379]. En s'appuyant sur un arrêt relativement ancien du Tribunal fédéral[380], GRAVEN explique : « *Pour recevoir les soins que son état exige, le patient doit en effet renseigner le médecin aussi complètement que possible. S'il avait à craindre que ses confidences ne fussent divulguées, il serait condamné à un silence préjudiciable au traitement médical et, partant, nuisible à sa santé. L'article 321 CP doit donc*

374 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 10 ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 13-14 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 60-61.

375 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 60-61.

376 TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 5 ; voir aussi MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 61.

377 ATF 87 IV 108 c. 2a.

378 Notamment : GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 188 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 3. De son côté, PIOTET, *Révélation*, p. 338, évoque la protection de la personnalité, par opposition au lien de confiance.

379 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1730 ; BERTRAND/STROUN, *Secret professionnel et justice*, p. 182.

380 ATF 75 IV 74.

assurer, relève le Tribunal fédéral, que "le malade s'exprimera librement, comme cela est nécessaire à la bonne exécution du mandat" »[381]. KELLER et MAUSBACH mettent également en avant cette problématique sous l'angle de l'intérêt individuel du patient en soulignant l'existence d'un « *devoir de faire confiance* » à charge du patient (« *Anvertrauenmüssen* »)[382]. La protection pénale du secret médical viendrait ainsi alléger cette charge et permettrait au patient d'obtenir le traitement le plus adéquat.

A mon sens, l'intérêt individuel du patient au secret médical relève aussi bien de la protection de sa sphère privée ou intime que de la protection de sa santé. Ces deux intérêts sont en effet inextricablement liés, sans que l'un exclue l'autre. Avec GRAVEN, je reconnais volontiers que l'intérêt individuel principalement protégé par le secret médical est celui de la *santé* du malade. Avancer que le secret médical aurait, sous l'angle individuel, pour seul but de protéger la sphère privée du patient nierait en effet la finalité du secret médical. Si le patient est placé dans une position de faiblesse qui le contraint à partager des informations intimes, c'est parce qu'il cherche à obtenir un service considéré comme nécessaire et digne de protection : l'accès aux soins. C'est donc bien la santé qui est protégée ici et non pas seulement le lien de confiance construit entre le patient et son soignant. En effet, avant même que la relation médicale n'ait été initiée ou lorsqu'elle se trouve encore à ses prémisses, un tel lien de confiance n'existe pas et ne peut donc pas être protégé. Le patient doit donc pouvoir compter sur la discrétion du soignant avant même de le consulter, dans l'intérêt de sa santé, faute de quoi il pourrait être réticent à consulter. Cela dit, le secret médical ne saurait être appréhendé à la seule lumière de l'intérêt individuel à la santé. Il est en effet intimement lié à la protection de la vie privée du patient puisqu'il ne peut être mesuré qu'à l'aune de l'importance accordée par le patient à celle-ci[383]. Un patient qui se soucie peu de la protection de ses renseignements personnels renoncera moins facilement à une consultation médicale. A l'inverse, la santé du patient serait mise plus sérieusement en péril s'il devait craindre une divulgation d'informations privées ou intimes qu'il juge particulièrement sensibles (ex. : maladies stigmatisantes). L'intérêt individuel du patient à la protection du secret médical vise donc aussi bien la protection de la santé du patient que celle de sa sphère privée ou intime[384]. 246

381 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1730.

382 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 61 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 45.

383 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 45, avec référence à KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 61.

384 Dans un sens similaire : AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 8.

2. Intérêt public

247 A côté de l'intérêt individuel du patient, le secret médical vise à protéger un intérêt public, plus précisément la protection de la santé publique.

248 Du point de vue de l'intérêt public protégé par l'article 321 CP, le Tribunal fédéral a par le passé mis l'accent sur l'intérêt à l'exercice correct des professions de la santé : « *cette disposition a été adoptée pour faciliter, dans l'intérêt public, l'exercice des professions qui y sont mentionnées ; sa* ratio *réside dans l'idée que lesdites professions ne peuvent s'exercer normalement et correctement que si elles inspirent au public une indispensable confiance dans l'homme du métier, moyennant de sérieuses garanties de discrétion* »[385]. Plus tard, dans des affaires qui concernaient essentiellement le refus de témoigner des médecins (art. 171 CPP), il s'est contenté d'affirmer que le secret médical protégeait, sous l'angle de l'intérêt public, le lien de confiance particulier qui existait entre le médecin et le patient[386]. Dans un arrêt de 2018, les juges de Mon-Repos ont adopté une interprétation de l'intérêt public protégé par le secret médical davantage centrée sur le patient : « *darüber hinaus schützt das Arztgeheimnis auch die öffentliche Gesundheit, indem es ermöglicht, dass sich der Patient ohne Vorbehalt dem Arzt anvertrauen kann und zweckmässig behandelt wird* »[387].

249 L'existence d'un intérêt public est également reconnue sous l'angle d'autres normes de protection du secret médical, en particulier sous celui de l'article 8 CEDH. La CourEDH a ainsi affirmé que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé était « *capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver la confiance dans le corps médical et les services de santé en général. Faute d'une telle protection, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir des informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité* »[388].

250 De manière similaire, certaines juridictions cantonales amenées à trancher des questions relatives au secret médical à la lumière du droit cantonal

385 ATF 120 Ib 606 c. 2b, JdT 1987 IV 150 (pour le secret de l'avocat). Pour le médecin, voir aussi : ATF 87 IV 105, c. 2b, JdT 1962 IV 4.

386 Partie non publiée de l'ATF 142 II 256, arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4.1 ; ATF 141 IV 77 c. 4.4, JdT 2016 IV 6 ; arrêt du TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.1.

387 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.2.3.

388 Voir notamment : arrêt de la CourEDH *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, requête n° 22009/93, § 95.

sanitaire ont reconnu que le secret médical protégeait aussi la santé de la collectivité[389].

251 Le respect du secret médical contribuerait donc à améliorer la santé publique en préservant la *confiance du public* envers les soignants, dont les activités sont considérées comme particulièrement utiles, voire indispensables pour le bon fonctionnement de la société[390]. Cette confiance du public serait plus spécifiquement nécessaire pour garantir à la population un *accès aux soins sans entrave* et pour garantir *l'exercice normal et correct des activités des soignants*.

252 On pourrait soutenir que l'intérêt public protégé par le secret médical se démarque finalement peu de l'intérêt individuel du patient puisque dans les deux cas, l'intérêt protégé vise à garantir que le patient ou la population soit en mesure d'accéder librement à des soins en cas de besoin et puisse bénéficier du meilleur traitement possible. Sous l'angle individuel, on l'a vu, l'absence de secret médical porterait préjudice à la santé du patient qui renoncerait ou tarderait à consulter un soignant, voire cacherait des informations à ce dernier par crainte d'atteintes à sa sphère privée ou intime. Dans cette hypothèse, l'activité des soignants pourrait être mise à mal et la qualité des soins, si tant est que le patient n'ait pas renoncé à consulter, diminuerait. Si l'on postule que le niveau de la santé publique d'une population se mesure à la lumière du niveau de santé individuel de chacun de ses membres, un secret médical déficient abaisserait mécaniquement le niveau général de la santé publique. Il existerait donc pour cette raison un intérêt public à garantir le secret médical.

253 Une approche centrée exclusivement sur la somme des intérêts individuels se révèle toutefois trop étroite. Le secret médical protège aussi un *intérêt public propre* qui découle directement de la confiance du public à l'égard des soignants, mais aussi plus généralement du système de soins. Cet intérêt public propre se décline en six sous-intérêts au moins :

1. L'intérêt à la lutte contre les maladies transmissibles. Il s'agit probablement du sous-intérêt public le plus fréquemment avancé à l'appui de la justification de l'intérêt public du secret médical. La garantie du secret médical vise à encourager les patients infectés à requérir des soins rapidement, sans crainte de répercussions sociales. Dans la mesure où chaque retard de prise en charge augmente le risque de propagation

389 Voir par exemple : arrêt de la Cour de Justice du canton de Genève du 9 septembre 2014 ATA/717/2014 c. 10c.

390 En ce sens : HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 52.

de la maladie, le secret médical joue donc un rôle d'instrument de protection de la population contre les maladies transmissibles[391]. Toutefois, et c'est là un paradoxe important, la lutte contre les maladies transmissibles nécessite en principe l'intervention des autorités de santé publique pour endiguer les épidémies. Or, les autorités doivent nécessairement être informées des cas de maladies transmissibles pour intervenir efficacement, et ce en dérogation du secret médical. Pour ménager l'équilibre entre la protection de la sphère privée du patient et l'intervention étatique, le droit suisse prévoit des obligations de déclarer différenciées selon le degré de contagion et de dangerosité de la maladie concernée (*cf. infra* N 1030 ss).

2. L'intérêt à la protection de la sécurité publique. Cet intérêt s'inscrit dans la même logique que l'intérêt à la lutte contre les maladies transmissibles. Les patients peuvent souffrir de toutes sortes d'affections susceptibles de mettre en danger la collectivité : inaptitudes à effectuer certaines tâches (ex. : conduire une voiture), difficultés sociales conduisant à des comportements dangereux, etc. En garantissant le secret médical, la loi institue un cadre de confiance dans lequel les individus à risques doivent se sentir libres de requérir des soins nécessaires et vise donc à mieux protéger la société contre une multitude de dangers potentiels. Sous cet angle, le secret médical déploie des effets aussi bien sur le plan individuel du patient que sur le plan collectif. L'argument de la sécurité publique revêt également un caractère paradoxal puisqu'il peut aussi bien être avancé pour limiter le champ de protection du secret médical.
3. L'intérêt à limiter le recours de la population à des méthodes de soins non contrôlées et/ou réputées dangereuses. Si l'on admet qu'une partie de la population est prête à renoncer ou à retarder une consultation médicale par crainte de subir un préjudice (pénalités assurantielles, discriminations sociales, intervention de l'autorité, etc.), il faut nécessairement envisager qu'elle cherchera à obtenir – en première intention du moins – des soins ou une aide auprès d'autres acteurs, non soumis à des obligations de signalement ou de transparence envers les autorités. Or, ces acteurs de substitution sont par principe étrangers au système de soins contrôlé par l'Etat et leurs activités, non supervisées, peuvent se révéler inefficaces, voire dangereuses. Une partie de la population pourrait également se tourner vers d'autres confidents, soumis à d'autres formes de secrets, celui de la religion

391 Par exemple : SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 26.

notamment, pour trouver une aide que le secteur de la santé ne serait plus à même d'offrir dans des conditions satisfaisantes.

4. L'intérêt à la protection de la population face au développement du phénomène du « *patient de verre* ». Cette expression utilisée par TAG[392] fait référence aux conséquences induites par les progrès scientifiques et techniques qui tendent à révéler des informations toujours plus riches, complètes et précises du corps du patient, c'est-à-dire en le rendant toujours plus transparent. Les avancées dans le domaine de la génétique ont particulièrement contribué à ce phénomène, mais on songe également aux progrès réalisés en matière d'imagerie ou plus généralement d'analyse médicale. Les patients se voient peu à peu dépourvus de la faculté de « *cacher* » des informations et le traitement médical n'a jamais autant rimé avec « *mise à nu* ». Le recours aux technologies évoquées a tendance à se normaliser et l'accès aux volumes toujours plus importants d'informations collectées fait l'objet de pressions croissantes, notamment dans des perspectives économiques (contrôle des coûts) ou technologiques (*big data*, intelligence artificielle). Le phénomène du patient de verre rassemble donc tous les éléments propres à attiser la méfiance de la population face à la médecine, et donc porter atteinte négativement à la santé publique.
5. L'intérêt au bon fonctionnement du système de soins par le biais de la lutte contre les inégalités de traitement ou discriminations en raison de l'état de santé[393]. Cet intérêt découle principalement des sous-intérêts à la santé publique et à la protection de la population contre le phénomène du « *patient de verre* ». Si l'on abaisse le seuil de protection du secret médical, on augmente les risques de voir se développer un système social dans lequel les individus peuvent être classés puis traités différemment selon leur état de santé. Les risques sont particulièrement importants dans le secteur des assurances publiques où le principe de solidarité tend à subir des pressions croissantes. Ils existent également sur le plan social en général, notamment pour les personnes atteintes de maladies transmissibles (ex. : VIH).
6. L'intérêt économique de la société tout entière. A partir du moment où les patients assimilent le recours aux soins avec la potentialité d'un risque d'atteinte à leur personnalité, à un risque discriminatoire ou à tout autre risque, il y a lieu de craindre que les patients retardent le

392 TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 7 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 54.

393 HORSCHICK, digma 2002, p. 65.

moment où ils consultent effectivement un soignant. Or, ces retards de prise en charge peuvent contribuer à aggraver la situation médicale des patients. La répercussion des coûts supplémentaires engendrés par ce type de situations doit ensuite être assumée par le système d'assurances sociales, en d'autres termes par la société[394].

3. Intérêt des professionnels de la santé

254 Certains auteurs affirment que le secret médical protégerait aussi les intérêts propres des professionnels de la santé. En ce sens, KELLER soutient que (i) les soignants ne peuvent déployer correctement leurs activités que s'ils suscitent auprès des patients une confiance suffisante, cette dernière étant conditionnée à la garantie du secret médical et que (ii) l'obligation de garder le secret médical aide les soignants à décliner les demandes de renseignements émanant de tiers (autorités, proches, etc.)[395]. Dans une idée similaire à celle de créer un climat général de confiance, certains auteurs ont insisté sur l'intérêt un peu plus étroit des professionnels à être *renseignés* complètement par les patients sur tous les faits importants afin d'être en mesure de poser des diagnostics exacts et recommander des thérapies adéquates[396]. On notera que cet argument est également avancé sous l'angle de l'intérêt public à la protection du secret médical (*cf. supra* N 248). Le Tribunal fédéral n'a pas examiné cette question sous l'angle spécifique du secret médical. Il a néanmoins jugé que le secret professionnel de l'avocat au sens de l'article 321 CP servait aussi bien les intérêts de l'avocat que ceux du client et de la justice[397]. Selon lui, le client doit en effet pouvoir se fier entièrement à la discrétion de son défenseur, sans quoi le rapport de confiance nécessaire au conseil et à la représentation en justice pourrait difficilement exister.

255 SCHAFFNER distingue pour sa part l'intérêt du corps médical de l'intérêt personnel du médecin[398]. Sous l'angle de l'intérêt du corps médical, le secret médical faciliterait non seulement la tâche des médecins en favorisant un

394 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 55-56.

395 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 62 ; aussi MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 46. Egalement dans le sens d'un intérêt du médecin à ne pas devoir vérifier si un tiers qui demande des informations est déjà renseigné : ATF 75 IV 73 c. 1. Dans cet arrêt le Tribunal fédéral entendait toutefois surtout définir la limite de la portée du secret, qui ne s'étend pas aux faits connus de tout le monde. Sur l'interprétation de cette jurisprudence : GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

396 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 189 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 4 ; DUMOULIN, RSDS 2004, p. 22.

397 ATF 117 Ia 341 c. 6a.

398 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 23-24.

climat de confiance, mais il augmenterait aussi « *le crédit de la corporation tout entière et* [réduirait] *d'autant la "clientèle" des charlatans* »[399]. L'importance accordée par les médecins à la réputation ou la dignité de leur profession pour justifier le bien-fondé d'un secret médical fort, en particulier devant les tribunaux, est un élément qui a en effet été mis en évidence d'un point de vue historique[400]. Le secret médical, en tant que privilège réputationnel, semble de plus avoir fait l'objet de luttes de pouvoir entre les professions médicales et juridiques[401]. Quant à l'intérêt personnel du médecin, il découlerait indirectement du crédit dont jouit le corps médical, aidant ainsi le médecin à remplir efficacement son mandat[402]. Selon SCHAFFNER, le médecin aurait au demeurant un intérêt personnel d'ordre pécuniaire au maintien du secret médical. Si l'absence de secret médical décourage les patients à consulter un médecin, ce dernier en subirait des pertes financières directes. L'intérêt pécuniaire n'a toutefois aucune valeur juridique pour cet auteur[403].

256 Le secret médical pourrait par ailleurs être vu comme une protection derrière laquelle les soignants seraient tentés de se retrancher en cas d'accusations portées à leur encontre. Le « *devoir* » de se taire se transformerait alors en « *privilège* » de se taire. Le Tribunal fédéral a toutefois jugé de manière constante que les personnes soumises au secret professionnel, notamment médical, ne pouvaient pas se prévaloir du secret pour échapper à leurs responsabilités[404]. Pour autant, le secret médical ne saurait être purement écarté. Dans une affaire pénale ayant pour objet la licéité de perquisitions menées chez un médecin, le Tribunal fédéral a souligné la nécessité de tenir compte de la protection du secret des patients et de n'exploiter que les données médicales qui présentaient *a priori* un rapport étroit et concret avec l'objet de l'enquête pénale, respectivement étaient indispensables pour atteindre les buts poursuivis par l'instruction[405]. On ne peut toutefois pas exclure que le secret médical procure dans certains cas un avantage procédural, même minime, au soignant prévenu, alors même que ce dernier n'est pas fondé à se prévaloir du secret médical.

399 *Idem*, p. 23.

400 MAEHLE, *Contesting Medical Confidentiality*, chap. Conclusion p. 1-2 ; *cf. supra* N 55.

401 *Ibid*.

402 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 23.

403 *Ibid*.

404 *Cf.* notamment ATF 141 IV 77 c. 5, JdT 2016 IV 6. Pour le secret professionnel de l'avocat : ATF 117 Ia 350 c. 6a ; ATF 106 IV 424 c. c ; ATF 102 IV 210 c. 4a ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 65.

405 ATF 141 IV 77 c. 5, JdT 2016 IV 5.1. Les dispositions procédurales relatives à la protection du secret médical en justice sont examinées en détail plus loin, *cf.* en particulier *infra* N 1126 ss.

257 Dans les faits, le secret médical semble donc servir l'intérêt propre des soignants sous de multiples aspects, notamment médical, réputationnel, fonctionnel (opposer plus facilement un refus à une demande de renseignements infondée), pécuniaire ou procédural. Néanmoins, du point de vue de la finalité du secret médical, la portée de l'intérêt propre des soignants doit certainement être définie de manière plus étroite. Comme CORBOZ l'affirme, l'intérêt des professionnels « *ne se conçoit que dans la perspective d'une bonne exécution de leur mission* »[406]. Les intérêts d'ordre pécuniaire ou procédural par exemple sont étrangers aux fonctions légitimes du secret médical. Quant aux arguments qui auraient trait à l'élitisme de la profession ou qui désigneraient le secret professionnel comme un attribut d'une fonction sociale élevée, ils relèvent bien plus de la sociologie que du droit et ne méritent pas non plus d'être retenus, bien qu'ils aient sûrement une importance aux yeux des professionnels concernés[407].

258 A mon sens, c'est même le bien-fondé de l'intérêt propre des soignants au secret médical qui est discutable du point de vue de la finalité du secret médical. A y regarder de plus près, cet intérêt relève en effet soit de l'intérêt individuel du patient (ex. : instauration d'un climat de confiance, éviter les fausses conclusions, réussite du traitement)[408] soit de l'intérêt public (ex. : confiance de la population envers les professions médicales, bon exercice de la médecine). L'intérêt propre des soignants apparaît donc largement absorbé par ces deux intérêts et doit uniquement être appréhendé comme un *intérêt indirect*[409]. Il ne devrait donc pas entrer en ligne de compte pour justifier le bien-fondé du secret médical[410]. La conception d'un secret médical construit dans l'intérêt du patient (et des patients en général) et non du soignant semble d'ailleurs être aujourd'hui admise au sein des ordres professionnels concernés. Le titre marginal de l'article 11 du Code de déontologie de la FMH, intitulé « *Secret médical dans un but de protection du patient* », en constitue une bonne illustration.

406 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 4.

407 MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985, p. 514.

408 Dans un sens similaire pour le secret de l'avocat : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 12.

409 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 340.

410 De nombreux auteurs reconnaissent toutefois l'existence de cet intérêt, même de manière accessoire. *Cf.* par exemple : GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007, N 37 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 4 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 62 ; HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 52 (qui fait plutôt valoir l'« *intérêt de la médecine* ») ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 4.

4. Protection des intérêts de tiers

Plusieurs auteurs affirment que le secret médical protégerait aussi les tiers concernés par les faits couverts par le secret[411]. En pratique, les informations relatives aux tiers peuvent parvenir à la connaissance des soignants par le biais du patient, de manière directe ou indirecte (ex. : analyses génétiques révélant une affection familiale). Elles peuvent aussi être communiquées aux soignants directement par les tiers, en vue du traitement du patient. Les informations peuvent alors concerner le patient (ex. : des parents communiquent des informations médicales relatives au patient), les tiers eux-mêmes (ex. : antécédents médicaux dans la famille) ou encore d'autres tiers. 259

La protection des tiers par le secret médical est une question débattue en doctrine, en particulier sous l'angle de l'article 321 CP. Elle a une importance pratique réelle puisqu'elle vise à déterminer si les tiers sont protégés par la norme pénale et peuvent l'invoquer à leur profit[412]. En matière de secret professionnel de l'avocat, le Tribunal fédéral a jugé qu'il protégeait de manière primaire la relation de confiance entre l'avocat et son client et que le secret n'avait pas vocation à protéger les secrets de la partie adverse[413]. Cette solution, critiquée par une partie minoritaire mais importante de la doctrine[414], n'apparaît pas particulièrement préconisée pour le secret médical. Pour ce dernier, une majorité importante d'auteurs reconnaît en effet aux tiers un intérêt légitime à ce que les informations qui les concernent ne soient pas divulguées sans leur accord[415]. CHAPPUIS préconise de limiter la protection du secret professionnel aux tiers qui auraient eux-mêmes révélé des faits au professionnel[416]. Sa réflexion semble toutefois essentiellement menée dans l'optique du secret de l'avocat. 260

La reconnaissance de l'intérêt des *tiers qui communiquent eux-mêmes* des informations aux soignants semble pouvoir être déduite de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de *secret médical* sous l'angle de 261

411 Notamment : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 1 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 4 ; FILLI, BJM 1987, p. 62-63 ; LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 74 ; GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 55.

412 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 110.

413 Arrêt du TF 1B_596/2012 du 14 février 2013 c. 2.4. Voir aussi : arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 5 septembre 2019, 102 2019 166, c. 2.3.

414 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 110 ss et réf. citées.

415 Notamment : GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 55 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 167 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 73-75 ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 35-36 ; NAVILLE, *Secret professionnel des médecins*, p. 92-93 ; FILLI, BJM 1987, p. 61-62. Voir aussi en ce sens, arrêt genevois du 15 juin 1962, SJ 1963 495.

416 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 113.

l'article 321 CP. Tout en reconnaissant que le secret médical protégeait en particulier la relation de confiance entre le médecin et le patient, le Tribunal fédéral a en effet jugé que l'application de l'article 321 CP au secret médical n'était pas conditionnée à l'existence d'un contrat de soins. Ainsi, l'obligation de garder le secret s'impose du seul fait qu'une personne s'adresse à un soignant en cette qualité, dans le cadre d'un état de fait médical concret[417]. Dans l'affaire traitée, le Tribunal fédéral était amené à déterminer si un professeur de médecine consulté par le conjoint d'une patiente décédée était soumis ou non au secret professionnel alors qu'aucune relation de soins à proprement parler n'existait entre le professeur et le conjoint. Le Tribunal fédéral a admis l'application du secret médical, une solution somme toute conforme avec l'article 321 CP dont la lettre protège les secrets confiés aux soignants « *en vertu de leur profession* »[418]. La jurisprudence semble ainsi reconnaître l'existence d'un intérêt digne de protection en faveur des tiers qui confient eux-mêmes des informations aux soignants.

262 Le raisonnement qui précède est difficilement transposable aux situations où le *patient confie lui-même des informations relatives à des tiers*. Ces derniers ne peuvent faire valoir ni confidence ni relation de confiance. Malgré cela, la majorité des auteurs qui reconnaissent aux tiers l'intérêt de se prévaloir du secret médical le font de manière générale, sans distinction entre les situations où l'information a été confiée par les tiers eux-mêmes ou par le patient[419]. LANGMACK est un des rares auteurs à proposer un régime distinct, plutôt complexe, où le droit des tiers de se prévaloir du secret médical dépend dans une double mesure des personnes qui communiquent l'information et des personnes visées par l'information[420]. On pourrait se contenter d'arguer que les tiers touchés par les informations confiées par le patient disposent de moyens de protection suffisants, en particulier ceux découlant du droit de la protection des données ou de la protection du droit civil contre les atteintes à la personnalité. J'estime pour ma part que l'institution du secret médical se

417 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4.5, partie non publiée de l'ATF 142 II 256.

418 En ce sens, CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 113.

419 Par ex. : JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 167.

420 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 74 : « *Was der Arzt vom Patienten über Dritte, auch die Angehörigen des Patienten, erfahren hat, darf er mit alleiniger Einwilligung des Patienten weitersagen, z.B. Angaben über Krankheiten der Vorfahren in Versicherungsanträgen oder Gutachten. Was er nicht vom Patienten, sondern auf andere Weise über Dritte erfahren oder selbst an Dritten festgestellt hat, darf er nur mit Einwilligung des Dritten weitersagen.* [...] *Was der Arzt von Dritten, auch Angehörigen, über den Patienten erfahren hat, darf er nur mit Einwilligung des Dritten weitersagen, sogar dem Patienten selber nur mit dieser Einwilligung, und selbst mit dieser Einwilligung nur dann, wenn entweder auch der Patient einwilligt oder dieser kein erkennbares Interesse and der Geheimhaltung hat. Die Einwilligung des Dritten erübrigt sich, wenn ihm ein erkennbares Interesse an der Geheimhaltung fehlt.* »

révélerait profondément incomplète si l'on niait aux tiers le droit de s'en prévaloir lorsque des faits couverts par le secret les concernent directement. Ces informations sont potentiellement sensibles et les avancées technologiques, notamment dans le domaine génétique, contribuent à augmenter le nombre et la sensibilité des données de santé visant directement l'entourage ou la famille du patient. De plus, reconnaître au seul patient le droit de faire respecter le secret médical lorsque celui-ci touche des tiers déboucherait sur une protection lacunaire du secret médical puisque le patient pourrait décider seul de consentir à une divulgation. On porterait alors certainement atteinte aux intérêts publics protégés par le secret médical, en particulier celui de préserver la *confiance suffisante de la population* envers les professions de soins. L'intérêt des tiers ne se confond toutefois pas avec l'intérêt public à la protection du secret médical puisqu'il protège en premier lieu la vie privée ou intime des tiers. Il doit ainsi être reconnu comme un intérêt protégé indépendant.

263 L'intérêt des tiers à faire valoir le secret médical doit cependant être suffisamment fondé. Si son existence était admise pour chaque information traitée, même minime, l'exercice de la médecine deviendrait rapidement impraticable. L'intérêt des tiers doit donc uniquement être admis lorsque les informations en question touchent directement les tiers de manière suffisamment importante. On pense par exemple aux cas où les analyses génétiques révèlent des affections familiales ou lorsqu'un patient confie que son partenaire sexuel souffre d'une infection sexuellement transmissible. Dans ces situations, les tiers touchés ont un intérêt à la protection du secret médical et il y a alors pluralité de maîtres du secret. Les tiers qui ne bénéficient pas de la protection du secret médical parce qu'ils ne seraient pas suffisamment touchés bénéficient toutefois de la protection conférée par les législations sur la protection des données personnelles à partir du moment où le soignant traite des données personnelles sur leur compte.

5. Conception suisse : reconnaissance d'une pluralité d'intérêts

264 Aujourd'hui, les approches qui tendent à justifier le secret médical par un seul intérêt (privé ou public) ont tendance à s'estomper au profit d'une approche plurale. Cette évolution transparaît notamment sur un plan supranational par le prisme de la jurisprudence de la CourEDH, selon laquelle la protection des données de santé et le secret médical visent non seulement à protéger la vie privée des malades, mais aussi la confiance dans le corps médical et les services de santé en général[421].

421 *Cf.* notamment : Arrêt de la CourEDH Z. c. Finlande du 25 février 1997, requête n° 22009/93 § 95 ; arrêt de la CourEDH M.S. c. Suède du 27 août 1997, requête n° 20837/92 § 41 ; arrêt de la CouEDH Michaud c. France du 6 décembre 2012, requête n° 12323/11 § 80.

265 En Suisse, le législateur a adopté un compromis entre les deux conceptions lorsqu'il a adopté l'article 321 CP au début du XXe siècle : l'infraction pénale de violation du secret professionnel est poursuivie uniquement sur plainte et le patient peut consentir à la divulgation (intérêt individuel du patient), mais la disposition pénale a été placée sous le titre dédié aux infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels (intérêt public). La conception mixte de la protection des intérêts protégés par le secret médical est reconnue par le Tribunal fédéral[422].

266 La doctrine germanique s'est abondamment penchée sur la question de savoir s'il fallait faire prévaloir un intérêt protégé sur les autres, donnant lieu à une controverse. Plusieurs théories sur les biens protégés par le secret médical ont ainsi été développées : selon la *théorie individuelle*, le secret médical vise essentiellement à protéger les intérêts de l'individu ; selon la *théorie sociale*, le secret médical vise à protéger les intérêts de la communauté ; selon la *théorie sociale-individuelle*, le secret médical vise en première ligne à protéger les intérêts de la communauté et indirectement ceux de l'individu ; selon la *théorie individuelle-sociale*, le secret médical vise à l'inverse principalement à protéger les intérêts de l'individu et indirectement ceux de la communauté ; enfin, la *théorie cumulative* reconnaît une pluralité d'intérêts sans les hiérarchiser[423].

267 En procédant à une analyse de l'article 321 CP, une partie de la doctrine helvétique a préconisé de reconnaître la prévalence de l'intérêt individuel du patient au secret médical[424]. Les principales raisons avancées ont trait au fait que la violation du secret professionnel est uniquement punie sur plainte et que le patient peut lui-même décider de délier le professionnel du secret médical. Si l'on doit admettre que cette dernière possibilité laisse transparaître la protection d'un intérêt à caractère éminemment personnel, il n'en va pas de même pour la poursuite sur plainte. Laisser au patient le choix de porter plainte ou non pour violation du secret professionnel n'implique pas la prévalence de l'intérêt individuel. Il s'agit bien plutôt de permettre au patient de choisir s'il accepte que les faits secrets ayant été illicitement divulgués soient révélés dans une plus large mesure encore en cas de tenue d'un procès

422 ATF 87 IV 105 c. 2b, JdT 1962 IV 2.

423 Pour une analyse détaillée des différentes théories mentionnées avec de nombreuses références à la doctrine allemande, je renvoie à MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 46 ss. Pour d'autres théories développées au début du XXe siècle : SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 42 ss.

424 Par exemple : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 25 ss ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 54 ss, qui fait plus particulièrement prévaloir l'intérêt personnel à l'autodétermination informationnelle du patient ; TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 6.

public[425]. A l'inverse, d'autres auteurs helvétiques soutiennent que l'intérêt public au secret médical prévaudrait sur l'intérêt individuel du patient[426]. SCHÖNLE/KERNEN soutiennent à cet égard que le consentement et l'exigence de la plainte prévus par l'article 321 CP auraient simplement pour effet de conditionner l'intérêt public par l'intérêt individuel[427].

268 Je ne développerai pas plus en détail ici la controverse de la prépondérance des intérêts protégés par le secret médical en Suisse. Avec CORBOZ, GUILLOD, DUPUIS ET AL., j'estime en effet que cette question a peu d'intérêt pratique[428]. Plus encore, elle me semble difficile, voire impossible, à résoudre tant les intérêts en jeu sont multiples et étroitement connectés. Les intérêts individuels au respect du secret médical servent indirectement les intérêts publics protégés par celui-ci et inversement. Toute tentative de hiérarchisation paraît dès lors vouée à l'échec[429]. Je me rallie par conséquent à la théorie cumulative des intérêts protégés[430].

269 En synthèse, j'estime que les intérêts protégés par le secret médical sont les suivants : (i) les intérêts individuels à la santé du patient et à la protection de sa sphère privée et intime, (ii) l'intérêt public à la santé publique qui se traduit en l'occurrence par la nécessité de préserver la confiance du public envers les professions médicales et, le cas échéant, (iii) l'intérêt des tiers à la protection de leur sphère privée ou intime dans la mesure où ils sont directement et suffisamment touchés par les informations couvertes par le secret. Du point de vue de la finalité du secret médical, l'intérêt propre des professionnels de la santé au secret médical est à mon avis absorbé par les intérêts individuels ou publics protégés.

B. Justification éthique

270 Alors que la doctrine suisse et germanique recourt traditionnellement à la théorie des intérêts protégés pour justifier le devoir de respecter le secret médical, la doctrine anglo-saxonne a plus régulièrement abordé cette question au

425 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 27.

426 En ce sens : GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975 p. 1730 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 1 ; SCHÖNLE/KERNEN, *Rapport sur le secret professionnel en droit suisse*, p. 158-159.

427 SCHÖNLE/KERNEN, *Rapport sur le secret professionnel en droit suisse*, p. 159.

428 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 1 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 189 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 1.

429 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 189.

430 En ce sens : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 64 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 189 ; DUMOULIN, Jusletter 18 janvier 2010, p. 22.

prisme de l'éthique médicale. Dans les faits, bien que les approches éthiques rejoignent en de nombreux points la théorie des intérêts protégés, il existe un véritable intérêt à les présenter, même brièvement. Elles permettent de consolider la justification du devoir de respecter le secret médical tout en apportant un regard différent et probablement plus précis sur la question. Les deux principaux courants de pensée auxquels il est traditionnellement fait recours pour justifier le secret médical sont l'utilitarisme et le déontologisme[431].

1. Utilitarisme

271 La théorie utilitariste a principalement été développée par Jeremy BENTHAM et John Stuart MILL en réaction à la théorie du droit naturel. Elle résulte d'une combinaison de deux approches : le conséquentialisme et l'hédonisme[432]. Le conséquentialisme implique que la moralité d'une action (ou de l'absence d'action) peut uniquement être déterminée par référence à ses conséquences. L'hédonisme vise quant à lui la recherche du plaisir en partant du principe qu'il s'agit de la seule chose qui est bonne en elle-même et que la peine, à l'inverse, est la seule chose mauvaise. Les utilitaristes placent le concept d'« *utilité* » au centre de leur réflexion. Pour déterminer si une action est morale, il faut procéder à un calcul du plaisir et des peines causés par celle-ci. Si l'action augmente le plaisir ou réduit la peine, alors elle est morale[433]. En d'autres termes, une action est morale parce qu'elle maximise le plaisir ou qu'elle minimise la peine[434]. Une action ne peut donc pas être considérée comme intrinsèquement bonne, sans prise en compte de ses conséquences. Selon les théories soutenues, l'examen de l'utilité est focalisé sur *l'action*, en évaluant les conséquences induites dans chaque cas individuel (« *act-utilitarianism* »). Il est au contraire focalisé sur une *règle* si l'on soutient qu'une action est morale parce qu'elle se conforme à une règle qui vise les meilleures conséquences pour un nombre indéterminé de cas (« *rule-utilitarianism* »)[435]. Dans les deux cas, la théorie utilitariste tend dans une certaine mesure à favoriser la protection de l'intérêt public sur l'intérêt individuel.

272 La mise en pratique de la théorie utilitariste rencontre un certain nombre d'obstacles, en particulier celui de déterminer ce qui provoque une bonne ou une mauvaise conséquence. Cet exercice présuppose l'instauration préalable

431 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 7 ; BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 305.

432 MCHALE, *Medical Confidentiality & Legal Privilege*, p. 39.

433 *Ibid*.

434 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 8.

435 *Ibid*.

d'un système de classification et de jugement des conséquences, c'est-à-dire la définition *préalable* de ce qui est utile[436].

Comme on l'a vu, la doctrine suisse justifie habituellement le bien-fondé 273
du secret médical en recourant à la théorie des intérêts protégés (*cf. supra* N 241 ss). Or, bon nombre des arguments avancés dans ce contexte découlent en fait d'un raisonnement de type utilitariste. Affirmer le rôle indispensable du secret médical pour assurer la confiance nécessaire du public envers le système de soins s'inscrit par exemple dans un mode de pensée utilitariste. En d'autres termes, le secret médical maximiserait ici le « *bonheur* » de la population en lui offrant la possibilité de consulter en toute confiance un soignant et en améliorant la qualité générale des soins, le personnel médical étant mieux informé et donc à même de prescrire le traitement le plus approprié. Il en va de même des arguments selon lesquels le secret médical contribuerait à réduire les risques pour la société (les personnes malades ou dangereuses sont encouragées à se faire soigner, le développement d'une maladie transmissible est plus efficacement endigué) ou la diminution des coûts de la santé en encourageant les gens à se faire soigner rapidement. Indirectement, le mode de pensée utilitariste justifie aussi l'intérêt individuel des patients à bénéficier du secret médical en vue d'améliorer leur santé personnelle puisque l'intérêt du plus grand nombre dépend finalement pour beaucoup de la somme d'intérêts individuels.

Je n'identifierai pas en détail ici les « *peines* » qui pourraient résulter de 274
l'obligation d'observer le secret médical, tant la variété des cas peut être grande. A l'échelle collective, on peut toutefois considérer que le secret médical, en tant qu'il empêche la communication d'informations, constitue un obstacle potentiel pour la santé publique, la sécurité publique, la protection des personnes, le contrôle des coûts de la santé ou encore la bonne administration de la justice.

Dans le cadre du calcul du « *plaisir* » et des « *peines* », les utilitaristes consi- 275
dèrent généralement que le plaisir découlant du respect du secret médical l'emporte sur les peines causées par celui-ci. Le secret médical repose ainsi sur une justification morale. Cela n'implique pas pour autant que le secret médical doit être considéré comme un principe absolu et auquel il est impossible de déroger, loin de là. Selon la pensée utilitariste, il devrait céder le pas lorsque l'intérêt au « *plaisir* » du plus grand nombre l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. BEAUCHAMP/CHILDRESS rappellent cependant que chaque divulgation d'informations confidentielles déploie des effets négatifs pour les patients et pour le système tout entier du secret médical, de la

436 *Ibid.*

confiance et de la fidélité. Avant une divulgation, toutes les conséquences probables devraient donc être prises en compte[437].

276 Bien qu'elle soit soutenable sur le plan théorique, la justification utilitariste du secret médical se confronte toutefois à des problèmes non négligeables en pratique. Elle ne trouve en effet d'assise que si l'on parvient à démontrer que le respect du secret médical déploie *effectivement* des effets bénéfiques pour le plus grand nombre. En d'autres termes, il faudrait notamment démontrer qu'en l'absence de secret médical, un nombre important de personnes cesserait de communiquer correctement avec les soignants, mettant en danger leur propre santé et, indirectement, la santé publique[438]. Les patients devraient donc être activement impliqués en matière de secret médical, c'est-à-dire qu'ils devraient au moins être conscients des modalités basiques de l'obligation de confidentialité imposée aux soignants[439]. En effet, sans connaissance des modalités du secret médical, les patients peineraient à adapter leur comportement selon l'existence ou non de ce dernier.

277 Les études empiriques sur l'appréhension du secret médical par les patients sont rares[440], notamment parce qu'elles se confrontent à toutes sortes de difficultés pratiques. Il est en effet difficile d'identifier ou d'interroger des sujets qui auraient renoncé à consulter un soignant par crainte d'une divulgation des informations confiées. Il paraît encore plus complexe de mesurer ce que le patient révèle effectivement et ce qu'il a choisi de cacher lors d'une consultation. Enfin, l'image que les individus se font du secret médical « *dans l'abstrait* », sans être directement confrontés à des problématiques qui y sont liées, peut donner lieu à des résultats qui ne se vérifient pas forcément dans les situations concrètes.

278 En 2013, des chercheurs suisses ont publié une étude sur les causes conduisant les soignants à demander la levée du secret médical auprès de l'autorité cantonale compétente contre l'avis de leur patient[441]. Pour ce faire, ils ont analysé les cas soumis à l'autorité cantonale de levée du secret médical genevoise entre 2006 et 2010. Parmi les 1134 cas portés devant l'autorité, 41 cas étaient marqués par l'opposition du patient. La grande majorité de ces 41 cas visaient un signalement aux autorités tutélaires. Bien que les auteurs soulignent les limites de l'étude en raison du faible nombre de cas et mettent en

437 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 306.

438 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 18.

439 SPERLING, *Posthumous Interests*, p. 195.

440 NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA, Journal of Medical Ethics 2013, p. 688 ; SANKAR/MORAN/MERZ/JONES, Journal of General Internal Medicine 2003, p. 660.

441 NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA, Journal of Medical Ethics 2013, p. 686 ss.

garde contre toute tentative de généralisation, les résultats montrent que les patients ont rarement fait valoir l'argument de la préservation du lien de confiance entre soignant et patient pour s'opposer à la levée du secret médical devant l'autorité de levée (3 cas sur 41). Dans la grande majorité des cas, les patients dirigeaient leur argumentation sur le refus d'être soumis à des mesures tutélaires. Les auteurs de l'étude observent que la nécessité de préserver le lien de confiance entre soignant et patient n'a donc pas semblé avoir eu beaucoup d'importance dans ce contexte. Ils soupçonnent cependant que les patients auraient pu être découragés de faire valoir une telle argumentation en pensant faussement que l'autorité aurait de toute manière fait prévaloir l'opinion du soignant sur cette question[442]. A mon sens, et les auteurs de l'étude le reconnaissent aussi, le faible nombre de cas montre surtout que les soignants demandent rarement la levée du secret lorsque le patient s'y oppose. Il semble donc que les soignants accordent une importance particulière à ne pas rompre le lien de confiance noué avec leurs patients. Par ailleurs, le constat selon lequel les patients n'ont pas fait valoir la préservation du lien de confiance pour s'opposer à la levée du secret ne m'apparaît pas particulièrement surprenant dès lors que les patients font valoir leur argumentation à une période où le soignant a déjà requis la levée du secret. Dans de telles situations, on peut en effet supposer que la confiance du patient est déjà brisée et que ce dernier préfère défendre sa position sur les conséquences personnelles qui le menacent directement plutôt que sur les principes généraux d'une bonne relation thérapeutique. Sous l'angle de l'argumentation utilitariste, cette étude nous enseigne donc surtout que les cas où les soignants souhaitent être relevés du secret contre l'avis du patient sont rares et que le lien de confiance entre soignants et patients semble étroitement lié à la confidentialité.

Plus tôt, en 2003, une équipe de chercheurs de l'Université de Philadel- 279
phie a publié une revue de littérature relativement large sur la thématique de la perception de la confidentialité médicale du point de vue des patients[443]. Il est rapidement apparu que les études publiées en la matière jusqu'alors s'illustraient par leur faible nombre, qu'elles visaient presque exclusivement des populations à risque (santé mentale, tests génétiques ou VIH, adolescents, etc.) et que la perception de la confidentialité était généralement un aspect accessoire des études examinées. Cette revue de littérature est relativement ancienne aujourd'hui, mais les conclusions qui en ont été tirées, malgré les obstacles susmentionnés, méritent d'être relatées ici :

442 *Idem*, p. 688.

443 SANKAR/MORAN/MERZ/JONES, Journal of General Internal Medicine 2003, p. 659 ss.

1. les patients ont des idées souvent confuses sur la notion légale et éthique du secret médical, ce qui les conduit à sous-estimer ou surestimer la protection conférée par le secret médical. En cas de sous-estimation, des études ont montré que des populations à risque telles que les adolescents ou les personnes atteintes de VIH étaient susceptibles de retarder une consultation ou d'y renoncer[444].
2. les inquiétudes des patients sont souvent plus spécifiques que les questions en lien avec les dérogations législatives au secret médical. Elles concernent par exemple plutôt la crainte que les soignants communiquent avec des proches ou que les patients puissent être vus en train de sortir d'une clinique[445].
3. les patients préfèrent que leurs informations ne soient utilisées qu'à des fins médicales au sens large, sans que cela n'exclue pour autant des communications à des tiers en vue de finalités médicales[446].
4. dans plusieurs études, les patients, qui pour rappel sont largement issus de populations à risques, ont admis avoir renoncé au moins occasionnellement à recourir à un traitement ou avoir retenu des informations dans le cadre d'un traitement médical par peur que ces informations ne soient divulguées à des tiers[447].

280 D'autres études ont au contraire mis en évidence le faible rôle du secret médical quant à la propension des patients à se faire soigner ou non. Dans les années 1980, SHUMAN/WEINER/PINARD ont par exemple mené une étude empirique au Canada et aux Etats-Unis cherchant à mesurer l'impact de l'existence ou de l'absence d'un droit du psychothérapeute de refuser de témoigner en justice sur les faits qui lui avaient été confiés par le patient (« *privilege* »)[448]. Ici, l'étude se concentrait donc moins sur le bien-fondé même du secret médical que sur celui du privilège testimonial en lien avec le secret médical. L'étude a été menée auprès de patients, de psychiatres, de juges, d'avocats et du public. Les résultats obtenus tendaient à montrer que la recherche d'aide psychologique ou psychiatrique n'était pas influencée par l'existence d'un privilège du psychothérapeute. Par ailleurs, si les patients retenaient effectivement des informations sensibles, ce comportement relevait apparemment davantage de

444 SANKAR/MORAN/MERZ/JONES, Journal of General Internal Medicine 2003, p. 665 et réf. citées. Voir aussi : JENKINS/MERZ/SANKAR, Journal of Medical Ethics 2005, p. 503.

445 SANKAR/MORAN/MERZ/JONES, Journal of General Internal Medicine 2003, p. 665 et réf. citées.

446 *Idem*, p. 666 et réf. citées.

447 *Ibid*.

448 SHUMAN/WEINER/PINARD, International Journal of Law and Psychiatry 1986, p. 393 ss.

facteurs psychologiques que de facteurs légaux. La rétention d'informations par les patients ne semblait donc pas liée à l'existence ou non d'un privilège. De manière plus nuancée, BEAUCHAMP/CHILDRESS affirment qu'il n'existe pas de preuve significative que l'obligation légale des soignants de signaler des situations particulières aux autorités réduirait la volonté prospective des patients de consulter un soignant ou de coopérer avec celui-ci, ni que l'existence d'une telle obligation porterait atteinte à la relation patient-soignant[449].

281 Les études présentées ici apportent donc des réponses plutôt nuancées sur les conséquences concrètes du secret médical. Elles montrent d'ailleurs que les patients ne semblent pas avoir une vision très claire du concept de secret médical et des modalités qui le régissent. Toutefois, le nombre relativement faible de preuves empiriques n'empêche pas les utilitaristes de soutenir le bien-fondé du secret médical. Selon eux, la seule possibilité qu'un patient soit réticent à consulter un soignant suffit déjà à justifier le secret médical sur le plan de la santé individuelle et publique[450]. Or, les études menées montrent qu'à tout le moins chez les populations à risque, l'absence de secret médical conduirait occasionnellement les patients à renoncer à consulter un soignant ou à retenir des informations. L'existence de ces seuls risques justifierait donc l'obligation d'observer le secret médical.

2. Déontologisme

282 A l'inverse du conséquentialisme et de l'utilitarisme, les théories déontologistes se concentrent sur l'examen même de chaque action pour déterminer si celle-ci est intrinsèquement morale ou non, selon sa conformité ou sa non-conformité avec certains devoirs. On se souvient que KANT fait de l'autonomie (se donner à soi-même sa propre loi) un principe fondamental sur lequel repose la dignité humaine. Dans la *Métaphysique des mœurs*, il formule par ailleurs l'impératif catégorique qui enjoint toute personne à se traiter elle-même, ainsi que toute autre, toujours comme une fin et jamais seulement comme un moyen. Toutefois, dans les lignes qui suivent, je me concentrerai sur l'approche déontologiste basée sur les droits[451].

283 L'approche déontologiste basée sur les droits part du principe que la moralité vise de manière primaire à protéger les intérêts individuels et que

449 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 306.

450 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 18-19.

451 Parmi les différentes approches déontologistes, on compte notamment l'approche basée sur les *devoirs* à laquelle se rattache l'impératif catégorique de KANT, l'approche basée sur les *droits* ou l'approche basée sur les *principes* éthiques. Pour plus de détails, voir : MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 9-12.

les droits constituent le moyen le plus efficace d'atteindre une telle protection[452]. Dans sa théorie la plus stricte, les droits individuels ne devraient pas être restreints sous prétexte d'intérêts publics ordinaires, faute de quoi ils perdraient tout intérêt[453]. L'intérêt individuel surpasse donc ici largement celui du public.

284 Pour justifier l'institution du secret médical, les partisans de l'éthique déontologiste font principalement valoir le respect des droits fondamentaux à la liberté personnelle (ou à l'autonomie) et à la vie privée[454]. En Suisse, ces droits font l'objet d'une protection constitutionnelle : le droit à la liberté personnelle est explicitement garanti par l'article 10 al. 2 Cst. alors que le droit à la vie privée est consacré par les articles 13 Cst. et 8 CEDH.

285 Le secret médical ne serait finalement qu'une manifestation du droit individuel à la vie privée, qui se justifierait par la nécessité de protéger des informations personnelles – et plus généralement une forme d'espace intime à l'intérieur duquel la personnalité peut se développer – dans le contexte particulier de la relation médicale[455]. Ce besoin de protection s'expliquerait principalement par la nature potentiellement sensible des informations confiées par le patient. Comme on l'a vu, le Tribunal fédéral s'est partiellement rallié à cette argumentation pour justifier la finalité du secret médical : le secret médical protège notamment la *sphère privée* des patients, qui doivent pouvoir se fier à la discrétion des médecins[456].

286 Le droit fondamental à la liberté personnelle se rattache quant à lui étroitement au principe éthique du respect de l'autonomie, considéré comme un des principes cardinaux de l'éthique médicale[457]. Le droit fondamental à la liberté personnelle doit notamment assurer aux patients qu'ils puissent prendre des décisions concernant leur santé de manière libre et éclairée, sans interférence ou pressions externes. Dans cette perspective, le secret médical assurerait au patient de garder un contrôle sur les données qu'il aurait confiées dans le cadre de la relation médicale[458].

287 Les droits à la vie privée et à la liberté personnelle apparaissent ainsi intimement liés. Ce n'est qu'ainsi que l'individualité peut exister. Ce constat

452 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 10.

453 *Ibid*.

454 Voir notamment : BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 306 ; SPERLING, *Posthumous Interests*, p. 196 ss ; MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985, p. 513.

455 MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985, p. 513.

456 Voir en particulier ATF 87 IV 108 c. 2a.

457 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 12.

458 ELGER, Forum Med Suisse 2011, p. 4 ; SPERLING, *Posthumous Interests*, p. 198 ss.

conduit certains auteurs à affirmer que le secret médical protégerait donc essentiellement le droit du patient à son « *autodétermination informationnelle* »[459], ce dernier étant déduit à la fois des droits à la vie privée et à la liberté personnelle. MICHALOWSKI souligne que la connexion entre ces deux droits va au-delà de la simple protection contre les divulgations d'informations personnelles à des tiers[460]. Le contrôle de l'individu sur ses informations lui conférerait un sentiment de sécurité et lui permettrait notamment de lier des *relations* intimes qui ne pourraient pas exister sans une garantie solide de confidentialité. Ce dernier point serait primordial pour la relation patient-soignant puisque la garantie du droit à la vie privée instaurerait les conditions nécessaires à l'établissement d'une telle relation, c'est-à-dire un cadre dans lequel le patient peut confier librement ses secrets sans craindre qu'ils ne soient divulgués[461]. Ces motifs justifieraient dans une bonne mesure le bien-fondé de l'institution du secret médical par égard au respect des droits individuels du patient. En l'absence de secret médical, le patient serait en effet incapable de témoigner d'une confiance suffisante envers le soignant sans mettre alternativement en péril un des aspects de son autonomie ou de sa vie privée[462]. En d'autres termes, l'absence de secret médical confronterait le patient à un choix : recourir à des soins ou protéger sa vie privée.

Les déontologistes ne reconnaissent toutefois pas de manière unanime 288
le bien-fondé du secret médical. WARWICK s'est par exemple prononcé en faveur de la suppression pure et simple du secret médical[463]. Selon lui, on pourrait se passer du secret médical si les soignants ne promettaient pas celui-ci aux patients au début de la relation médicale. Conscients de l'absence de confidentialité, les patients pourraient alors décider librement si l'affection dont ils souffrent mérite ou non un risque d'atteinte à leur vie privée. Pour WARWICK, les situations où les soignants promettent une confidentialité qu'ils ne sont pas en mesure de respecter postérieurement seraient plus dommageables que celles où l'absence de secret médical est ouvertement assumée. Le risque que surviennent des cas où les patients refuseraient de se faire

459 Pour une position en ce sens en doctrine suisse : TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 5-6, qui reconnaît toutefois aussi l'intérêt collectif protégé par le secret médical. Notons que le Tribunal fédéral a déduit de l'article 13 al. 2 Cst un droit fondamental à l'autodétermination informationnelle conférant à chacun le droit de *maîtrise* sur ses données personnelles, peu importe leur degré de sensibilité ; ATF 129 I 232 c. 4.3.1. Voir aussi : FLÜCKIGER, AJP/PJA 2013, p. 837 ss ; ERARD/AMEY, *Destruction du dossier médical*, p. 280.

460 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 14.

461 *Ibid*.

462 *Idem*, p. 17.

463 WARWICK, Journal of medical ethics 1989/15, p. 183 ss.

soigner serait acceptable puisqu'il servirait une cause suffisante, en l'occurrence la protection étendue de l'autonomie et de la vie privée. Or, il s'agit précisément des buts visés par le secret médical. L'argumentation de WARWICK a notamment été critiquée par MICHALOWSKI, qui lui reproche d'adopter une définition trop étroite du principe d'autonomie personnelle[464]. Ce principe doit en effet garantir aux patients de s'autodéterminer librement en matière médicale, sans subir des pressions externes. Ainsi, MICHALOWSKI explique que forcer les patients à accepter le risque d'une atteinte à leur vie privée en échange de soins porterait atteinte au libre choix des patients, en contradiction avec le principe d'autonomie personnelle. Ce qui est présenté par WARWICK comme une augmentation de l'autonomie personnelle déboucherait donc bien plutôt sur une diminution de celle-ci[465].

289 L'approche de l'éthique déontologiste donne ainsi la priorité au respect des droits individuels face aux intérêts publics qui s'y opposeraient. Selon un avis largement partagé en doctrine, la reconnaissance du bien-fondé du secret médical sur la base des droits du patient ne confère pas pour autant au secret médical un caractère absolu[466]. Un secret absolu conduirait à des dommages incommensurables (ex. : non-signalement d'une maladie transmissible) et n'est donc pas souhaitable[467].

3. Double approche

290 Aussi bien l'analyse utilitariste que l'analyse déontologiste débouchent sur la reconnaissance du bien-fondé du secret médical. Les deux approches ne sont d'ailleurs pas exclusives et sont fréquemment mélangées[468]. L'examen des intérêts avancés traditionnellement par la doctrine juridique suisse pour justifier le secret médical illustre parfaitement ce phénomène. L'intérêt public du secret médical qui tend à préserver la confiance du public envers les professions médicales relève d'une argumentation utilitariste. Sur ce point, j'estime qu'il n'est pas déraisonnable de prendre en compte les conséquences relativement lointaines ou indirectes du secret médical (ou de son absence) :

464 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 17.

465 *Ibid*.

466 Notamment : BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 306 ; MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985, p. 513. *Contra* : KOTTOW, Journal of Medical Ethics 1986 ; KIPNIS, The American Journal of Bioethics 2006, p. 7 ss. KIPNIS propose un modèle éthique de secret médical absolu vivement critiqué, notamment par les auteurs suivants : BALINT, The American Journal of Bioethics 2006, p. 19 ss ; GIBSON, The American Journal of Bioethics 2006, p. 23 ss ; BOZZO, Journal of Medical Ethics 2018, p. 248 ss.

467 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 306.

468 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 19.

phénomène du « *patient de verre* », risques d'augmentation des coûts de la santé, etc. L'intérêt individuel des patients à leur santé, qui dépend essentiellement de la confiance accordée par les patients aux soignants, relève aussi d'une argumentation utilitariste puisque cet intérêt vise à assurer que le plus grand nombre de patients soit en mesure d'obtenir les meilleurs soins possibles. A l'inverse, justifier le secret médical en affirmant qu'il protège l'intérêt du patient à la protection de sa sphère privée, de sa liberté et de son droit à l'autodétermination informationnelle résulte d'un réflexion déontologiste.

En Suisse, le secret médical est donc justifié à la fois par les théories morales utilitariste et déontologiste[469]. Si cette double approche confirme le bien-fondé du secret médical, elle laisse toutefois apparaître des divergences lorsqu'il s'agit d'appréhender les dérogations au secret médical. L'approche déontologiste, qui appréhende essentiellement le secret médical comme un droit du patient, tend à privilégier l'intérêt individuel en cas de remise en cause du secret médical. A l'inverse, l'approche utilitariste limite plus facilement l'intérêt individuel du secret médical lorsque des intérêts publics en faveur d'une limitation du secret médical sont en jeu. La théorie déontologiste confère donc une protection plus forte à l'obligation de respecter le secret médical[470]. 291

469 En ce sens, sans toutefois nommer les deux courants de pensée : NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA, Journal of Medical Ethics 2013, p. 688.

470 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 31.

Deuxième partie :
Protection du secret médical dans l'ordre juridique suisse

Chapitre 1 : Droit international

I. Organisation des Nations unies

292 Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II)[471] contraint les Etats contractants, dont la Suisse, à offrir des garanties en matière de protection de la vie privée. Ainsi, selon son article 17, nul ne doit faire l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation. Les Etats signataires doivent par conséquent adopter des lois protégeant les personnes contre de telles immixtions ou atteintes.

293 Le Tribunal fédéral reconnaît de manière constante la justiciabilité des droits civils et politiques, en particulier les garanties du Pacte ONU II[472]. L'article 17 Pacte ONU II pourrait par conséquent être invoqué par un justiciable dans l'hypothèse où l'Etat violerait le secret médical à son égard. A ma connaissance, aucun arrêt du Tribunal fédéral n'a toutefois examiné la violation du secret médical sous l'angle de cette disposition.

294 En 2013, l'Assemblée générale de l'ONU a adopté une résolution sur le droit à la vie privée à l'ère du numérique priant le Haut-Commissaire des Nations Unies aux droits de l'homme de lui présenter un rapport sur la protection et la promotion du droit à la vie privée dans le contexte de la surveillance et de l'interception des communications numériques et de la collecte des données personnelles sur le territoire national et à l'extérieur[473]. Dans ce rapport rendu le 30 juin 2014, le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme constate en particulier que « *d'autres droits, comme le droit à la santé, peuvent aussi être affectés par les pratiques de surveillance numérique, par exemple lorsqu'un individu s'abstient de demander ou de communiquer des informations sensibles relatives à la santé de peur de mettre en cause son anonymat* »[474]. En 2015, le Conseil des droits de l'homme a par ailleurs créé

471 RS 0.103.2.

472 *Cf.* par exemple ATF 126 I 240 c. 2c ; ATF 121 V 246 c. 2.

473 Résolution de l'Assemblée générale de l'ONU 68/167 du 18 décembre 2013 « *Le droit à la vie privée à l'ère numérique* ».

474 Rapport du Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme A/HRC/27/37 du 30 juin 2014 « *Le droit à la vie privée à l'ère numérique* », § 14.

un poste de rapporteur spécial sur le droit à la vie privée. Celui-ci a rendu un premier rapport en mars 2016 dans lequel il souligne notamment le risque marqué d'emploi abusif de données personnelles par les sociétés privées. Il y constate également l'existence de preuves selon lesquelles la marchandisation des données personnelles a atteint un stade où l'individu n'est plus conscient des multiples reventes de ses données, en particulier dans les domaines traditionnellement considérés comme sensibles comme celui de la santé. Une attention particulière devrait de surcroît être accordée à la réversibilité des données prétendument anonymes[475].

295 L'UNESCO a par ailleurs établi depuis 1993 un programme de bioéthique dont le but consiste à mener une réflexion sur les enjeux éthiques et juridiques des recherches dans les sciences de la vie. Ce programme vise en particulier à créer un forum intellectuel dont l'objectif est d'inciter les Etats à harmoniser leur cadre normatif en la matière. Trois déclarations non contraignantes ont été adoptées à ce jour sous l'impulsion du programme de bioéthique : la Déclaration sur le génome humain et les droits de l'homme (1997), la Déclaration internationale sur les données génétiques humaines (2003) et la Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme (2005). Ces trois déclarations exhortent les Etats membres à garantir la confidentialité des données de santé, en particulier les données génétiques, et de protéger la vie privée des individus auxquels elles appartiennent.

II. Conseil de l'Europe

A. Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

296 Les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)[476] déploient pleinement leurs effets en Suisse et peuvent être invoqués par un justiciable dans le cadre d'une procédure judiciaire interne.

297 Dans le cadre de sa jurisprudence, la CourEDH s'est principalement basée sur l'article 8 CEDH pour garantir la protection des données médicales. Cette disposition consacre en effet le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale. A certaines conditions, ce droit peut toutefois subir des ingérences de l'Etat. Celles-ci sont admissibles si elle sont prévues par une loi et qu'elle constituent une mesure qui, « *dans une société démocratique, est*

475 Pour l'ensemble des points mentionnés : CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, Rapport du Rapporteur spécial sur le droit à la vie privée du 24 novembre 2016, A/HRC/31/64, § 9.

476 RS 0.101.

nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ». En pratique, l'article 8 CEDH est fréquemment mis en balance avec l'article 10 CEDH, qui protège la liberté d'expression, en garantissant notamment les droits à la liberté d'opinion et à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées.

298 La CourEDH s'est exprimée à plusieurs reprises sur des questions relatives à la protection de données de santé. A ma connaissance, elle a abordé pour la première fois cette thématique en 1997 dans l'affaire *Z c. Finlande*[477]. Dans cet arrêt, elle a souligné l'importance de protéger les données médicales dans une formule qu'elle ne cessera de répéter dans le futur : « *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. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général.* »[478] La jurisprudence rendue depuis par la CourEDH reconnaît de manière systématique l'existence d'une ingérence dans la vie privée lorsque des données à caractère médical sont divulguées, sans égard au contexte[479]. L'article 8 CEDH ne se contente toutefois pas de protéger les particuliers contre les ingérences de l'Etat, mais impose également à l'Etat des obligations positives de prendre des mesures en vue de protéger la vie privée des particuliers[480]. Ces obligations positives de l'Etat peuvent également impliquer l'adoption de mesures conçues pour protéger la vie privée dans les relations entre individus[481].

B. Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine

299 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[482],

477 Arrêt de la CourEDH *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, requête n° 22009/93.

478 Arrêt de la CourEDH *Z. c. Finlande* du 25 février 1997, requête n° 22009/93, § 95. Formule répétée par exemple dans l'arrêt de la CourEDH du 10 octobre 2006 *L.L c. France*, n° 7508/02, § 44.

479 Voir par exemple : arrêt de la CourEDH du 27 août 1997 *M.S. c. Suède*, n° 20837/92 ; arrêt de la CourEDH du 29 avril 2014 *L.H. c. Lettonie*, n° 52019/07. Pour une revue de la jurisprudence de la CourEDH rendue en matière de protection des données médicales : GAMBARDELLA, Revue de droit sanitaire et social 2016, p. 272-278.

480 Arrêt de la CourEDH du 17 juillet 2008 *I c. Finlande*, § 36 ; BURGAT, *Télémédecine*, N 734.

481 Arrêt de la CourEDH du 17 juillet 2008 *I c. Finlande*, § 36.

482 STE n° 164 ; RS 0.810.2.

abrégée « *Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine* » ou parfois « *Convention d'Oviedo* » est entrée en vigueur pour la Suisse le 1er novembre 2008. Cet instrument est né de la volonté d'encadrer l'évolution des sciences en matière de médecine et de biologie, en raison des risques que ces développements pouvaient engendrer[483].

300 Dans l'optique de favoriser la possibilité d'un consensus large, la Convention d'Oviedo se borne à consacrer les droits fondamentaux les plus importants en matière de biomédecine. Parmi ceux-ci figure le droit au respect de la vie privée et à l'information, qui fait l'objet d'un chapitre spécifique dans la convention (art. 10 de la Convention sur les Droits de l'homme et la biomédecine ; chapitre III). Il s'agit d'une réaffirmation, dans le domaine de la biomédecine, du principe de respect de la vie privée déjà consacré par les articles 8 CEDH et 17 Pacte ONU II[484]. Les Etats signataires s'engagent ainsi à reconnaître à toute personne le droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé. Ils s'engagent également à reconnaître à chacun le droit de connaître les informations recueillies sur sa santé, mais également le droit à ne pas être informé, autrement appelé le « *droit de ne pas savoir* ».

301 Les Etats signataires sont toutefois en droit d'apporter des restrictions aux droits garantis par l'article 10 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine. Les Etats signataires peuvent prévoir, à titre exceptionnel et dans l'intérêt du patient, des restrictions à l'exercice des droits à connaître les informations sur sa santé ou au droit de ne pas être informé (art. 10 § 3 en lien avec l'art. 10 § 2). De telles restrictions doivent être prévues par une loi nationale. En pratique, un Etat signataire pourrait par exemple prévoir, par le biais d'une loi, une exception au devoir d'information du médecin en cas de pronostic fatal dont la communication immédiate au patient pourrait causer un aggravement sévère de sa santé[485]. Le droit national pourrait inversement prévoir une obligation d'information du médecin alors même que le patient fait usage de son « *droit de ne pas savoir* », par exemple lorsque selon toutes les circonstances, un intérêt à la communication prévaut[486]. Selon le rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, tel pourrait être le cas lorsqu'un médecin prend connaissance de la prédisposition d'un patient à une maladie génétique et que la communica-

483 CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, p. 2.

484 Message Convention biomédecine, FF 2002 271, 303.

485 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, § 69.

486 Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, 4 avril 1997, § 70.

tion de cette information constitue le seul moyen pour le patient d'entreprendre des mesures préventives qui lui permettraient de se prémunir contre cette maladie[487].

302 Par ailleurs, le droit à la vie privée s'agissant des informations relatives à la santé, dans son acceptation large au sens de l'article 10 § 1, peut faire l'objet de restrictions dans le respect des conditions posées par l'article 26 de la Convention d'Oviedo. Selon le premier paragraphe de cette disposition, les Etats peuvent restreindre l'exercice des droits consacrés par la convention à certaines conditions. Enoncé sous une forme négative, cet article expose que « *l'exercice des droits et les dispositions de protection contenus dans la présente Convention ne peuvent faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ».

303 Les intérêts susceptibles de justifier une restriction du droit à la vie privée s'agissant des informations relatives à la santé sont ainsi de deux ordres : la protection des intérêts collectifs – à savoir la sûreté publique, la prévention des infractions pénales et la protection de la santé publique – et l'atteinte à des intérêts individuels de tiers, dans leurs droits et libertés. Quant aux autres exigences posées par l'article 26 de la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine pour justifier une restriction, à savoir que l'atteinte doit être prévue par la loi et constituer une mesure nécessaire dans une société démocratique, elles sont directement tirées de la CEDH[488]. Ces notions peuvent donc être interprétées à la lumière de la jurisprudence développée par la CourEDH sur ces points.

304 Dans la mesure où l'article 10 al. 1 et 2 Convention d'Oviedo constitue l'une des normes qui constitue le noyau dur de la convention, celui-ci est directement applicable et peut constituer le fondement d'une décision concrète[489].

C. Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel

305 La Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ci-après : « Convention STE n° 108 »)[490], entrée en vigueur pour la Suisse le 1er février 1998, est le premier

487 *Ibid.*

488 Ex.: art. 8 § 2 CEDH.

489 Message Convention biomédecine, FF 2002 271, 285.

490 STE n° 108 ; RS 0.235.1.

traité international imposant aux Etats signataires le respect de principes substantiels de la protection des données et déployant des effets contraignants[491]. La Convention STE n° 108 est en particulier née du besoin d'assurer à l'échelle internationale un niveau de protection adéquat en matière de protection des données, alors que les nouveaux moyens de communication émergeant à l'époque de l'adoption de cette convention laissaient à juste titre entrevoir des possibilités de traitement de données à grande échelle, sans limite de frontière. L'assurance d'un niveau de protection des données élevé ne pouvait donc faire l'économie d'une coopération internationale tendant à une harmonisation des solutions nationales[492]. La Convention STE n° 108 a par conséquent pour but principal d'assurer à toute personne physique le respect de son droit à la vie privée face au traitement de ses données par traitement automatisé, sans toutefois nuire à la liberté d'information et sans dresser des barrières protectionnistes contre les échanges transfrontières[493].

306 Le chapitre II de cette convention, intitulé « *Principes de base pour la protection des données* » consacre en particulier les principes de qualité des données (art. 5), de sécurité des données (art. 7), d'accès aux données (art. 8 let. a et b) ou de droit de rectification (art. 8 let. c).

307 La Convention STE n° 108 n'est pas directement applicable et les individus ne peuvent pas en déduire des droits qu'ils pourraient faire valoir en justice[494]. Il revient donc à chaque Etat signataire de transposer les principes qui y sont consacrés dans son droit interne.

308 La Convention STE n° 108 a été complétée par le Protocole additionnel à la Convention 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[495] du 8 novembre 2001, qui est entré en vigueur pour la Suisse le 1er avril 2007.

309 Les évolutions technologiques et l'augmentation des flux d'informations transfrontières ont ensuite conduit le Conseil de l'Europe à entreprendre des travaux de révision de la Convention STE n° 108. Ces travaux ont abouti à l'adoption du Protocole du Conseil de l'Europe du 10 octobre 2018 portant amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (« *protocole d'amendement* »). Dans les grandes lignes, le protocole d'amendement enjoint les

491 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 125.

492 Message Convention traitement automatisé, FF 1997 I 701, 703.

493 *Idem*, 705.

494 *Ibid.*

495 RS 0.235.1.

Etats parties à imposer des obligations étendues aux responsables de traitements de données (ex. : devoir d'informer, analyses d'impact), à renforcer les droits des personnes concernées (ex. : droits d'accès), à octroyer des pouvoirs étendus aux autorités de contrôle, ou encore à renforcer le régime des sanctions pénales.

Le protocole d'amendement a été adopté par l'Assemblée fédérale le 19 juin 2020. 310

D. Recommandations et résolutions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe

Les institutions du Conseil de l'Europe ont adopté de nombreuses recommandations et résolutions qui traitent directement ou indirectement de la protection des données, et plus particulièrement des données relatives à la santé. Ces recommandations ne sont pas directement applicables, mais elles constituent souvent des sources d'inspiration importante pour le législateur suisse[496]. Quelques-unes des recommandations et résolutions les plus pertinentes pour la présente étude sont brièvement présentées ici, sans prétendre à l'exhaustivité. 311

La Recommandation du Conseil des Ministres Rec (2019) 2 du 27 mars 2019 en matière de protection des données relatives à la santé vise notamment à encourager l'adoption d'un cadre juridique mieux adapté au phénomème de dématérialisation des données de santé. Elle a remplacé la Recommandation du Comité des Ministres Rec (97) 5 du 13 février 1997 qui s'appliquait quant à elle au cadre plus étroit de la protection des données « médicales ». 312

Le 26 octobre 2016, le Comité des Ministres a par ailleurs adopté la Recommandation Rec (2016) 8 du 26 octobre 2016 sur le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé à des fins d'assurance, y compris les données résultant de tests génétiques. Ce texte rappelle la nécessité de prendre en compte « *l'évolution dans le domaine de la génétique, en particulier les perspectives d'obtenir de plus en plus facilement des données sur les caractéristiques génétiques des personnes, dont l'analyse peut être particulièrement complexe* » et souligne la nécessité « *de fournir un cadre normatif ou conventionnel pour le traitement à des fins d'assurance de données à caractère personnel relatives à la santé, en particulier les données prédictives, de nature génétique ou non, et de promouvoir l'assurabilité des personnes présentant un risque de santé aggravé* ». 313

En matière de secret professionnel, et plus particulièrement du point de vue de l'harmonisation des règles qui le fondent dans les différents Etats, la 314

496 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 26.

Recommandation de la Commission permanente agissant au nom de l'Assemblée parlementaire R 1012 (1985) du 4 juillet 1985 présente un intérêt particulier. A l'appui de sa requête, elle invoquait l'article 8 CEDH en précisant que le secret professionnel était un élément essentiel du droit au respect de la vie privée, qui pouvait être mis en péril par l'apparition de certains faits nouveaux comme l'apparition des banques de données et le développement de la bureaucratie. Elle invitait donc le Comité des Ministres à fixer une recommandation aux termes de laquelle « *Toute personne ayant, en raison de son statut ou de ses fonctions, de sa profession ou de ses compétences, connaissance d'un renseignement dont la partie intéressée souhaite, expressément ou implicitement, qu'il soit gardé secret est visée par l'obligation du secret professionnel. – Les exceptions à cette obligation doivent être prévues dans la loi ou ordonnées par un tribunal régulier, et doivent être en accord avec l'article 8.2 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales.* »[497] Le Comité des Ministres n'a toutefois pas émis de recommandation spécifique suite à cette requête, probablement en raison de la disparité des législations nationales en la matière[498].

315 D'autres recommandations en lien avec la protection des données ont notamment été rendues dans le domaine de la recherche[499] ou des nouvelles technologies de l'information (en particulier les nouvelles méthodes de profilage)[500].

497 § 8.

498 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 28.

499 Notamment : Recommandation du Comité des Ministres Rec (2016) 6 du 11 mai 2016 sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine ; Recommandation du Comité des Ministres Rec (2006) 4 du 14 mars 2006 sur la recherche utilisant du matériel biologique d'origine humaine ; Recommandation du Comité des Ministres Rec (90) 3 du 6 février 1990 sur la recherche médicale sur l'être humain ; Recommandation du Comité des Ministres Rec (83) 10 du 23 septembre 1983 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de recherche scientifique et de statistiques.

500 Notamment : Recommandation du Comité des Ministres Rec (2020)1 du 8 avril 2020 sur les impacts des systèmes algorithmiques sur les droits de l'homme ; Recommandation du Comité des Ministres Rec (2018) 2 du 7 mars 2018 sur les rôles et les responsabilités des intermédiaires d'internet ; Recommandation du Comité des Ministres Rec (2015) 6 du 1er avril 2015 sur la libre circulation transfrontière des informations sur internet.

III. Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel

316 Bien que dépourvues de valeur contraignante, les lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel (lignes directrices de l'OCDE) jouent un rôle important pour l'harmonisation des législations des Etats membres de l'OCDE[501]. Adoptées en 1980 puis révisées en 2013, les lignes directrices de l'OCDE ont pour vocation de supprimer les entraves au commerce en conciliant les intérêts antagonistes que sont les flux transfrontières de données personnelles et le respect de la vie privée.

317 La partie deux de l'Annexe aux lignes directrices de l'OCDE énonce, depuis 1980 déjà, certains principes fondamentaux applicables au plan national, sous forme de standards minimaux : principe de limitation de la collecte (§ 7), principe de la qualité des données (§ 8-9), principe de la limitation de l'utilisation (§ 10), principe des garanties de sécurité (§ 11-12), principe de participation individuelle (§ 13) et principe de responsabilité (§ 14). La révision des lignes directrices intervenue en 2013 avait pour vocation d'adapter ces recommandations aux nouvelles réalités économiques et technologiques en matière de gestion des données personnelles, notamment l'augmentation significative des données traitées. Cette révision apporte un certain nombre de précisions aux lignes directrices originales et prévoient des obligations particulières à charge des responsables de traitement, notamment en matière d'annonce des failles de sécurité. Elles renforcent également les devoirs des entreprises en matière de gestion des données personnelles selon le principe d' « *accountability* ».

IV. Droit communautaire

318 Le droit de l'Union européenne a une importance non négligeable pour l'ordre juridique suisse. Une partie du droit communautaire doit en effet être mise en œuvre et appliquée en Suisse en vertu de l'acquis de Schengen notamment[502].

501 OFJ, Rapport explicatif du 21 décembre 2016 concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, p. 18.

502 En vertu de l'Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen ; RS 0.362.31.

Par ailleurs, l'important volume d'échanges transfrontières de données entre la Suisse et l'Union européenne oblige la Suisse à assurer les standards de protection minimaux fixés par l'Union européenne en matière de protection des données personnelles, notamment eu égard aux effets extraterritoriaux de la législation européenne[503].

319 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[504] garantit à son article 7 le respect de la vie privée et familiale. L'article 8 est consacré à la protection des données à caractère personnel, qui énonce notamment que les données à caractère personnel doivent être « *traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification* ». Le § 3 de cette même disposition soumet également le respect de ces règles à une autorité indépendante.

320 En 2016, l'Union européenne a adopté le Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (abrégé officiellement « règlement général sur la protection des données », lui-même abrégé « RGPD »)[505]. Ce dernier a remplacé la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données[506], qui constituait jusqu'alors l'instrument principal de protection des données personnelles au sein de l'Union européenne. Par ailleurs, la Directive 95/46/CE avait été complétée par la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale[507]. Cette décision-cadre a quant à elle été remplacée par la directive (UE) 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données[508].

503 EPINEY/KERN, *Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union*, p. 72 ss; ANCELLE/JACCARD, Revue de l'avocat 2014, p. 369.

504 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 26 octobre 2012, C 326/391.

505 JO 4 mai 2016, L 119/1 ; le règlement est entré en vigueur le 24 mai 2016, mais est devenu applicable à partir du 25 mai 2018.

506 JO 24 octobre 1995, L 281/31.

507 JO 30 décembre 2008, L 350/60.

508 JO 4 mai 2016, L 119/89.

Le RGPD offre une protection particulière aux données concernant la santé, définies comme « *les données à caractère personnel relatives à la santé physique ou mentale d'une personne physique, y compris la prestation de services de soins de santé, qui révèlent des informations sur l'état de santé de cette personne* »[509]. Elles sont considérées comme une catégorie particulière de données à caractère personnel, dont le traitement est par principe interdit sous réserve de l'existence d'une série de motifs exposés à l'article 9 ch. 2. Le règlement laisse par ailleurs les Etats membres libres d'imposer des limitations supplémentaires en vue des traitement de données concernant la santé[510]. Dans le cadre de la révision, le législateur a souhaité renforcer le droit à l'effacement, autrement appelé « *droit à l'oubli* »[511]. Celui-ci peut toutefois être réduit pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique[512]. 321

Contrairement à ce qui prévalait pour la directive 95/46/CE, le RGPD n'est pas considéré par l'Union européenne comme un développement de l'acquis de Schengen et la Suisse n'est donc pas tenue de le mettre en œuvre dans sa législation[513]. Tel n'est pas le cas de la directive (UE) 2016/680, dont le considérant 102 du préambule précise explicitement qu'elle constitue un développement des dispositions de l'acquis de Schengen pour la Suisse. 322

Que le RGPD ne soit pas considéré comme un développement de l'acquis de Schengen ne signifie pas pour autant que la Suisse peut l'ignorer, bien au contraire. En effet, le champ d'application territorial très large du RGPD est susceptible de s'étendre à l'activité de nombreuses entreprises en Suisse, en particulier si ces entreprises traitent des données relatives à des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne (*cf. infra* N 752 ss)[514]. Par ailleurs, la Suisse étant considérée comme un Etat tiers dans les domaines qui 323

509 Art. 4 ch. 15 RGPD.

510 Art. 9 ch. 4 RGPD.

511 Art. 17 RGPD.

512 Art. 17 ch. 2 let. c RGPD.

513 EPINEY/KERN, *Zu den Neuerungen im Datenschutzrecht der Europäischen Union*, p. 73 ; OFJ, Rapport explicatif du 21 décembre 2016 concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, p. 15.

514 *Cf.* art. 3 RGPD. Le champ d'application territorial du règlement s'étend notamment au traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement, d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union européenne, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union européenne. Il s'applique également aux traitements de données relatives à des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union européenne, lorsque les activités de traitement sont liées à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union européenne ou au suivi du comportement de ces personnes si le comportement a lieu au sein de l'Union européenne.

ne relèvent pas de la coopération instaurée par Schengen, l'échange de données entre un Etat membre de l'Union européenne et la Suisse n'est autorisé par la réglementation européenne que si la Commission européenne a constaté, par voie de décision, que la Suisse assure un niveau de protection adéquat ou que des garanties appropriées sont prévues par le responsable du traitement[515]. La Suisse bénéficie actuellement du niveau d'adéquation, jusqu'alors examiné à la lumière de l'ancienne directive 95/46/CE. A l'avenir, elle devra faire preuve d'un niveau d'adéquation examiné à la lumière du RGPD.

515 Art. 45 et 46 RGPD ; Rapport explicatif du 21 décembre 2016 concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, p. 15.

Chapitre 2 : Constitution fédérale

La protection du secret médical est principalement ancrée dans la Constitution fédérale par le biais de l'article 13 Cst. consacré à la « *Protection de la sphère privée* ». Le premier alinéa protège le droit fondamental à la vie privée et s'énonce dans une formulation très proche de l'article 8 CEDH : « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.* » L'article 13 al. 2 Cst. vise quant à lui le droit à la protection des données personnelles, présenté par la Constitution fédérale comme un aspect et une extension du droit à la vie privée : « *Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent* ». 324

Bien que l'article 13 al. 2 Cst. ne le mentionne pas expressément, il consacre le *droit fondamental à l'autodétermination informationnelle*. Ce droit avait été progressivement reconnu par le Tribunal fédéral depuis la fin des années 1980 sur la base du droit à la liberté personnelle et de l'article 4aCst.[516]. Le Conseil fédéral et la doctrine s'accordent à affirmer que la formulation de l'article 13 al. 2 Cst. est trop restrictive. La disposition ne protège pas uniquement l'individu contre l'emploi *abusif* de ses données personnelles, mais contre tout emploi de données personnelles contraire à sa détermination personnelle[517]. Dans le même sens, le Tribunal fédéral a d'abord jugé que l'article 13 al. 2 Cst. devait permettre à chaque personne de pouvoir déterminer elle-même si et dans quels buts des informations à son sujet pouvaient être traitées[518]. Il a ensuite précisé que le droit à l'autodétermination informationnelle se déduisait également de l'article 8 § 1 CEDH et qu'il garantissait 325

516 Voir en particulier les arrêt suivants : ATF 113 Ia 1 ; ATF 113 Ia 257 ; ATF 120 II 118 (première mention expresse du droit à l'autodétermination informationnelle) ; ATF 124 I 176. Pour une présentation détaillée de la reconnaissance jurisprudentielle du droit à l'autodétermination informationnelle par le Tribunal fédéral, *cf.* FLÜCKIGER, AJP/PJA 2013, p. 849 ss.

517 Rapport du Conseil fédéral du 9 décembre 2011 sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, FF 2012 255, p. 270-271 ; FLÜCKIGER, AJP/PJA 2013, p. 847 ss et réf. citées ; MEIER, *Protection des données*, N 17.

518 ATF 129 I 232 c. 4.3.1 ; arrêt du TF 2P.165/2004 du 31 mars 2005 c. 7.1 ; arrêt du TF 1D_17/2007 du 2 juillet 2008 c. 4.1.

« *que l'individu demeure en principe maître des données le concernant, indépendamment du degré de sensibilité effectif des informations en cause* »[519].

326 Toute une série de droits spécifiques découlent du droit à l'autodétermination informationnelle. Selon FLÜCKIGER, les droits suivants concrétisent le droit à l'autodétermination informationnelle : « *le droit de connaître l'existence de données personnelles, de les consulter, de faire rectifier des données inexactes ou de faire radier ses propres données, le droit de spécifier le but de l'utilisation des données récoltées, le droit de s'opposer à leur traitement, le droit à la transparence de la collecte (caractère reconnaissable de celle-ci et devoir d'information), le droit ne pas exporter ses données vers des pays moins protecteurs, le droit à la sécurité des données (protection en cas d'atteinte à l'intégrité des données suite à un traitement illicite ou contraire à sa volonté ainsi qu'en cas de brèche de sécurité [vol ou perte des données], comprenant en plus le droit d'être avisé en pareil cas), le droit à l'anonymat, en particulier celui d'aller et venir anonymement, le droit à l'oubli, le droit d'exiger un cadre et des moyens techniques permettant à chacun d'exercer effectivement des choix éclairés* (…) »[520].

327 L'art. 13 al. 2 Cst. n'opère pas de distinction quant à la nature des données personnelles concernées[521]. Les données relatives à la santé, traditionnellement considérées comme sensibles, sont naturellement protégées par le droit à l'autodétermination informationnelle. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs eu l'occasion de rappeler que les documents médicaux, en particulier les dossiers médicaux, contenaient régulièrement des informations sensibles hautement personnelles relevant de la sphère intime et privée du patient qui sont particulièrement protégées par l'article 13 Cst[522].

328 Le droit à l'autodétermination informationnelle peut faire l'objet de restrictions aux conditions classiques posées par l'article 36 Cst.[523], c'est-à-dire en reposant sur une base légale, un intérêt public et en respectant le principe de proportionnalité. L'atteinte ne doit pas non plus violer l'essence même du droit. L'atteinte peut aussi être justifiée par le consentement du titulaire du droit, c'est-à-dire par un renoncement libre et éclairé à la protection du droit, donné au cas par cas[524]. Dans les faits, les atteintes au droit à l'autodétermi-

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

520 FLÜCKIGER, AJP/PJA 2013, p. 852.

521 BELSER, in BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 6 N 91.

522 ATF 141 IV 77 c. 5.2, JdT 2016 IV 6. Voir également : DFPJ, Rapport d'expertise du 30 juin 2010, *Archivierung von Patientendokumentationen*, 2010.9, p. 87 ss.

523 DFPJ, Rapport d'expertise du 30 juin 2010, *Archivierung von Patientendokumentationen*, 2010.9, p. 87 ss.

524 GLASER, *Avis de droit*, p. 5

nation informationnelle sont courantes. Sous couvert d'un contrôle, elles sont en effet nécessaires pour garantir le bon fonctionnement de la société.

L'article 13 al. 2 Cst. impose des obligations directes à l'égard des collectivités publiques, en particulier à l'égard du législateur. De manière indirecte, il peut toutefois aussi déployer des effets horizontaux entre particuliers par le biais de l'article 35 al. 1 et 3 Cst. Cette dernière disposition impose au législateur d'assurer que la protection des données personnelles soit non seulement garantie vis-à-vis de l'Etat, mais également des particuliers[525]. A l'échelon fédéral, le droit à l'autodétermination informationnelle entre personnes privées a principalement été concrétisé par la LPD, mais également par les dispositions relatives à la protection de la personnalité au sens des articles 27 ss CC[526]. 329

Le secret médical fait également intervenir dans une plus large mesure l'article 13 al. 1 Cst. qui protège le droit à la vie privée et familiale. Le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) joue quant à lui encore un rôle pour le secret médical, malgré l'entrée en vigueur de l'article 13 Cst. depuis 1999. Sur la base de cette disposition, le patient est en effet en droit de se faire communiquer toutes les informations relatives à son état de santé sans que le médecin puisse lui opposer son refus[527]. D'autres dispositions constitutionnelles ont vocation, au moins de manière accessoire, à protéger les données relatives à la santé des individus. Tel est notamment le cas de l'article 118b Cst. relatif à la recherche sur l'être humain[528], de l'article 119 Cst. relatif à la procréation médicalement assistée et au génie génétique dans le domaine humain[529] ou encore de l'article 119*a* Cst. relatif à la médecine de la transplantation[530]. A l'inverse, l'exercice de certains droits fondamentaux est susceptible d'entrer en contradiction avec le secret médical et de limiter la portée de celui-ci. On mentionnera en particulier les libertés d'opinion et d'information (art. 16 Cst.) ou la liberté des médias (art. 17 Cst.). 330

525 *Ibid.*

526 BELSER, in BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 6 N 94.

527 BIAYI, Jusletter 15 février 2016, N 37.

528 Principalement concrétisé par la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, RS 810.30.

529 Concrétisé par la loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, RS 810.11.

530 Concrétisé par la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, RS 810.21.

Chapitre 3 : Secret professionnel (art. 321 CP)

I. Genèse de l'article 321 CP

Avant d'examiner les éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret professionnel (art. 321 CP), il est utile de se pencher sur les débats qui ont conduit à l'adoption de cette disposition et de sa formulation actuelle. Ces informations seront particulièrement éclairantes pour l'interprétation de cette disposition. 331

A. Avant-projet de code pénal

La première proposition de codification fédérale du secret professionnel a été formulée dans l'avant-projet du code pénal suisse de 1894. Cet avant-projet, rédigé par Carl STOOSS, proposait un article 88 relatif à la violation du secret professionnel selon lequel : « *Celui qui aura violé le secret professionnel sera puni de l'amende jusqu'à 10,000 francs ou de l'emprisonnement. Les deux peines pourront être cumulées* »[531]. La disposition était placée dans le chapitre consacré aux délits contre la paix. Dans les motifs à l'appui de cet avant-projet, STOOSS expliquait que cette disposition s'adressait au premier plan aux médecins, sages-femmes, avocats et notaires. Toutefois, cette obligation de garder le secret devait aussi s'appliquer aux personnes qui recevaient, dans le cadre de leur profession, une communication dont elles ne devaient faire usage que dans les limites exigées par les nécessités professionnelles[532]. STOOSS avait ainsi renoncé à énumérer expressément les professions soumises à l'obligation de garder le secret professionnel. Il précisait encore qu'« *il n'est pas nécessaire que le secret ait été imposé en termes exprès ; le devoir du silence résulte de la nature de la confidence et des circonstances dans lesquelles elle a été reçue* »[533]. 332

L'avant-projet de code pénal de 1894 a été examiné par une première commission d'experts mise sur pied par le Département fédéral de la justice. Après délibérations, celle-ci a publié une nouvelle version de l'avant-projet 333

531 STOOSS, Avant-projet de Code pénal suisse et motifs à l'appui de l'avant-projet, Berne 1894, p. 57.

532 *Idem*, p. 293.

533 *Ibid*.

de code pénal en 1896 qui modifiait l'article consacré à la violation du secret professionnel. Selon le nouvel article 94, placé dans le chapitre dédié aux délits contre la paix et la sécurité des personnes, « *celui qui aura révélé indûment à autrui une chose que sa profession l'obligeait à tenir secrète sera, sur la plainte de la partie lésée, puni de l'amende jusqu'à 10,000 francs ou de l'emprisonnement. Les deux peines pourront être cumulées* »[534]. Dans un rapport de 1901 sur l'avant-projet de code pénal, STOOSS a précisé que la disposition était appelée à s'appliquer aux ecclésiastiques, médecins, notaires, mais pas aux tailleurs ou coiffeurs[535].

334 En 1901, le Département fédéral de justice et police a institué une commission d'experts restreinte en la chargeant notamment de réviser et d'unifier le texte de l'avant-projet de 1896[536]. Une nouvelle édition de l'avant-projet a été publiée en 1903, dans laquelle le texte de l'article 94 de l'avant-projet de 1894 n'a pas été modifié. Cette disposition a cependant été placée au chapitre des infractions contre la sécurité juridique personnelle (dorénavant art. 108). L'avant-projet de 1903 a été soumis à l'appréciation des spécialistes et du public en général.

335 A la suite de la procédure de consultation de l'avant-projet de 1903, une nouvelle version de l'avant-projet de code pénal a été publiée en 1908, selon une nouvelle rédaction de la commission d'experts. La violation du secret professionnel était dorénavant réglée à l'article 192, au chapitre des délits professionnels, et s'énonçait ainsi : « *Tout ecclésiastique, avocat, défenseur, notaire, médecin, pharmacien, ou tout auxiliaire de ces personnes, et toute sage-femme qui, sans le consentement de l'intéressé, aura révélé un secret qui leur avait été confié à raison de leur profession, ou qu'ils avaient connu dans l'exercice de leur profession, seront, sur plainte, punis de l'amende ou de l'emprisonnement. Les deux peines pourront être cumulées.* »[537] A l'inverse des avant-projets de 1894, 1896 et 1903, l'infraction relative au secret professionnel s'adressait à une liste de professions spécifiques. Par ailleurs, la commission d'experts a choisi de faire figurer le consentement de l'intéressé comme motif justificatif de la révélation.

534 Avant-projet de Code pénal suisse modifié d'après les décisions de la commission d'experts, Berne 1896, p. 79.

535 STOOSS C., Bericht über den Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission. Zweiter Teil, Berne 1901, p. 19.

536 Avant-projet de Code pénal suisse et loi fédérale concernant l'application du Code pénal suisse d'après les décisions de la Commission d'experts chargée par le Département fédéral de Justice de la révision de l'Avant-projet de 1896, Berne 1903, p. V.

537 Avant-projet de Code pénal suisse, Nouvelle rédaction de la Commission d'experts, Berne 1908.

En 1911, le Département fédéral de justice et police a soumis la version de l'avant-projet de 1908 à une deuxième commission d'experts, qui a siégé entre 1912 et 1916. Les débats de cette commission sont particulièrement intéressants pour l'interprétation de l'article 321 CP. Les experts ont notamment débattu de la manière de désigner le cercle des professionnels soumis au secret professionnel. Ils ont établi qu'il était possible de déterminer ce cercle selon trois méthodes différentes[538] : 336

1. Par recours à une expression générale du type : « *Quiconque est, par profession, dépositaire d'un secret* ».
2. Par la mention de certaines catégories de personnes, à titre d'exemple seulement, combinée à une clause générale, du type : « *Les médecins, pharmaciens et toutes autres personnes qui sont, par profession, dépositaires de secrets* ».
3. Par une énumération limitative de professions, soit par une énumération de catégories (« *Quiconque est patenté ou autorisé à exercer l'art de guérir, l'obstétrique, la pharmacie, la représentation et documentation juridique* »), soit par une énumération de professions.

Comme l'a constaté l'expert GAUTIER, la méthode par énumération des professions était celle adoptée dans l'avant-projet, à la nuance près que la version de travail soumettait également au secret professionnel les auxiliaires des professions visées. Selon lui, l'ajout des auxiliaires était problématique en raison des difficultés à définir leur cercle : « *on risque d'y comprendre de simples petits comparses sur lesquels ne doit reposer aucune responsabilité spéciale, le petit clerc d'avocat, le saute-ruisseau du notaire, l'apprenti pharmacien, etc.* »[539]. Ce point de vue sur les auxiliaires était également partagé par l'expert DESCHENAUX qui estimait que la responsabilité du secret ne devait reposer, en dehors du chef, que sur les épaules du personnel supérieur. Celui-ci proposait qu'on remplace la notion d'auxiliaire par « *assistants ou employés supérieurs* », dans la mesure où il fallait assimiler « *l'assistant* » à un auxiliaire principal[540]. Quant aux autres employés, ce « *menu fretin* » selon DESCHENAUX, leurs actes devaient être assumés par leur employeur[541]. GAUTIER regrettait par ailleurs l'absence des directeurs d'hôpitaux et d'asiles d'aliénés dans la liste des professions soumises au secret professionnel[542]. Au final, la deuxième

538 Code pénal suisse, procès-verbal de la deuxième commission d'experts, vol. IV, Octobre-novembre 1913, Lucerne 1915, p. 364-365.

539 *Idem*, p. 365.

540 *Idem*, p. 372.

541 *Ibid*.

542 *Idem*, p. 365.

commission d'experts a préféré maintenir la notion d'auxiliaire. De manière similaire à l'avant-projet de 1908, il a été décidé de viser les auxiliaires de toutes les professions mentionnées, à l'exception de ceux des sages-femmes.

337 La question des limites du secret professionnel, et plus précisément des limites de la révélation punissable, a été abordée pour la première fois en détail par la deuxième commission d'experts. Alors que la proposition d'article de la première commission d'experts prévoyait uniquement le consentement de l'intéressé comme condition à la révélation licite du secret, la deuxième commission d'experts s'est demandé s'il ne fallait pas également autoriser la révélation d'un secret en présence d'un intérêt privé ou public supérieur[543]. Les nombreuses propositions d'amendement de l'article 192 de l'avant-projet peuvent être résumées ainsi :

— Hafter a proposé de remplacer le consentement de l'intéressé par l'intérêt à la sauvegarde d'un intérêt public ou d'un intérêt privé légitime[544].
— Certains experts, à l'instar de Gautier, ont estimé que la sauvegarde d'un intérêt public ou d'un intérêt privé légitime constituait une formulation trop imprécise et qu'il fallait donc y renoncer[545].
— Müller soutenait qu'il fallait limiter la révélation du secret professionnel aux cas de grand danger et, de manière plus générale, limiter autant que possible les obligations des professionnels à témoigner[546].
— Burckhardt plaidait quant à lui pour la non-punissabilité d'une révélation d'un secret qui aurait été commise avec le consentement de la personne intéressée ou si un intérêt supérieur exigeait la révélation[547]. Il englobait en particulier dans l'intérêt supérieur les obligations légales de droit cantonal ou fédéral de révéler des informations, déjà existantes pour les médecins notamment. Pour Burckhardt, sa proposition imposait par ailleurs aux médecins de juger *in concreto* s'ils étaient en présence d'un intérêt supérieur fondant la révélation d'un secret.
— Huber était quant à lui d'avis que le motif justificatif spécial de la préservation d'un intérêt supérieur empiétait sur les compétences des cantons fondant ces derniers à déterminer dans quels cas les professionnels visés sont autorisés à révéler un secret. A l'inverse, la solution selon laquelle

543 Voir en particulier la proposition en ce sens de HAFTER et les suggestions de ZÜRCHER, *idem*, p. 363-364.

544 HAFTER, *idem*, p. 367-368.

545 GAUTIER, *idem*, p. 366-367.

546 MÜLLER, *idem*, p. 371.

547 BURCKHARDT, *idem*, p. 368-371.

seul le consentement de l'intéressé autoriserait la révélation du secret serait trop étroite puisqu'elle ôterait alors aux cantons la possibilité de prévoir dans leur législation des obligations de renseigner. Il proposait donc de réserver les exceptions légales de droit cantonal, et éventuellement de droit fédéral[548].

— Selon Delaquis, une limitation du secret médical pouvait se justifier pour des motifs d'intérêts publics, mais pas pour des motifs d'intérêts privés. La délimitation des intérêts privés était en effet trop floue et pouvait conduire à des révélations d'informations injustifiées[549].
— Thormann a relevé que du point de vue de la relation entre le secret professionnel protégé par le code pénal et les droits de procédure cantonaux, il fallait partir du principe que le code pénal se contentait de définir les cas dans lesquels l'Etat avait un intérêt à punir un comportement. Les cantons restaient libres de déterminer des cas de révélation non punissables, à l'instar de la législation du canton de Berne qui obligeait les médecins à annoncer la constatation d'un crime[550].
— Reichel était d'avis que le code pénal ne pouvait pas régler le secret en tant que tel, mais devait se limiter à punir la violation d'une obligation de garder un secret, pour autant qu'une telle obligation soit prévue par le droit cantonal[551]. Sur ce point particulier, Burckhardt soutenait un avis contraire selon lequel la Confédération était compétente pour légiférer en matière de droit pénal, c'est-à-dire également sur le fondement même du secret professionnel si un aspect pénal devait entrer en considération[552].

Au final, c'est la proposition de BURCKHARDT qui a été retenue par la deuxième commission d'experts, selon laquelle la révélation d'un secret n'était pas punissable si elle avait été commise avec le consentement de la personne intéressée ou si elle était exigée par un intérêt supérieur. La deuxième commission d'experts a par ailleurs décidé, à la fin des débats, de soumettre les étudiants en médecine au secret professionnel[553]. Les experts ont en effet considéré que ceux-ci pouvaient assister à des actes médicaux pratiqués sur des patients sans pour autant agir comme des auxiliaires. REICHEL s'est demandé 338

548 HUBER, *idem*, p. 371-372.

549 DELAQUIS, *idem*, p. 372-374.

550 THORMANN, *idem*, p. 374.

551 REICHEL, *idem*, p. 372.

552 BURCKHARDT, *idem*, p. 375.

553 Code pénal suisse, procès-verbal de la deuxième commission d'experts, vol. VIII, Octobre 1913, Lucerne 1918, p. 312 s.

si les étudiants en pharmacie devaient également être soumis à une obligation semblable. Il a été renoncé à les soumettre au secret professionnel pour la raison qu'ils n'étaient pas amenés à se rendre dans les cliniques et qu'ils agissaient comme auxiliaires dans les officines en l'absence de leur patron[554].

339 A ce stade déjà, on constate que le secret professionnel suscite de nombreuses divergences de points de vue parmi les experts, en particulier quant à la détermination du cercle des professions soumises au secret professionnel ainsi que sur la question des limites du secret. Il est par ailleurs intéressant de noter que les experts ont souvent mentionné, à titre de référence, la position des médecins de l'époque, qui prônaient une réglementation sévère en matière de secret médical, similaire à la conception absolue du secret en droit français[555].

340 Au terme des discussions, la deuxième commission d'experts a ainsi adopté un article 287 relatif à la violation du secret professionnel, finalement placé au chapitre des délits contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels. Cet article figurera finalement à l'article 285 du projet de code pénal, dans une version légèrement modifiée pour des questions rédactionnelles.

B. Projet de code pénal et débats parlementaires

341 Le projet de Code pénal ainsi que son message ont été soumis à l'Assemblée fédérale le 23 juillet 1918. Après un dernier examen de l'avant-projet de Code pénal par le Conseiller fédéral MULLER, l'article 285 du projet de code pénal relatif au secret professionnel a été proposé sous la forme suivante[556]:

> « *285. – Violation du secret professionnel.*
>
> 1. *Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, médecins, pharmaciens, les auxiliaires de ces personnes et les sages-femmes qui auront révélé un secret qui leur avait été confié à raison de leur profession, ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de leur profession, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.*
>
> *Seront punis de la même peine les étudiants en médecine qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.*
>
> *L'obligation de garder le secret subsiste alors même que le détenteur du secret a cessé d'exercer sa profession ou a terminé ses études.*

554 *Idem*, p. 312.

555 Code pénal suisse, procès-verbal de la deuxième commission d'experts, vol. IV, Octobre-novembre 1913, Lucerne 1915, p. 368-369.

556 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918, p. 196-197.

2. *La révélation n'est pas punissable, si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si elle était nécessaire pour sauvegarder un intérêt supérieur.* »

342 Le message à l'appui du code pénal contenait peu d'explications sur l'infraction de violation du secret professionnel. Il se contentait de mentionner que toute une série de personnes étaient astreintes au secret professionnel et expliquait qu'on devait « *réellement avoir vis-à-vis d'elles la même confiance que vis-à-vis de fonctionnaires, et on doit savoir que s'ils s'en montrent indignes ils sont punissables.* »[557]

343 Les premiers débats parlementaires relatifs à l'infraction pénale de violation du secret professionnel se sont tenus en 1929 devant le Conseil national[558]. A cette occasion, le député LOGOZ, rapporteur de la commission du Conseil national chargée d'examiner le projet de Code pénal, a entamé son rapport sur l'article 285 CP en affirmant que ce dernier apporterait « *de la clarté dans un domaine qui est encore trop obscur, à cause de l'insuffisance et de la diversité du droit actuel en Suisse* »[559]. Afin de rapporter au mieux les débats qui ont entouré l'adoption de l'article 321 CP, je propose de les synthétiser selon les différentes thématiques qu'ils abordent : le cercle des professions soumises au secret, le consentement de l'intéressé à la révélation du secret, l'autorisation de levée du secret et les exceptions légales au secret.

1. Cercle des professionnels soumis au secret

344 La détermination des professions soumises au secret professionnel au sens du projet d'article 285 CP a fait l'objet de nombreuses discussions au sein des deux Chambres fédérales. Le principal point de désaccord portait sur la question de savoir s'il fallait énoncer les professions soumises au secret professionnel selon une énumération limitative ou si celles-ci devaient faire l'objet d'une liste ouverte.

345 Le Conseil des Etats était fermement attaché à une formulation ouverte selon laquelle l'article 285 CP devait s'appliquer, outre les professions explicitement mentionnées, à « *toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, de secrets qu'on leur confie ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de leur profession* »[560]. La proposition du Conseil des Etats, qui était toutefois débattue en commission, devait permettre de soumettre au secret

557 *Idem*, p. 74.

558 BO (CN) 1929, p. 612 ss.

559 *Idem*, p. 614.

560 BO (CE) 1931, p. 671 s.

professionnel un cercle plus large de personnes à qui l'on devait pouvoir faire confiance en raison de la profession exercée, à l'image des employés de banque ou d'assurance[561]. Au cours des débats, le Conseil des Etats a proposé de maintenir une formulation ouverte en restreignant les professions visées à celles qui étaient « *astreintes par la loi au secret* »[562]. Cette formulation devait également permettre de soumettre *a posteriori* d'autres professions au secret professionnel par l'adoption de droit fédéral ou cantonal[563].

346 Selon LOGOZ, rapporteur de la Commission du Conseil national, le projet d'article 285 CP visait trois catégories de personnes : les ecclésiastiques, les personnes qui « *pratiquent l'art de guérir* » et les professionnels amenés à représenter les personnes en justice au sens large[564]. Le Conseil national soutenait fermement qu'à l'instar du projet, l'article 285 CP devait énumérer les professions de manière limitative. Cette solution, qui était suffisante, présentait le grand avantage de la précision et de la clarté[565]. Par ailleurs, elle permettait d'éviter des inégalités de traitement choquantes. En effet, la formulation proposée par le Conseil des Etats aurait autorisé les cantons à définir, par le biais de leur législation, des catégories de secrets tombant sous le coup de l'article 321 CP. Ainsi, sur la base du même code pénal, certains types de révélations auraient été punissables dans des cantons sans l'être dans d'autres cantons[566]. D'éventuelles sanctions pénales pour révélation indue de secrets non visés par l'article 321 CP devaient quant à elles, si cela s'avérait nécessaire, être réservées par des lois spéciales.

347 Malgré une longue résistance[567], le Conseil des Etats a fini par se ranger du côté du Conseil national et a accepté, en 1937, le principe d'une liste de professions limitative au détriment d'une clause générale sous forme de liste ouverte[568]. Cette concession était cependant conditionnée à l'intégration des contrôleurs de comptes et des experts comptables dans la liste des professions visées par l'article 321 CP, ces professions n'étant pas soumises à des sanctions pénales par le biais du code des obligations en cas de révélations indues d'informations confidentielles[569].

561 BAUMANN, BO (CE) 1931, p. 673.

562 BO (CE) 1935, p. 249.

563 WETTSTEIN, BO (CE) 1936, p. 367.

564 LOGOZ, BO (CN) 1929, p. 614.

565 LOGOZ, BO (CN) 1929, p. 614 ; LACHENAL, BO (CN) 1934, p. 414 ; LACHENAL, BO (CN) 1936, p. 1507.

566 LACHENAL, BO (CN) 1936, p. 1507.

567 BO (CE) 1935, p. 249 ss ; BO (CE) 1936, p. 183 ; BO (CE) 1936, p. 367.

568 BO (CE) 1937, p. 6.

569 WETTSTEIN, BO (CE) 1937, p. 6.

En ce qui concerne les professions visées par le secret professionnel, l'ajout des dentistes à la liste de l'article 285 CP n'a pas fait l'objet d'opposition particulière. La question de savoir s'il fallait également y ajouter les vétérinaires a été plus débattue. Opposé à un secret professionnel des vétérinaires, le Conseiller national LACHENAL s'est prononcé de manière approfondie sur la nature du secret professionnel. Selon lui, la violation du secret professionnel était un délit *sui generis*, visant à protéger « *l'atteinte à la pudeur intime, à la sphère morale, à la conscience même coupable de la personne qui a droit au secret* »[570]. A ce titre, « *la liaison avec un intérêt économique, pécuniaire, qui peut engager une responsabilité civile, ne supporte aucune assimilation possible avec le droit consacré qu'ont les clients, les paroissiens, ou les patients d'un médecin, d'un ecclésiastique ou d'un avocat, d'être protégés personnellement contre toute indiscrétion, cela très indépendamment des répercussions économiques ou pécuniaires qui peuvent en résulter* »[571]. Ainsi, le secret professionnel ne devait pas quitter le domaine de la conscience et la protection du secret professionnel devait être garantie pour éviter de rompre « *la confiance nécessaire de celui qui vient demander le secours moral à un ecclésiastique, le secours professionnel à un avocat, ou le secours médical à un médecin, auxquels il doit toute la vérité, même la plus difficile, la plus délicate, la plus honteuse* »[572]. Au final, il était moins question de savoir si les animaux devaient bénéficier d'un droit au secret[573] que d'appréhender les situations où on viserait à protéger les intérêts économiques de l'agriculteur, qui souhaiterait par exemple cacher au public l'existence d'une maladie ayant contaminé son bétail. Pour LACHENAL, le secret professionnel ne devait donc pas constituer un simple instrument de protection économique[574]. Les vétérinaires devaient par ailleurs être soumis au secret professionnel en qualité d'auxiliaires dans les cas où des médecins s'adresseraient à eux pour effectuer des travaux de recherche ou d'analyse, en particulier dans le contexte de maladies transmissibles entre les animaux et les hommes[575]. Il a ainsi été décidé de ne pas faire figurer les vétérinaires sur la liste des professions soumises au secret professionnel. 348

Les débats devant les Chambres ont peu porté sur la notion d'auxiliaire. Dans le projet d'article 285 CP, les auxiliaires des sages-femmes n'étaient pas soumis au secret professionnel. La Commission du Conseil des Etats a assez 349

570 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 529.

571 *Ibid*.

572 *Ibid*.

573 Sur ce point particulier, LACHENAL a jugé utile de préciser que face à une affaire de sadisme sur des animaux, le vétérinaire n'était pas tenu au secret.

574 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 529.

575 *Idem*, p. 554.

rapidement proposé de les soumettre au secret professionnel, comme les auxiliaires des autres professions[576]. Cette proposition n'a pas rencontré de résistance. Par ailleurs, le Conseiller national LACHENAL a proposé de remplacer dans la version allemande le terme « *Hilfsperson* » par celui de « *Gehilfe* ». Ce dernier, trop étroit, devait viser « *les personnes de service, le personnel salarié, au service du médecin, c'est-à-dire les domestiques, les infirmiers, etc.* »[577]. Le terme « *Hilfsperson* » devait toutefois être préféré dans la mesure où il avait un sens plus général.

350 La proposition d'élargir le champ d'application de la disposition à tous les étudiants et non aux seuls étudiants en médecine a été facilement adoptée. Cette modification du projet avait été proposée par le Conseil des Etats qui soutenait que tous les étudiants pouvaient avoir accès à des secrets dont la sauvegarde présentait des intérêts publics ou privés[578]. Au Conseil national, LACHENAL a toutefois précisé que d'un point de vue pratique, seuls les étudiants en médecine étaient susceptibles de prendre connaissance de secrets. Les étudiants en droit, par exemple, suivaient quant à eux uniquement des cours théoriques[579].

2. Consentement de l'intéressé à la révélation du secret

351 Le consentement de l'intéressé en tant que motif justificatif spécial de l'article 285, tel qu'il figurait dans le projet de Code pénal, a été remis en question devant le Conseil des Etats, en particulier par le député MARTIN. Ce dernier défendait une conception absolue du secret professionnel, comparable à celle qui était appliquée en France, et proposait dans un premier temps de supprimer purement et simplement le chiffre 2 du projet d'article 285 selon lequel « *la violation n'est pas punissable si elle est faite avec l'assentiment écrit de l'intéressé ou l'autorité supérieure* »[580]. MARTIN s'appuyait notamment sur les positions des associations professionnelles concernées, lesquelles soutenaient selon lui une conception rigide du secret professionnel. Il invoquait aussi la nature des professions telles que celles de médecin ou d'avocat, qui nécessitaient une grande liberté et dans l'exercice desquelles les praticiens ne devaient recevoir d'ordres de personne[581]. La proposition de MARTIN a été rejetée par le Conseil des Etats, la majorité estimant que l'intéressé devait

576 BO (CE) 1935, p. 523.

577 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 554.

578 BAUMANN, BO (CE) 1931, p. 673.

579 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 529.

580 MARTIN, BO (CE) 1935, p. 249 s.

581 *Ibid.*

conserver la possibilité de libérer le professionnel de son secret[582]. Dans un second temps, MARTIN, en sa qualité de représentant de la minorité de la Commission du Conseil des Etats, a proposé de maintenir le consentement de l'intéressé comme motif justificatif spécial à la révélation du secret à la condition que le consentement soit donné par écrit et qu'il constitue l'unique motif justificatif spécial à la révélation du secret, à l'exclusion de la levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance. Cette proposition a également été rejetée par le Conseil des Etats[583].

352 Le Conseil des Etats a aussi abordé la question de la forme du consentement donné par l'intéressé à la révélation du secret. Sa commission s'était dans un premier temps prononcée en faveur de la forme écrite, avant d'y renoncer[584]. Les membres du Conseil des Etats ont finalement voté contre l'exigence d'une forme particulière pour le consentement de l'intéressé. Lors des débats, WETTSTEIN, rapporteur de la majorité de la Commission, a précisé que d'un point de vue chronologique, le consentement devait intervenir avant la révélation pour être valablement donné[585].

3. Autorisation de levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance

353 Le projet d'article 285 CP mentionnait, de manière relativement générale, que la révélation n'était pas punissable si elle était nécessaire pour sauvegarder un intérêt supérieur. En 1935, la Commission du Conseil des Etats a jugé qu'il serait plus judicieux de remplacer la notion de « *sauvegarde d'un intérêt supérieur* », jugée alors comme un concept trop vague, par le consentement écrit de l'autorité supérieure[586].

354 Dans son concept, la levée du secret par le consentement de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance a fait l'objet de résistance, en particulier au Conseil des Etats. En sa qualité de rapporteur de la minorité de la Commission, MARTIN s'y est opposé, tout comme il l'avait fait au sujet de l'admission du consentement de la personne concernée. La minorité de la Commission, qui défendait une conception absolue du secret, estimait qu'en raison de la grande indépendance des professions visées, celles-ci devaient être exercées en pleine liberté. Aussi, selon la minorité, les autorités de surveillance, pour autant qu'elles existent, n'avaient pas à s'immiscer dans les

582 BO (CE) 1935, p. 250 s.

583 MARTIN, BO (CE) 1936, p. 253 s.

584 BO (CE) 1936, p. 183 ; BO (CE) 1036, p. 253 s.

585 WETTSTEIN, BO (CE) 1936, p. 253.

586 BO (CE) 1935, p. 249.

libertés dont jouissaient ces professions. Les autorités de surveillance devaient intervenir dans le domaine disciplinaire pour que les professions concernées soient exercées de manière convenable, mais en aucun cas pour intervenir sur des questions plus personnelles et délicates telles que la révélation de secrets[587]. La proposition de la minorité a été rejetée par le Conseil des Etats, ce dernier ayant privilégié une conception relative du secret professionnel et la nécessité pour ce dernier de céder le pas face à un intérêt supérieur de la communauté[588]. Du côté du Conseil national, la référence à l'autorité supérieure a d'abord fait l'objet d'un accueil réticent. LACHENAL, rapporteur de la Commission du Conseil national, estimait qu'on ne voyait pas du tout de quelle autorité supérieure il pouvait s'agir dans certains cas[589]. La formulation adoptée par le Conseil des Etats a finalement été reprise par le Conseil national, qui a jugé utile de préciser que la demande de levée du secret à l'autorité pouvait uniquement être accordée si elle était proposée par celui qui détenait le secret[590]. Ainsi, la révélation ne serait pas punissable si elle intervenait avec le consentement écrit donné par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance, sur proposition de celui qui détenait le secret. Le Conseiller fédéral BAUMANN estimait que cette précision était inutile dans la mesure où le « *consentement* » (en allemand « *Einwilligung* ») de l'autorité englobait déjà le fait que la requête de levée à l'autorité avait été demandée par le détenteur du secret[591]. Son avis n'a pas été suivi par le Conseil des Etats.

355 La détermination de l'autorité supérieure compétente pour lever le secret a elle aussi fait l'objet de précisions au cours des débats. WETTSTEIN, rapporteur de la Commission du Conseil des Etats qui avait proposé l'intégration de la levée du secret par l'autorité supérieure, expliquait que toutes les professions visées par le projet d'article 285 CP étaient soumises à une autorité supérieure (« *vorgesetzte Behörde* »). Par ailleurs, toutes ces professions connaissaient une autorité de surveillance (« *Aufsichtsbehörde* »), une telle autorité devant également être comprise comme une autorité supérieure[592]. A titre d'exemples, WETTSTEIN fait référence à la direction sanitaire pour les médecins ou à l'*Obergericht* pour les avocats dans le canton de Zurich[593].

356 A plusieurs reprises, WETTSTEIN, dans son rôle de rapporteur de la Commission du Conseil des Etats, a tenu à préciser que le consentement de l'auto-

587 MARTIN, BO (CE) 1936, p. 253 s.

588 BO (CE) 1936, p. 253 s.

589 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 526.

590 BO (CN) 1936, p. 1098.

591 BAUMANN, BO (CE) 1936, p. 368.

592 WETTSTEIN, BO (CE) 1936, p. 249.

593 *Idem*, p. 253.

rité supérieure ou de l'autorité de surveillance ne constituait pas une injonction qui forcerait le professionnel délié à parler. Le consentement de l'autorité signifie seulement que la communication d'informations couvertes par le secret devient non punissable. Le professionnel reste libre de communiquer ou non les informations en question[594].

4. Dérogations légales au secret

357 Le projet d'article 285 CP ne prévoyait aucune réserve explicite en faveur de dispositions fédérales et cantonales statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice. En 1936, alors que les débats relatifs à l'article 285 CP étaient relativement avancés, le Conseiller aux Etats KELLER a soulevé la question de la relation entre l'article 285 et les lois cantonales ou fédérales de procédure, ainsi qu'avec la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite[595]. KELLER a expliqué que l'obligation de garder le secret professionnel serait désormais fondée sur une norme de droit fédéral. Or, la question restait ouverte de savoir dans quelle mesure les droits de procédure cantonaux pouvaient fonder la levée du secret professionnel en vue d'un témoignage dans un procès civil ou pénal par exemple. Il proposait donc de créer un nouveau chiffre 3 selon lequel seraient réservées les prescriptions posées par la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite ainsi que les prescriptions des lois de procédure fédérales et cantonales[596]. Soulignant la grande complexité de cette problématique, le Conseil des Etats a renvoyé la question à sa Commission[597].

358 La Commission du Conseil des Etats a commandé un rapport sur cette question au Département de Justice et Police. Sur la base de ce rapport, la Commission a jugé que la question soulevée par KELLER était justifiée, que le seul recours aux méthodes d'interprétation n'était pas suffisant et qu'il était nécessaire d'apporter une clarification législative à cette question[598]. En effet, le rapport constatait qu'au début des travaux parlementaires, les dispositions de droit fédéral et de droit cantonal imposant un devoir d'annonce étaient réservées, à l'instar des dispositions cantonales imposant aux médecins d'annoncer les cas d'épidémies ou les circonstances entourant la commission d'un crime. Cela étant, les versions de travail successives de la disposition pénale réprimant la violation du secret professionnel ont peu à peu effacé l'idée qu'il fallait se référer aux autres lois pour déterminer l'étendue du

594 WETTSTEIN, BO (CE) 1935, p. 250 s., BO (CE) 1936, p. 253.

595 KELLER, BO (CE) 1936, p. 368 s.

596 *Ibid.*

597 BO (CE) 1936, p. 369 s.

598 WETTSTEIN, BO (CE) 1936, p. 457.

secret professionnel[599]. Ainsi, en l'absence d'une réserve spéciale en faveur du droit cantonal ou fédéral, il aurait fallu avoir systématiquement recours aux principes généraux de la « *lex posterior derogat priori* » et à celui de la primauté du droit fédéral, ce qui aurait été insatisfaisant en raison de l'insécurité juridique créée. Le Conseil des Etats a par conséquent jugé nécessaire de réserver explicitement, dans un nouveau chiffre 3, les dispositions de lois fédérales ou cantonales qui se rapportent à l'obligation de fournir des renseignements et à l'obligation de témoigner, ainsi que les dispositions de lois fédérales ou cantonales qui prévoient des exceptions au secret professionnel. WETTSTEIN a précisé que les réserves ne pouvaient pas porter sur les sanctions prévues en cas de violation du secret professionnel[600].

359 Au Conseil national, la proposition du Conseil des Etats a été accueillie positivement, même si la Commission du Conseil national a jugé que cette disposition n'était pas indispensable en droit. Comme l'explique LACHENAL, le projet d'article 285 CP aurait uniquement interdit la divulgation illicite d'informations couvertes par le secret professionnel. Or, selon lui, la divulgation cesse d'être illicite si elle est faite en vertu d'une disposition légale de droit fédéral ou cantonal[601]. Il a toutefois admis que la question pouvait être source d'incertitudes pour certaines catégories de personnes, justifiant l'adoption d'un chiffre 3 sous une formulation modifiée : « *Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale ou cantonale statuant une obligation de renseigner ou de déposer en qualité de témoin*. »[602]. Le chiffre 3 a été adopté sous cette forme, à l'exception des termes « *déposer en qualité de témoin* » finalement remplacés par l'expression « *témoigner en justice* ».

C. Adoption de l'article 321 CP et modifications subséquentes

360 Le vote final sur l'adoption du code pénal est intervenu le 21 décembre 1937. Après remaniement de l'ordre des chapitres du code pénal, la disposition du code pénal réprimant la révélation du secret professionnel a finalement été adoptée sous l'article 321 CP, dans le chapitre relatif aux infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels, avec la teneur suivante :

« *Art. 321 – Violation du secret professionnel*

1. *Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, méde-*

599 *Idem*, p. 458.

600 *Ibid*.

601 LACHENAL, BO (CN) 1936, p. 1507.

602 BO (CN) 1936, p. 1506 ss.

cins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.
Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études.
La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.

2. *La révélation ne sera pas punissable si elle a été 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'a autorisée par écrit.*
3. *Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.* »

Depuis l'adoption de l'article 321 CP en 1937, l'élargissement de la liste des professions soumises à l'article 321 CP a fait l'objet de plusieurs discussions parlementaires. 361

En 1978, un postulat déposé par la Conseillère nationale Doris MORF invitait le Conseil fédéral à étendre le champ d'application de l'article 321 ch. 1 CP aux « *professions nouvelles* » telles que celles d'éducateur social, de travailleur social, de conseiller d'orientation professionnelle, de conseiller en affaires conjugales, de psychologue ainsi que de « *spécialiste de la psychologie des profondeurs sans études médicales* »[603]. Le Conseil fédéral était par ailleurs invité à examiner les moyens susceptibles d'obliger les cantons à reconnaître un droit de refuser de témoigner pour les professionnels concernés. 362

Entre 1985 et 1987, la Société suisse de psychologie et de psychologie appliquée (SGP/SSP), l'Association suisse des psychothérapeutes (SPV/ASP) et l'Association suisse des assistants sociaux et des éducateurs diplômés a demandé à l'Assemblée fédérale d'intégrer leurs professions à la liste de l'article 321 CP[604]. 363

En 1998, à l'occasion de la révision totale de la partie générale et de certaines dispositions spéciales du code pénal, le Conseil fédéral a toutefois renoncé à proposer un élargissement de la liste des professions visées par l'article 364

603 Postulat MORF du 21 septembre 1977, n° 77.426, BO (CN) 1978, p. 15.

604 BO (CN) 1986, p. 1181 et Pétition du 4 juin 1987 adressée au Département fédéral de justice et police, *cf.* Message du Conseil fédéral concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II 1787, 1959

321 CP[605]. Il a jugé que l'adoption de la LPD, qui instituait un devoir de discrétion à l'ensemble des professionnels qui traitent des données sensibles, était suffisante. Cette question devait cependant être examinée à la lumière de l'uniformisation au niveau suisse des droits de procédure. De surcroît, le Conseil fédéral a estimé que l'intégration de certaines professions dans la liste de l'article 321 CP reviendrait à placer, par principe, l'intérêt de la sauvegarde du secret au-dessus de l'intérêt général de la recherche de la vérité. Une telle solution n'était pas fondée, en particulier pour des professions telles que celles d'assistants sociaux[606].

365 Le 22 juin 2000, la Conseillère nationale Pia HOLLENSTEIN a déposé une motion chargeant le Conseil fédéral de modifier l'article 321 CP afin que tous les professionnels de la santé soient astreints au secret professionnel[607]. Dans son argumentation, la parlementaire expliquait que les médecins n'étaient plus les seuls professionnels de la santé à accéder aux données personnelles sensibles des patients et que de nombreuses professions, à l'instar des physiothérapeutes et des diététiciens, étaient exercées en toute autonomie, sans supervision d'un médecin. Il convenait donc de soumettre les informations transmises à l'ensemble des soignants au secret professionnel. Le Conseil fédéral a jugé qu'un élargissement de la liste de l'article 321 CP ne se justifiait pas.

366 Dans son message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale[608], le Conseil fédéral a examiné la question de l'élargissement du droit de refuser de témoigner conformément à ce qui était réclamé dans la motion HOLLENSTEIN et a décidé de rejeter cette dernière. Il s'est notamment retranché derrière les travaux alors en cours sur la législation relative aux professions de la psychologie, durant lesquels il devait être décidé si ces professions devait être traitées de manière similaire aux autres professions visées par l'article 321 CP.

367 Quelques années plus tard, en 2011, le législateur fédéral a décidé de compléter les professions soumises au secret professionnel par les conseils en brevets[609]. Cette modification est intervenue suite à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les conseils en brevets[610].

605 FF 1999 II 1787, 1958-1960.

606 *Idem*, 1960.

607 Motion Pia HOLLENSTEIN 00.3344 « *Modification de l'article sur le secret professionnel* » du 22 juin 2000.

608 Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de procédure pénale, FF 2006 1057, 1182.

609 Modification de l'article 321 CP du 1er juillet 2011, suite à l'entrée en vigueur de la Loi fédérale du 20 mars 2009 sur les conseils en brevets (LCBr), RO 2011 2259.

610 RO 2011 2259.

En 2012, les « psychologues » ont été inscrits dans la liste des professions soumises à l'article 321 CP suite à l'adoption de la loi fédérale sur les professions de la psychologie[611]. Dans son message, le Conseil fédéral avait précisé que la formulation « psychologues » qu'il entendait faire inscrire à l'article 321 CP devait être comprise « *dans l'acceptation la plus large du terme : les praticiens des autres domaines de la psychologie, notamment les psychothérapeutes et les psychologues cliniciens, seront également tenus au secret professionnel* »[612]. 368

C'est également au cours des débats relatifs à la loi fédérale sur les professions de la psychologie qu'a été proposée l'idée d'inscrire les chiropraticiens dans la liste de l'article 321 ch. 1 CP, au motif que les chiropraticiens étaient visés par la LPMéd sans toutefois figurer dans la liste de l'article 321 CP[613]. Les chiropraticiens ont alors été inscrits dans la liste des professions soumises à l'article 321 CP en même temps que les psychologues, en 2012[614]. 369

A la fin de l'année 2012, le Conseiller aux Etats Luc RECORDON a dénoncé dans un postulat les incohérences du secret professionnel des soignants en Suisse et l'insécurité juridique qui en découlait, en particulier du point de vue de la disparité des réglementations cantonales[615]. Le Conseil fédéral a répondu qu'il avait conscience des disparités existantes et que l'adoption d'une future loi sur les professions de la santé du niveau des hautes écoles spécialisées permettrait de répondre au moins partiellement au postulat. Il a par ailleurs constaté que dans le cadre des travaux préparatoires du code de procédure pénale, le législateur n'avait pas souhaité modifier la répartition des compétences entre cantons et Confédération en matière d'annonce de mort suspecte. Il fallait donc y voir l'absence de volonté de changer la réglementation en la matière. 370

Ne partageant pas la pensée du Conseil fédéral, le Conseiller aux Etats RECORDON n'a pas manqué d'avoir recours à la métaphore pour dénoncer l'insécurité juridique en qualifiant la réglementation du secret professionnel des soignants de brouillard « *très obscur* »[616]. Il appelait donc de tous ses vœux à une unification des régimes applicables dans ce domaine. Le Conseiller fédéral BERSET a pour sa part estimé que le secret bénéficiait, malgré les disparités constatées, d'une unification déjà relativement avancée avec l'adoption de la loi fédérale sur les professions universitaires et la loi fédérale sur les 371

611 RO 2012 1929, 1942.

612 Message LPsy, FF 2009 6235, 6286.

613 BO (CE) 2010, p. 640.

614 RO 2012 1929, 1942.

615 Postulat Luc RECORDON 12.4140 « *Cohérence du secret professionnel des soignants* » du 12 décembre 2012.

616 RECORDON, BO (CE) 2013, p. 226.

professions de la psychologie, qui concernaient, à elles deux, un grand nombre de professions. De plus, la future loi fédérale sur les professions de la santé contribuerait à améliorer cette unification. Enfin, il a rappelé que l'Assemblée fédérale avait eu la possibilité d'unifier les pratiques en matière de droits et de devoirs d'annonce dans le cadre de l'élaboration du code de procédure pénale[617]. Au final, le Conseil des Etats n'a pas été sensible aux arguments du Conseiller fédéral et a voté en faveur du maintien du postulat RECORDON[618].

372 Le postulat RECORDON a été classé dans le cadre de l'adoption de la loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan). Le projet de loi prévoyait de soumettre au secret professionnel au sens de l'article 321 CP les professions visées par la future LPSan, à savoir les infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, sages-femmes, diététiciens, optométristes et ostéopathes[619]. Le projet proposait donc un renvoi à l'article 321 CP sans toutefois inscrire les professions concernées dans la liste de l'article 321 CP. En vertu de ce renvoi, les sages-femmes, qui entraient alors dans le champ d'application de la LPSan, auraient été évincées de la liste de l'article 321 CP.

373 Au cours des débats relatifs à l'adoption de la LPSan, le Conseiller aux Etats Didier BERBERAT a regretté le projet de suppression des sages-femmes de la liste de l'article 321 CP ainsi que, sur le plan formel, le renvoi opéré par le projet de LPSan à l'article 321 CP[620]. Il estimait important de mentionner dans l'article 321 CP, au moins sous une forme générale, que les professions de la santé au sens de la LPSan sont soumises au secret professionnel[621]. Adoptant la position de BERBERAT, la Commission du Conseil national a proposé de modifier l'article 321 CP en y mentionnant individuellement chacune des professions visées par la LPSan. C'est cette solution qui a finalement été adoptée.

374 Si les professions visées par la LPSan figurent désormais dans la liste de l'article 321 CP, au même titre que les médecins, dentistes ou autres pharmaciens, elles n'ont toutefois pas bénéficié, pour une raison qui ne ressort pas des débats, d'une égalité de traitement pour le droit de refuser de témoigner en matière pénale par exemple. Alors qu'une partie des professions visées par l'article 321 CP bénéficie d'un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel (art. 171 CPP), les professions de la santé au sens de la LPSan sont soumises à un droit de refuser fondé sur « d'autres devoirs de discrétion » (art. 173 CPP). Or, le droit de refuser fondé sur d'autres devoirs de discrétion est moins protecteur que celui fondé sur le secret professionnel (*cf. infra* N 1127 ss).

617 BO (CE) 2013, p. 226.

618 *Ibid.*

619 FF 2012 349.

620 BERBERAT, BO (CE) 2016, p. 47s.

621 *Idem*, p. 48.

L'article 321 ch. 3 CP qui réservait jusqu'alors les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice a été complété dans le cadre de la révision du code civil relative à la protection de l'enfant entrée en vigueur le 1er janvier 2019[622]. Pour prendre en compte l'extension du droit d'aviser des personnes soumises au secret professionnel lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, la modification intervenue réserve désormais aussi les dispositions statuant « *un droit d'aviser une autorité et de collaborer* » au sens du droit civil[623]. Les conséquences sur le secret professionnel de la révision du code civil en lien avec la protection de l'enfant feront l'objet de développements plus détaillés (*cf. infra* N 1070 ss). 375

D. Synthèse

La disposition actuelle du code pénal réprimant la violation du secret professionnel a fait l'objet de nombreuses modifications depuis la version proposée initialement par STOOSS dans son avant-projet (« *Celui qui aura violé le secret professionnel sera puni de l'amende jusqu'à 10,000 francs ou de l'emprisonnement. Les deux peines pourront être cumulées* »). On peut tirer des travaux préparatoires des enseignements précieux. Les plus importants peuvent être synthétisés ainsi : 376

— L'article 321 CP fonde une obligation propre de garder le secret professionnel, indépendante du droit cantonal.
— Le secret professionnel des soignants n'a pas vocation à protéger des intérêts économiques. Il vise bien plutôt à protéger l'atteinte « *à la pudeur intime, à la sphère morale, à la conscience même coupable de la personne qui a droit au secret* »[624]. Cette formulation de Lachenal laisse entrevoir, au moins de façon partielle, la protection d'un intérêt individuel par l'article 321 CP.
— Le législateur a choisi d'établir le cercle des professionnels soumis à l'article 321 CP en recourant à une liste limitative plutôt qu'à une clause générale. Ce choix a été dicté par des motifs de précision et de clarté, ainsi que pour éviter les inégalités de traitement entre cantons. Selon les parlementaires, l'adoption d'une clause générale aurait en effet conduit les cantons à déterminer eux-mêmes certains types de secrets punissables au sens du code pénal fédéral, créant ainsi des disparités entre les cantons.

622 RO 2018 2947.
623 Art. 314*c* al. 2 CC ; Message protection de l'enfant, FF 2015 3147, 3141.
624 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 529.

— La liste des professions de l'article 321 CP n'est toutefois pas purement limitative dans la mesure où elle vise aussi les auxiliaires des professions concernées. Le sens à donner aux « auxiliaires » ne ressort pas clairement des travaux préparatoires. Dans le cadre de la rédaction de l'avant-projet, certains experts de la deuxième commission avaient en effet regretté le manque de précision de cette notion et avaient soutenu qu'il fallait éviter d'y intégrer les simples petits comparses. Lors des débats aux Chambres, il a toutefois été décidé d'adopter, dans la version allemande, le terme de « *Hilfsperson* » au détriment de celui de « *Gehilfe* », au motif que ce dernier était trop étroit.
— Le consentement de la personne intéressée en vue de la révélation n'est soumis à aucune exigence de forme, mais doit intervenir avant la révélation.
— Le législateur a renoncé à reconnaître un caractère absolu au secret professionnel en Suisse en autorisant le maître du secret à délier le professionnel de son secret, en autorisant les professionnels soumis au secret professionnel à se faire délier de leur secret par l'autorité supérieure ou par l'autorité de surveillance et en réservant les exceptions de droit fédéral et cantonal. Les débats montrent qu'une décision de levée par l'autorité compétente qui, à l'origine, devait uniquement intervenir sur demande du détenteur du secret, n'impose pas une obligation de révéler le secret.
— La réserve explicite de l'article 321 ch. 3 CP en faveur des dispositions de la législation fédérale ou cantonale statuant une obligation de renseigner ou de déposer en qualité de témoin a été adoptée par les Chambres pour éviter les insécurités juridiques. En l'absence d'une telle réserve, il aurait fallu avoir systématiquement recours aux principes généraux de conflits de normes, créant de ce fait une situation insatisfaisante.
— Depuis les années 1970, plusieurs tentatives ont été entreprises pour harmoniser le secret professionnel, notamment en élargissant le cercle des professions soumises au secret professionnel. Dans les faits, les modifications subies par l'article 321 CP depuis l'adoption du Code pénal en 1937 concernent dans une très large mesure l'élargissement des professions soumises au secret professionnel.
— Le Conseil fédéral a cependant fait preuve d'une grande retenue lorsqu'il s'agissait d'élargir le champ d'application de l'article 321 CP ou d'harmoniser le secret professionnel. Il s'est alternativement retranché derrière le devoir de discrétion imposé par l'article 35 LPD, les développements liés à l'adoption de nouvelles normes (notamment la LPSan ou la LPsy) ou encore les débats liés à l'adoption des codes de procédure fédéraux.

II. Eléments constitutifs

A. Professions médicales visées par l'article 321 CP

La violation du secret professionnel constitue un délit propre pur (« *echtes Sonderdelikt* »)[625]. Ainsi, seules les professions désignées de manière exhaustive par l'article 321 CP sont soumises au secret professionnel[626]. Il s'agit des professions suivantes : 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. Sont également soumis à l'article 321 CP les étudiants qui prennent connaissance d'un secret dans le cadre de leurs études. En mentionnant spécifiquement chacune des professions soumises à l'article 321 CP plutôt qu'en les désignant de manière générique, le législateur a choisi d'appliquer la méthode dite « *spécifique* » au détriment de la méthode « *générale* »[627]. La méthode spécifique présentait en effet des avantages de précision et de clarté. Elle devait aussi permettre d'éviter les inégalités de traitement entre cantons (*cf. supra* N 346). 377

Les professions visées par l'article 321 CP peuvent être classées en trois catégories : les ecclésiastiques, les auxiliaires de justice et les soignants. Dans la mesure où notre étude a pour objet le secret médical, je me concentrerai principalement sur le secret professionnel des soignants visés par l'article 321 CP. 378

1. Médecins

La profession de *médecin* au sens de l'article 321 CP est une notion autonome de droit pénal qui doit être définie à la seule lumière de l'article 321 CP[628]. 379

Un recours aux définitions éventuellement offertes par le droit public ou administratif n'est pas admissible dans la mesure où les définitions données ne coïncideraient pas nécessairement avec les notions visées par l'article 321 CP[629]. La notion de médecin, telle qu'elle est entendue au sens de la LPMéd, n'est ainsi pas directement transposable pour l'interprétation de l'article 321 CP. Quant à une éventuelle définition donnée par le droit public cantonal, certains auteurs de doctrine rappellent à juste titre que l'adoption 380

625 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 3; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321, N 4 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321, N 6.

626 ATF 95 I 439 c. 2c ; ATF 83 IV 194 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 8.

627 BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 7.

628 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1732.

629 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1731.

d'une disposition formelle de droit cantonal sanitaire qui définirait la profession de *médecin*, telle qu'elle devrait être entendue au sens de l'article 321 CP, violerait le principe de primauté du droit fédéral[630].

381 GRAVEN a proposé une définition pertinente du médecin au sens de l'article 321 CP, selon laquelle il faut entendre par médecin : « *formellement, le titulaire d'un diplôme de médecine, suisse ou étranger et, matériellement, toute personne ainsi diplômée qui exerce une activité de nature médicale, consistant notamment à examiner, expertiser ou traiter l'état physique ou mental de personnes humaines, à mettre des enfants au monde ou à pratiquer des autopsies* »[631].

382 D'un point de vue formel, le médecin, au sens de l'article 321 CP, doit en effet être titulaire d'un diplôme de médecine délivré par une haute école. Ce diplôme doit sanctionner une formation reconnue au sens de la LPMéd[632]. Le diplôme de médecine peut également avoir été obtenu à l'étranger s'il est susceptible de faire l'objet d'une reconnaissance en Suisse aux conditions posées par la LPMéd[633]. Bien que l'obtention d'un titre postgrade soit exigée par la LPMéd pour exercer la profession de médecin à titre indépendant, il suffit qu'un médecin soit titulaire d'un diplôme universitaire au sens des articles 12 ss LPMéd pour être soumis à l'article 321 CP. Certains auteurs précisent même que les médecins en cours de formation, agissant comme assistants par exemple, sont soumis au secret professionnel[634]. Le médecin « candidat » doit toutefois agir de manière indépendante, faute de quoi il tomberait dans la catégorie des auxiliaires[635]. CORBOZ estime que le médecin doit de surcroît être titulaire d'une autorisation d'exercer professionnellement et de manière indépendante[636]. Cette affirmation doit être rejetée. Avec LANGMACK[637], je suis

630 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 9.

631 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1732.

632 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 570.

633 A mon sens, il suffit que le diplôme étranger remplisse les conditions de reconnaissance. Il n'est pas nécessaire que le diplôme ait fait l'objet d'une décision formelle de reconnaissance. Ainsi, le médecin titulaire d'un diplôme étranger qui exerce frauduleusement sur le territoire suisse, sans s'être annoncé ou avoir obtenu l'autorisation nécessaire est également soumis au secret professionnel selon l'article 321 CP. Dans le même sens : CORBOZ, *Infractions*, art. 321, N 14, selon qui les médecins étrangers sont également soumis à l'article 321 CP.

634 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321, N 9 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 589 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 9 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 570.

635 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68, avec l'exemple d'un médecin « candidat » chargé de représenter un médecin absent.

636 CORBOZ, *Infractions*, art. 321, N 14. Egalement en ce sens : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 43.

637 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68.

d'avis que le médecin qui n'est pas formellement en possession d'une autorisation de pratiquer doit également être soumis au secret professionnel dès lors qu'il fournit des prestations en qualité de médecin. Une solution inverse restreindrait de manière infondée le champ d'application de l'article 321 CP. Par ailleurs, l'exigence d'une autorisation de pratiquer ne découle pas du code pénal, qui prévoit pourtant explicitement cette condition pour les médecins dans d'autres dispositions[638].

383 D'un point de vue matériel, le médecin doit exercer une activité de nature médicale pour être soumis à l'article 321 CP. Cette activité médicale n'est toutefois pas réduite aux seules activités thérapeutiques. Elle englobe, dans une plus large mesure, les investigations, traitements ou expertises effectués sur des personnes malades, accidentées ou décédées ainsi que les activités en lien avec les personnes qui souhaitent simplement obtenir des conseils d'ordre médical ou en lien avec la maternité[639]. L'activité médicale peut être déployée à titre onéreux ou à titre gratuit[640], à titre dépendant ou indépendant[641]. Par ailleurs, les médecins visés par l'article 321 CP doivent exercer une activité dans le cadre de laquelle ils traitent des patients[642]. S'ils sont uniquement actifs dans la recherche sur l'être humain, le secret de la recherche au sens de l'article 321bis CP est applicable.

384 Le secret professionnel s'applique indépendamment du fait que l'activité médicale a été consentie ou non par le patient[643]. Cette activité médicale n'est pas non plus conditionnée à l'existence d'un lien de confiance particulier entre le patient ou le médecin[644]. Ce point de vue a été confirmé par le Tribunal fédéral, qui a jugé que le *médecin-conseil d'un employeur* était soumis au secret professionnel alors même que la tâche de ce médecin se limitait à déterminer le taux d'incapacité d'un travailleur[645]. Les juges ont constaté que le médecin-conseil entrait en possession d'informations étendues sur le travailleur et ont estimé que le travailleur avait un intérêt à ce que les informations récoltées ne soient pas transmises sans garde-fou à l'employeur. Cette

638 *Cf.* notamment l'art. 119 ch. 2 CP relatif à l'interruption de grossesse, selon lequel une interruption de grossesse n'est pas punissable si elle est pratiquée au cours des douze semaines suivant le début des dernières règles par un médecin « *habilité à exercer sa profession* ».

639 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68.

640 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1732.

641 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 123.

642 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 589.

643 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68.

644 ATF 143 IV 209 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321, N 9.

645 ATF 143 IV 209 c. 1.2. Pour une analyse de cet arrêt, voir SCHULTHEISS/LEHMANN, Jusletter 27 août 2018.

décision est à mon sens justifiée[646], d'autant plus qu'il existe un véritable intérêt à préserver la confidentialité des données du travailleur non seulement à l'encontre de l'employeur, mais également à l'encontre de tout tiers. Le raisonnement développé par le Tribunal fédéral s'applique de mon point de vue également aux médecins-conseils d'assurances[647] ainsi qu'aux médecins d'entreprise ou médecins du travail, c'est-à-dire ceux engagés par une entreprise pour prodiguer des soins et des conseils de santé aux employés[648].

385 Le secret professionnel au sens de l'article 321 CP ne s'applique pas uniquement aux médecins qui déploient leurs activités dans un contexte privé, mais aussi à ceux qui exercent en qualité d'employés d'établissements médico-hospitaliers de droit public et qui répondent donc à la définition de « *fonctionnaires* » au sens de l'article 110 CP[649]. Cette affirmation doit toutefois être nuancée. Comme le précise à juste titre KELLER, une distinction doit être opérée entre les médecins fonctionnaires au sens étroit et les médecins des services de santé publique[650]. Dans le cadre de leurs activités, les médecins fonctionnaires au sens étroit sont généralement employés dans un office ou un département administratif et n'entretiennent pas de relations de soins avec des patients ; en d'autres termes, ils ne déploient pas d'activité médicale au sens propre. Ils ne sont donc pas soumis au secret professionnel (art. 321 CP), mais uniquement au secret de fonction (art. 320 CP). Les médecins des services de santé publique déploient quant à eux une activité médicale au sens propre. Il s'agit notamment des médecins employés par les établissements médico-hospitaliers de droit public, des médecins en milieu carcéral ou encore des médecins militaires. L'application concurrente du secret professionnel et du secret de fonction aux médecins fonctionnaires fera l'objet d'une analyse détaillée (*cf. infra* N 1274 ss).

386 Le fondement du devoir de discrétion des *experts médicaux* n'est pas clairement défini. Les soignants qui remplissent un mandat d'expert judiciaire sont à mon sens soumis à la fois au secret professionnel (art. 321 CP) et au secret de fonction (art. 320 CP). Cette question fera elle aussi l'objet d'un examen plus détaillé sous l'angle des concours de normes (*cf. infra* N 1308).

646 D'un avis similaire, SCHULTHEISS/LEHMANN, Jusletter 27 août 2018, N 15.

647 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 101 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 341, note 114.

648 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 134.

649 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 97, LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 68 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 581 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 17 ; *contra*: CORBOZ, *Infractions*, art. 321, N 14.

650 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 97 ss.

2. Autres professions soignantes mentionnées par l'article 321 CP

387 Sous réserve des précisions qui suivent, les développements relatifs aux conditions d'application de l'article 321 CP aux médecins peuvent être transposés aux autres professions soignantes visées par cette disposition.

388 A l'instar des médecins, les *dentistes*, *chiropraticiens* et *pharmaciens* sont des professions médicales universitaires soumises à la LPMéd. En conséquence, la formation, les modalités d'obtention des diplômes concernés et les conditions de reconnaissance des diplômes étrangers dépendent également de la LPMéd. Formellement, les dentistes, chiropraticiens et pharmaciens sont soumis à l'article 321 CP dès lors qu'ils ont terminé avec succès la formation universitaire correspondante au sens des articles 6 ss LPMéd et qu'ils exercent une activité médicale.

389 L'expression « *psychologues* » vise quant à elle les titulaires d'un diplôme en psychologie reconnu conformément à la LPsy[651]. Les diplômes suisses reconnus sont les masters, licences et diplômes en psychologie délivrés par une haute école suisse ayant droit aux subventions au sens de la loi fédérale sur l'aide aux universités[652] ou par une haute école suisse accréditée au sens de la loi fédérale sur les hautes écoles spécialisées[653]. La formation, les modalités d'obtention des diplômes de psychologue et les conditions de reconnaissance des diplômes étrangers sont régies par la LPsy. Dans les faits, le champ d'application de la LPsy est large et inclut d'autres professionnels que les psychologues, à l'instar des psychothérapeutes et des psychologues cliniciens par exemple[654].

390 Les professions de sage-femme, infirmier, physiothérapeute, ergothérapeute, diététicien, optométriste et ostéopathe constituent les *professions de la santé* au sens de la LPSan. Leur formation et la reconnaissance des diplômes étrangers concernés sont réglées par la LPSan. Même si l'application du secret professionnel n'est pas conditionnée à l'octroi d'une autorisation de pratiquer sous propre responsabilité au sens de l'article 11 LPSan, il faut à mon sens se référer aux conditions de formation posées par les dispositions qui s'y rapportent pour déterminer le niveau de formation nécessaire en vue de l'application de l'article 321 CP aux professions de la santé. Ainsi, les professionnels de la santé sont susceptibles d'être soumis au secret professionnel s'ils sont titulaires d'un Bachelor of science HES spécialisé dans le domaine

651 Art. 4 LPsy.

652 RS 414.20.

653 RS 414.71 ; art. 2 LPsy.

654 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 47.

concerné, à l'exception des ostéopathes qui doivent être titulaire d'un Master of science HES en ostéopathie[655].

3. Auxiliaires

391 L'article 321 ch. 1 CP soumet également au secret professionnel les auxiliaires des professions mentionnées à titre principal par cette disposition. Pour la plupart, ces professions ne peuvent en effet pas être exercées sans l'aide d'auxiliaires. L'extension aux auxiliaires élargit de manière importante le cercle des personnes soumises à l'article 321 CP. La notion d'auxiliaire n'est toutefois pas définie dans la loi et ses contours sont relativement flous. Cette question ne revêt pas uniquement une importance théorique puisqu'un auxiliaire bénéficie de devoirs et de droits spécifiques (notamment un droit renforcé de refuser de témoigner en justice). Une interprétation erronée de la qualification d'auxiliaire pourrait alors conduire à élargir de manière excessive le champ d'application de l'article 321 CP ou, au contraire, à le restreindre de manière infondée.

392 Selon une partie de la doctrine, l'auxiliaire doit faciliter ou soutenir le travail du professionnel[656]. Un peu plus restrictif sur ce point, WOHLERS exige que l'auxiliaire apporte un « *soutien immédiat* » dans l'accomplissement des tâches professionnelles de la personne visée par l'article 321 CP[657]. Selon lui, la simple création ou l'entretien du cadre dans lequel la personne soumise au secret professionnel pourrait exercer son activité ne constituerait pas en soi une activité suffisante pour qualifier d'auxiliaire la personne qui effectuerait cette tâche[658]. WOHLERS mentionne par ailleurs l'existence d'une controverse sur la question de savoir si l'auxiliaire doit nécessairement se placer dans un rapport hiérarchique avec le professionnel soumis à l'article 321 CP[659]. Sur cette question, OBERHOLZER estime que l'auxiliaire doit agir sous la direction et la surveillance de la personne soumise à titre principal au secret professionnel[660]. Un arrêt tessinois assez ancien a, au contraire, reconnu que le directeur d'un hôpital était un auxiliaire des médecins qui y exerçaient[661]. Dans un sens similaire, BRÜHWILER-FRÉSEY estime pour sa part que le critère du

655 Art. 12 al. 2 LPSan.

656 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 19.

657 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 54 ; du même avis, KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 107, qui affirme que « *Die Hilfstätigkeit* [...] *muss dessen Ausübung UNMITTELBAR unterstützen* ».

658 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 54.

659 *Idem*, p. 55.

660 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 10.

661 Arrêt du 31.01.1979 de la Camera dei ricorsi penali (TI), Repertorio 1980 p. 394.

lien de subordination ne joue aucun rôle pour déterminer si une personne doit être qualifiée d'auxiliaire[662]. A ses yeux, il faut plutôt examiner si les actions de l'auxiliaire jouent un rôle fonctionnel dans le développement de l'activité médicale déployée par le professionnel soumis à l'article 321 CP. A l'époque, HAFTER avait préconisé l'usage d'une définition étroite du terme d'auxiliaire en raison du caractère très vague de cette notion et estimait que seules avaient qualité d'auxiliaires les personnes qui assumaient une responsabilité dans le cadre de leur activité[663]. Cette position n'a pas convaincu en doctrine[664].

393 Certains auteurs estiment encore que l'auxiliaire doit agir à titre professionnel[665]. KELLER, qui soutient ce point de vue, précise qu'un contrat de travail entre le professionnel et son auxiliaire n'est toutefois pas forcément nécessaire et qu'un contrat de mandat suffit[666]. Selon elle, il doit au surplus exister un lien de connexité entre l'activité professionnelle exercée et la prise de connaissance du secret. Ce lien ferait défaut lorsqu'une personne serait amenée à apporter un soutien par hasard, à l'instar de la personne qui aiderait un médecin sur le lieu d'un accident[667]. D'autres auteurs sont d'avis qu'il importe peu que l'auxiliaire soit engagé comme travailleur, mandataire ou simple bénévole[668].

394 Selon WOHLERS, qui a synthétisé les positions doctrinales récentes sur cette question, les auxiliaires au sens de l'article 321 ch. 1 CP peuvent être définis, de manière générale, comme « *toutes les personnes qui participent à l'activité professionnelle de la personne soumise au secret professionnel, de manière à prendre connaissance des données confidentielles* »[669].

395 A mon sens, la détermination du cercle des auxiliaires au sens de l'article 321 CP doit être analysée en fonction de la volonté du législateur et du but poursuivi par cette disposition. Bien que les débats parlementaires sur cette

662 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 212.

663 HAFTER, *Schweizerisches Strafrecht, BT*, p. 854-855.

664 *Cf.* notamment TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 13 et réf. citées.

665 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 106 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 459 ; WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 54 ; HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 63 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal annoté*, art. 321 N 1.22.

666 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 107.

667 *Idem*, p. 106-107.

668 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 590 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 19.

669 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 53 ; une définition générale similaire est proposée par STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 565, TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 13 ou BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 10.

question ne soient pas excessivement étendus, il faut souligner que la deuxième commission d'experts avait refusé de remplacer la notion d'auxiliaires par l'expression « *assistants ou employés supérieurs* »[670]. Puis, au cours des débats à l'Assemblée fédérale, il a été décidé de remplacer le terme allemand « *Gehilfe* » par « *Hilfsperson* », le premier ayant été jugé trop étroit dans la mesure où il concernait uniquement les « *personnes de service, le personnel salarié, au service du médecin, c'est-à-dire les domestiques, les infirmiers, etc.* »[671]. L'étude des travaux préparatoires du code pénal indiquent donc que le législateur visait un cercle relativement large d'auxiliaires. Du point de vue du but de la norme, GRAVEN soutient avec pertinence que le cercle des auxiliaires diffère sensiblement selon que l'article 321 CP vise à sauvegarder l'intimité des patients ou s'il vise plutôt à protéger la santé individuelle et le bon exercice de la profession médicale[672]. En appliquant la seconde hypothèse, d'ailleurs confortée par les travaux préparatoires, le cercle des auxiliaires se réduit en effet notablement et implique donc de se demander si les tâches de l'auxiliaire sont « *si étroitement liées à l'exercice de la profession médicale qu'elles impliquent normalement l'accès à des secrets intéressant les patients, de sorte que la crainte d'une éventuelle indiscrétion des personnes chargées de ces tâches pourrait retenir le malade de se livrer au médecin* »[673]. Dans l'affirmative, les personnes concernées devraient être considérées comme auxiliaires.

396 La position de GRAVEN est judicieuse, mais elle doit être interprétée de manière conforme avec la volonté du législateur. Ainsi, la détermination du cercle des auxiliaires résulte d'une mise en balance entre une intégration relativement large des personnes qui interviennent à l'appui des professionnels soumis au secret professionnel (volonté du législateur) et la prise en compte de l'intérêt protégé poursuivi, à savoir la protection de la santé individuelle et le bon exercice des professions médicales. En ce sens, une personne doit être considérée comme auxiliaire d'un professionnel exerçant une activité médicale au sens de l'article 321 CP si elle apporte un soutien *étroitement* lié à l'exercice de l'activité et si, dans ce cadre, elle est appelée à prendre connaissance de secrets au sens de l'article 321 CP.

397 Le soutien *étroitement* lié doit être analysé d'un point de vue fonctionnel. Il doit permettre au professionnel soumis à titre principal au secret professionnel d'exercer correctement sa profession ou d'en faciliter l'exercice. Il n'est toutefois pas nécessaire que ce soutien soit indispensable pour l'exercice

670 Code pénal suisse, procès-verbal de la deuxième commission d'experts, vol. IV, Octobre-novembre 1913, Lucerne 1915, p. 372, 376.

671 LACHENAL, BO (CN) 1935, p. 554.

672 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1732.

673 *Idem*, p. 1732-1733.

de la profession, même si cela est souvent le cas en pratique (ex. : aide de salle, assistant dentaire). La principale difficulté consiste à déterminer à partir de quand un « *soutien* » n'agit plus en qualité d'auxiliaire en raison d'un lien insuffisamment étroit. Comme WOHLERS, je partage l'avis qu'il faut exclure du cercle des auxiliaires le personnel qui intervient uniquement pour créer ou maintenir le cadre de l'activité déployée par le professionnel. En effet, le manque de discrétion d'un réparateur sanitaire ne joue pas un rôle significatif pour la préservation de la confiance du public dans les professions médicales. L'exigence du lien étroit exclut par ailleurs du cercle des auxiliaires les personnes qui interviendraient de manière fortuite (ex. : passant qui aide un médecin lors d'un accident de la route). Il faut à l'inverse reconnaître que ce lien étroit existe lorsque les tâches confiées à une personne impliquent nécessairement la manipulation de données de patients, même lorsque les tâches en lien avec les données de patients sont exercées de manière irrégulière.

398 Les « auxiliaires des auxiliaires » doivent également être considérés comme des auxiliaires si leur intervention présente un lien suffisamment étroit avec l'activité du professionnel soumis principalement à l'article 321 CP. Dans les faits toutefois, l'auxiliaire d'un professionnel astreint au secret professionnel ne devrait pas être autorisé à recourir lui-même à un « *tiers* » auxiliaire (situation de sous-délégation). C'est à tout le moins ce qu'a jugé le Tribunal fédéral dans le contexte du secret professionnel de l'avocat, lorsque le tiers sous-délégataire n'est pas subordonné à l'auxiliaire[674]. Dans ce type de situation, le professionnel n'est plus à même de veiller au respect du secret[675].

399 Le lien de subordination ou le lien hiérarchique ne jouent à mon sens pas de rôle significatif dans la définition de l'auxiliaire[676]. Ce point de vue permet d'intégrer au cercle des auxiliaires les personnes qui jouissent d'une grande liberté dans l'exercice de leur profession, à l'instar des vétérinaires qui effectueraient des analyses sur demande d'un médecin, dans le contexte d'un traitement prodigué à un humain[677], ou des responsables de laboratoires d'analyse. Par ailleurs, l'activité exercée ne doit pas obligatoirement être exercée à titre professionnel[678]. Un bénévole qui procède sous la responsabilité d'un

674 En matière de secret professionnel de l'avocat : ATF 145 II 229 c. 7.4.

675 Notons encore à cet égard que l'article 9 al. 3 de la future LPD et l'article 28 § 2 RGPD exige que le sous-traitant qui entend lui-même sous-traiter un traitement à un tiers obtienne une autorisation préalable du responsable du traitement (le RGPD exige une autorisation écrite).

676 En ce sens : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 54.

677 Conformément à la volonté du législateur lors des travaux préparatoires du code pénal, *cf.* LACHENAL, BO (CN), 1935, p. 554.

678 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 590 ; *contra* KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 107.

médecin à des tests de séropositivité dans une association de lutte contre le SIDA doit en effet être considéré comme un auxiliaire du médecin pour les actes médicaux pratiqués sous la surveillance de celui-ci. Aucun motif ne justifie de le traiter différemment d'un auxiliaire salarié, de telle sorte que le critère rémunératoire ne joue pas non plus de rôle significatif pour la qualification de l'auxiliaire. L'*Obergericht* lucernois a rendu une décision en ce sens, dans laquelle il a reconnu la qualité d'auxiliaire au mari d'une médecin. Celui-ci s'acquittait régulièrement de tâches de secrétariat et prenait connaissance de données contenues dans les dossiers médicaux de patients[679].

400 Parallèlement à la condition du lien étroit, l'auxiliaire doit être appelé, dans le cadre de son activité, à prendre connaissance de secrets au sens de l'article 321 CP[680]. Cette prise de connaissance d'informations ne doit pas forcément intervenir par l'intermédiaire du médecin. L'auxiliaire est également soumis au secret lorsqu'il découvre ou constate des faits par lui-même[681].

401 La reconnaissance de la qualité d'auxiliaire pose rarement problème pour les personnes qui exercent une activité médicale sous la supervision d'un des professionnels visés par l'article 321 CP. Entrent notamment dans cette catégorie les thérapeutes, le personnel de laboratoire ou le personnel de soins des hôpitaux. Lorsque les ambulanciers interviennent en situation d'urgence, ils doivent à mon sens également être qualifiés d'auxiliaires dans la mesure où leur activité est étroitement liée à celle des médecins et qu'il existe des risques sérieux et concrets qu'une révélation d'informations indue par un ambulancier puisse conduire un blessé à renoncer à se livrer à un médecin par crainte d'une dénonciation aux autorités ou pour un autre motif[682]. En l'absence d'une urgence, il faut examiner au cas par cas si l'activité spécifiquement exercée est étroitement liée à l'activité d'un professionnel soumis à l'article 321 CP. Les personnes qui s'adonnent uniquement au transport non-urgent de personnes malades ou handicapées ne sont pas des auxiliaires, à moins que leurs services ne soient spécialement commandés par un professionnel soumis au secret ou par une institution médico-hospitalière.

402 La détermination du statut d'auxiliaire est plus délicate lorsque les personnes concernées n'accomplissent pas de gestes spécifiquement médicaux. Il est largement admis que le personnel administratif des établissements mé-

679 Obergericht Luzern, LGVE 1994 I Nr. 60, 22 février 1994 ; recours contre cette décision rejeté par le Tribunal fédéral par jugement du 22 juillet 1994.

680 Pour le secret de l'avocat : ATF 145 II 229, c. 7.3.

681 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 341.

682 Les auteurs suivants incluent également les ambulanciers à la liste des auxiliaires : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 13 ; GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 40.

dico-hospitaliers ou des cabinets médicaux, à l'instar des téléphonistes ou des réceptionnistes, sont des auxiliaires. Les travailleurs sociaux peuvent également revêtir le statut d'auxiliaire lorsqu'ils apportent un soutien étroit aux professionnels visés par l'article 321 CP[683]. Il existe cependant une controverse relative au statut du personnel de nettoyage. Certains auteurs estiment qu'il doit être considéré comme auxiliaire[684] ou conditionnent leur statut d'auxiliaire au fait que l'activité de nettoyage soit déployée dans des locaux où se trouvent des patients[685]. D'autres auteurs excluent le personnel de nettoyage du cercle des auxiliaires[686]. Au regard du rôle essentiel joué par le personnel de nettoyage dans le cadre de l'activité médicale et en raison du fait que celui-ci est généralement amené à prendre connaissance d'informations couvertes par le secret professionnel (contacts directs avec les patients ou les dossiers médicaux), j'estime qu'il faut leur reconnaître le statut d'auxiliaire. La reconnaissance de ce statut ne restreint en rien le devoir du médecin de prendre toutes les mesures nécessaires, notamment organisationnelles et contractuelles, pour que le personnel de nettoyage ne prenne pas facilement connaissance d'informations confidentielles ou ne communique à des tiers de telles informations.

403 A l'inverse, les jardiniers[687], chauffeurs de taxis[688] ou le personnel technique chargé de l'entretien des installations[689] n'entrent pas dans la catégorie des auxiliaires. En effet, ces personnes n'assument pas des tâches qui se trouvent dans un rapport suffisamment étroit avec l'activité du professionnel soumis au secret, même si elles sont occasionnellement amenées à prendre connaissance de l'identité des patients.

404 Les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance ne sont pas des auxiliaires au sens de l'article 321 CP[690]. Bien qu'elles prennent connaissance de données

683 SCHWANDER, RMA 2015, p. 107.

684 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 20 ; LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 69 ; BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 212 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 232, qui justifie sa position par le fait que l'intervention du personnel de nettoyage joue un rôle dans le processus médical ; GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, p. 11.

685 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321, N 13.

686 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 51 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, § 61 N 17 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 107 ; dans le domaine des avocats, *cf.* également ERNI, *Anwaltsgeheimnis*, p. 7.

687 GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, p. 11.

688 *Contra* BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 212.

689 GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, p. 11.

690 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 341.

confidentielles dans le cadre de leur activité, leur comportement n'est pas propre à influencer la décision d'un patient de se rendre auprès d'un soignant pour y obtenir des soins. Par ailleurs, le personnel des caisses maladie est soumis à un devoir spécifique de discrétion[691].

405 La question de l'appréhension de l'*outsourcing* (ou « *externalisation* ») sous l'angle de la qualification d'auxiliaire a fait l'objet de passablement de discussions en doctrine, notamment en ce qui concerne les organismes de facturation et de recouvrement de créances ainsi que les sociétés informatiques pour la gestion des données médicales. En pratique, les médecins, cabinets et établissements médico-hospitaliers ont dans une très large mesure recours à des entreprises externes, pour le soutien informatique ou à la facturation[692]. Des informations couvertes par le secret sont alors forcément communiquées à ces tiers, fragilisant ainsi le secret professionnel.

406 Dans un arrêt récent rendu en matière de secret professionnel de l'avocat (analyse principalement sous l'angle des devoirs professionnels imposés par l'art. 13 LLCA), le Tribunal fédéral a jugé que « *le professionnel externe chargé de la conservation et de la protection à distance des données informatiques de l'avocat* » devait être considéré comme un auxiliaire de l'avocat[693]. Cette opinion est transposable au secret professionnel des soignants et s'applique aussi aux employés d'une entreprise mandatée pour la facturation par exemple[694], dans la mesure où les conditions du statut d'auxiliaire développées ci-dessus sont bien remplies. En 1974, le Tribunal fédéral s'était déjà prononcé dans un sens similaire en considérant que le secret professionnel n'était pas violé lorsqu'un médecin-chef exerçant dans un hôpital public faisait établir la facturation relative à sa clientèle privée par l'administration de l'hôpital[695]. Ces personnes étaient des auxiliaires et il importait peu, selon le Tribunal fédéral, qu'il s'agisse de personnes privées ou de fonctionnaires. Il faut toutefois souligner ici que la reconnaissance de la qualité d'auxiliaire à une personne ne signifie pas encore que des données couvertes par le secret peuvent lui être licitement communiquées de ce seul fait (sur cette question débattue : *cf. infra* N 1364 ss). L'acquisition du statut d'auxiliaire a pour effet principal d'astreindre à l'obligation de confidentialité.

407 En résumé, une personne doit être considérée comme auxiliaire d'un professionnel exerçant une activité médicale au sens de l'article 321 CP si elle

691 Art. 33 LPGA.

692 CASANOVA, *Datenverknüpfungen*, p. 47.

693 ATF 145 II 229, c. 7.3.

694 En ce sens, CASANOVA, *Datenverknüpfungen*, p. 49.

695 ATF 100 Ia 312, c. 7.

apporte, d'un point de vue fonctionnel, un soutien *étroitement* lié à l'exercice de l'activité et si, dans ce cadre, elle est appelée à prendre connaissance de secrets au sens de l'article 321 CP.

4. Etudiants

408 L'article 321 CP soumet aussi les étudiants au secret professionnel. L'obligation de garder le secret est indépendante de la matière étudiée[696], le législateur ayant expressément renoncé à limiter ce devoir aux seuls étudiants en médecine (*cf. supra* N 350). Les secrets protégés sont ceux rattachés aux professions visées par l'article 321 CP et qui auraient été divulgués à des étudiants dans le cadre de leur formation. Une partie de la doctrine estime qu'en pratique, seuls sont concernés les étudiants dont la formation est suivie en vue d'accéder à l'une des professions visées par l'article 321 CP[697]. Si elle se vérifie dans la majorité des cas, une telle affirmation est toutefois trop restrictive, de telle sorte que la filière d'étude suivie ne constitue pas un critère d'application de l'article 321 CP[698]. Un étudiant suivant une formation étrangère à celle des professions visées par l'article 321 CP est en effet susceptible de prendre connaissance de secrets professionnels, spécialement à l'heure des formations transversales et interdisciplinaires.

5. Professions soumises à l'article 321 CP par renvoi d'une loi spéciale

409 Plusieurs lois spéciales soumettent des professionnels au secret professionnel de l'article 321 CP par le biais d'un renvoi. Ces législations feront l'objet d'un examen détaillé (*cf. infra* 577 ss).

6. Professions non soumises à l'article 321 CP

410 Les professions qui ne sont pas mentionnées par l'article 321 CP ou par une loi spéciale opérant un renvoi à l'article 321 CP ne sont pas soumises au secret professionnel au sens de cette disposition. Il en va par exemple ainsi des vétérinaires, naturopathes, masseurs, podologues, rebouteux, acupuncteurs, magnétothérapeutes ou encore des détenteurs de laboratoires médicaux s'ils ne sont pas médecins et qu'ils ne revêtent pas la qualité d'auxiliaire d'un professionnel astreint au secret selon l'article 321 CP. Les assistants sociaux ne font pas non plus partie des professions visées par l'article 321 CP.

696 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 17.

697 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 590 ; BRUNNER, *Protection des données médicales dans le cadre des assurances*, p. 27.

698 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 49.

411 Le secret professionnel s'applique à des professions et non à des informations. La transmission indue d'informations secrètes à des tiers n'a pas pour effet de soumettre ceux-ci au secret professionnel[699]. La personne concernée par les informations qui auraient été communiquées de manière indue pourrait cependant faire valoir les actions en protection de la personnalité au sens des articles 28ss CC pour se protéger contre l'utilisation abusive des informations concernées par les tiers[700].

7. Constat

412 Avec l'entrée en vigueur de la LPSan, le cercle des professions visées par l'article 321 CP en matière sanitaire est devenu relativement large et englobe de nombreuses professions. Cependant, bon nombre de professions du domaine de la santé restent exclues de son champ d'application, en particulier lorsqu'elles sont exercées sous propre responsabilité. Le caractère exhaustif de la liste des professions de l'article 321 CP doit toutefois être nuancé par l'intégration des auxiliaires. Actuellement, le développement des réseaux et des établissements médico-hospitaliers a pour conséquence d'imposer le secret professionnel à un grand nombre de professionnels par le biais de leur statut d'auxiliaire. Reste que ce statut manque de clarté et qu'il n'est pas rare que des professionnels se retrouvent dans une zone grise qui n'est pas sans conséquences pratiques, eu égard aux droits et devoirs qui diffèrent selon l'application ou non des droits et devoirs liés au secret professionnel.

B. Existence d'un secret

413 L'article 321 CP ne punit pas la révélation illicite de n'importe quel fait, mais seulement celle des « *secrets* ». La définition de ce qui constitue ou non un secret au sens de l'article 321 CP a fait couler beaucoup d'encre depuis l'entrée en vigueur du code pénal. Pour rappel, bien que ce terme figure à plusieurs reprises et de manière éparse dans la législation fédérale et cantonale (dont plusieurs mentions dans le seul code pénal), il n'est jamais défini par la loi. Cette notion doit dès lors être interprétée individuellement, à la lumière spécifique de chaque norme l'imposant[701]. En l'occurrence, le secret doit ici être interprété à la lumière de l'article 321 CP.

414 L'interprétation de ce qui constitue ou non un secret est une question qui, bien que largement abordée en doctrine, tend à être délaissée en pratique.

699 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 69.

700 *Ibid.*

701 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

Elle mériterait toutefois une attention plus soutenue. En effet, l'institution du secret professionnel n'a pas pour vocation de protéger n'importe quelle information, mais celle de protéger les *secrets au sens matériel*[702]. Ainsi, la révélation d'un fait non secret au sens de l'article 321 CP n'est pas punissable. Comme on le verra, le Tribunal fédéral a par le passé eu tendance à définir le secret de manière très large. Or, à une époque où l'ampleur des traitements des données médicales (ainsi que les autres types de données personnelles) explose et où les particuliers partagent de manière croissante des informations personnelles – voire intimes – par recours aux nouvelles technologies de l'information et de la communication, il semble nécessaire de questionner le bien-fondé d'une définition particulièrement large du secret et d'évaluer si une interprétation plus restrictive de cette notion pourrait se révéler opportune aujourd'hui.

415 Littéralement, le secret peut prendre plusieurs significations selon le contexte dans lequel il est utilisé (philosophique, économique, politique, psychologique…). Dans le contexte du secret professionnel, la définition littérale la plus pertinente est celle qui se rapporte à des connaissances ou des informations réservées à des initiés ou des confidents. Le Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL) définit cette catégorie de secrets ainsi : « *qui n'est connu que d'un nombre limité de personnes* »[703]. Le terme « *secret* » provient du latin « *secretus* » qui signifie spécial, distinct, à l'écart, solitaire, isolé, caché. « *Secretus* » est lui-même le participe de « *secernere* » qu'on peut traduire par séparer, mettre à part et où le verbe « *cernere* » dit qu'on produit une ligne qui sépare[704].

416 Les travaux historiques relatifs à l'article 321 CP apportent peu d'indices sur l'interprétation à donner au secret. Dans le commentaire de son avant-projet, STOOSS avait précisé qu'il n'était pas nécessaire que le secret soit imposé en termes exprès et que le devoir du silence résultait « *de la nature de la confidence et des circonstances* » dans lesquelles elle avait été reçue[705]. La première commission d'experts avait proposé de remplacer le terme « *secret* » par « *une chose que sa profession l'obligeait à tenir secrète* »[706], mais cette modification n'avait pas été retenue par la deuxième commission d'experts qui

702 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 63.

703 Disponible sur le site internet du CNRTL.

704 QUIGNARD, *L'enfant d'Ingolstadt*, p. 22.

705 STOOSS, Avant-projet de Code pénal suisse et motifs à l'appui de l'avant-projet, Berne 1894, p. 293.

706 Avant-projet de Code pénal suisse et loi fédérale concernant l'application du Code pénal suisse d'après les décisions de la Commission d'experts chargée par le Département fédéral de Justice de la révision de l'Avant-projet de 1896, Berne 1903, p. V.

avait préféré rétablir la notion de « *secret* » prévalant aujourd'hui. Il en découle que l'article 321 CP appréhende le secret dans son sens matériel et non formel. Ainsi, un secret ne doit pas être déclaré comme tel par une loi ou une autorité. Il l'est par essence s'il répond à la définition du secret.

417 Dans la mesure où une interprétation systématique apparaît d'emblée peu utile, l'interprétation téléologique de l'article 321 CP semble la plus à même de fournir – à côté de l'interprétation littérale – des éléments de réponse plus précis quant au sens à donner à la notion de secret. A cet effet, je présenterai brièvement les développements jurisprudentiels les plus significatifs sur cette question avant de dégager les critères principaux avancés et discutés par la doctrine.

1. Développements jurisprudentiels

418 Dans un premier arrêt rendu en 1949, le Tribunal fédéral a défini le secret de manière très large. Selon lui, le secret portait par principe sur « *tout ce que le malade confie au médecin pour lui permettre d'accomplir son mandat ou encore tout ce que le médecin apprend dans l'exercice de sa profession* »[707]. Il relativisait toutefois la portée du secret en précisant que le médecin n'était pas « *tenu de garder le secret sur des faits qui sont connus de tout le monde, car il apparaît d'emblée que le patient n'a aucun intérêt à les tenir cachés de n'importe qui. Il n'est pas inéquitable d'exiger du médecin qu'il garde secrets tous les autres faits* »[708]. La portée du secret serait ainsi limitée par la notoriété d'un fait. Le Tribunal fédéral a maintenu cette définition dans un arrêt de 1975, en précisant que l'objet du secret n'était pas limité aux questions strictement médicales et s'étendait aussi aux difficultés conjugales, professionnelles ou autres difficultés révélées au médecin par exemple[709].

419 A l'époque, cette définition du secret avait été critiquée par une partie de la doctrine qui l'estimait à la fois trop large et mal formulée[710]. GRAVEN estimait par exemple que prise à la lettre, une telle définition vidait de son sens la notion de « *secret* » dans la mesure où tout ce que le médecin apprenait dans le cadre de son activité devenait par définition secret[711]. Quant à la limite de notoriété, le Tribunal fédéral aurait selon lui pu se contenter d'affirmer qu'un fait notoire ne constituait pas un secret[712]. En recourant à l'expression « *il*

707 ATF 75 IV 73 c. 1, JdT 1949 IV 92.

708 *Ibid.*

709 ATF 101 Ia 10 c. 5c, JdT 1977 I 279.

710 Par exemple : NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 237 ; GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

711 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

712 Dans le même sens : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 17-18.

apparaît d'emblée que le patient n'a aucun intérêt à les tenir cachés de n'importe qui », le Tribunal fédéral aurait laissé supposer l'existence d'une présomption irréfragable que le maître du secret consentirait (dans un sens assimilable à celui de l'art. 321 ch. 2 CP) à la révélation[713]. Pour GRAVEN, ce que le Tribunal fédéral avait sans doute voulu exprimer ici, c'était que la seule volonté de l'intéressé de tenir secret un fait notoirement connu n'était pas en soi suffisante pour convertir ce fait en secret[714].

En 1980, le Tribunal fédéral a statué dans une affaire où un médecin avait 420
transmis un rapport relatif à un patient à une commission de l'AI[715]. Il a nié l'existence d'une violation du secret professionnel, principalement parce que la commission AI était déjà renseignée depuis longtemps sur l'état du patient. Par ailleurs, le maître du secret ne présentait pas d'intérêt digne de protection au maintien du secret puisque la législation relative à l'AI obligeait l'assuré à fournir gratuitement des renseignements à ladite commission. Enfin, vu les déclarations de la personne intéressée, il ne semblait pas que cette dernière ait eu la volonté de maintenir le fait secret. Cet arrêt, bien que rédigé de manière succincte, présente un intérêt particulier pour la définition du secret. D'abord, il confirme que la communication d'un fait secret à une personne qui connaît déjà le secret ne constitue pas une révélation punissable. Ensuite, l'arrêt se distingue particulièrement des arrêts précédents en ce sens qu'il mentionne expressément – certes sans les ériger formellement en conditions – l'*intérêt* et la *volonté* de l'intéressé à garder un fait secret pour déterminer l'existence ou non d'un secret. Ces conditions, on le verra, étaient alors préconisées par une bonne partie de la doctrine.

Dans un arrêt de 1991 rendu en lien avec le secret professionnel de l'avo- 421
cat, le Tribunal fédéral a franchi un pas supplémentaire en subordonnant l'existence d'un secret à l'existence de la *volonté* du client de garder le fait secret : « *une information est couverte par le secret dès qu'il est reconnaissable pour l'avocat que telle est la volonté de son client, que cette volonté soit explicite ou qu'elle ressorte des circonstances* »[716].

L'*intérêt* du maître du secret au maintien du secret avait été évoqué par 422
le Tribunal fédéral en 1949 sous l'angle de la notoriété lorsqu'il affirmait qu'un

713 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1734.

714 *Ibid.*

715 ATF 106 IV 131 c. 4, JdT 1981 IV 113.

716 ATF 117 Ia 341 c. 6 bb. Entre-temps, le Tribunal fédéral a rendu un autre arrêt sur le secret professionnel de l'avocat qui apporte peu d'avancées pour la définition du secret puisqu'il se contente de reprendre la formule de l'ATF 75 IV 73 selon laquelle « *l'avocat n'est tenu de garder secrets les faits dont il a eu connaissance à titre privé ou qui sont notoires, le client n'ayant alors aucun intérêt à les tenir cachés envers qui que ce soit* », *cf.* ATF 112 Ib 606 c. 2b, JdT 1987 IV 150.

patient n'avait aucun intérêt à tenir caché un fait connu de tout le monde. L'intérêt a plus tard été évoqué – à nouveau brièvement – dans une affaire en lien avec le secret professionnel de l'avocat. En 2006, le Tribunal fédéral a jugé que l'avocat soupçonné d'avoir reçu une provision provenant d'une infraction ne violait pas son secret professionnel si, dans une situation où le mandat était connu, il se limitait à communiquer des informations sur ses heures de travail, sur ses frais ou sur les procédures ayant engendré ses coûts[717]. Pour les juges, « *on ne voit pas en quoi cela violerait l'intérêt du mandant au maintien du secret ou menacerait son droit à une défense efficace dans une procédure pénale* »[718].

423 Depuis, la notion de secret au sens de l'article 321 CP n'a pas été développée plus avant par le Tribunal fédéral. Malgré les évolutions susmentionnées, ce dernier semble même plutôt attaché à la définition très large qu'il avait adoptée en 1949. Dans un arrêt de 2016, il a en effet affirmé que : « *Dem Berufsgeheimnis untersteht alles, was dem Arzt infolge seines Berufs anvertraut worden ist oder das er in dessen Ausübung wahrgenommen hat* »[719], précisant au surplus que le secret ne se limitait pas strictement aux informations médicales.

424 Avant de clore cet aperçu jurisprudentiel sur la notion de secret au sens de l'article 321 CP, il paraît utile de se pencher brièvement sur la définition du secret au sens de l'article 320 CP (secret de fonction). La doctrine reconnaît en effet généralement que les deux notions ont des caractéristiques similaires, même si certains auteurs penchent pour une définition légèrement plus large du secret au sens de l'article 321 CP[720]. En 2001, le Tribunal fédéral a affirmé que constituait un secret au sens de l'article 320 CP : « *les faits dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes, dont le caractère confidentiel est voulu par l'intéressé et pour lesquels il existe un intérêt au maintien du secret* »[721]. Cette définition du secret de fonction, qui souligne clairement les éléments de *volonté* et d'*intérêt*, est celle qui est généralement retenue par la doctrine non seulement pour le secret de fonction, mais aussi pour le secret professionnel.

2. Caractéristiques du secret

425 La doctrine propose généralement une définition du secret au sens de l'article 321 CP qui répond à la définition du secret énoncée par le Tribunal fédéral

717 Arrêt du TF 1S.5/2006 du 5 mai 2016, SJ 2006 I 489.

718 *Idem* c. 5.3.1.

719 ATF 142 II 256 c. 4.1 (considérant non publié, *cf.* arrêt du TF du 16 juin 2016 2C_215/2015).

720 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 20 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 25.

721 ATF 127 IV 122 c. 1, JdT 1992 IV 118, avec référence à un arrêt de 1988 où ces conditions transparaissaient déjà, *cf.* ATF 114 IV 44, JdT 1989 IV 51.

pour le secret de fonction (art. 320 CP), à savoir des faits non connus que le maître du secret a la volonté de garder secrets et pour lesquels il existe un intérêt au maintien du secret[722]. Les éléments constitutifs du secret seront examinés de la manière suivante : (a.) des faits (b.) des faits qui ne sont pas connus, notoires ou publics et (c.) la présence d'un élément subjectif (volonté et/ou intérêt).

a. Faits pour objet

426 Le secret porte sur des « *faits* » et non sur une opinion ou un jugement de valeur[723]. Quelques auteurs précisent que le secret ne porte pas directement sur le fait, mais sur la « *connaissance* » de ce fait[724]. Le fait ne serait que l'objet de la connaissance, et par conséquent du secret.

427 Les faits qui font l'objet du secret peuvent être véridiques ou faux[725], porter sur l'existence ou l'absence d'une pathologie[726], voire sur des comportements illicites ou contraires aux mœurs[727]. Ils peuvent concerner des tiers[728]. Il n'est pas rare que le patient confie à son médecin des faits de nature non médicale, à l'instar de difficultés conjugales, professionnelles, financières ou d'autre nature[729]. En principe, ces faits sont aussi couverts par le secret. Dans un arrêt en lien avec le secret professionnel de l'avocat, le Tribunal fédéral avait affirmé que « *le secret professionnel porte sur tous les faits confiés au mandataire, qui présentent un certain rapport avec sa profession* [...], *rapport qui peut être fort ténu* »[730]. On pourrait en déduire que les informations n'ayant aucun rapport avec l'exécution du mandat échappent au secret professionnel. Cette interprétation est critiquée par CHAPPUIS, pour qui il n'est guère concevable

722 ATF 127 IV 122 c. 1, JdT 1992 IV 118.

723 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 28 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 71.

724 COMTESSE, Revue pénale suisse 1942, p. 258 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 26-27.

725 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 161 ; *contra* COMTESSE, Revue pénale suisse 1942, p. 258, pour qui le secret ne peut pas porter sur un mensonge. Ce point de vue a été largement critiqué, *cf.* par exemple : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 28 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 71.

726 LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 71.

727 Pour un examen approfondi de cette question et présentation des différentes opinions doctrinales : MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 71 ss.

728 GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007, N 41.

729 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 342.

730 ATF 117 Ia 341 c. 6a bb). Comp. avec l'ATF 75 IV 92 c. 1, JdT 1949 IV 92, rendu en lien avec le secret médical : « *tout ce que le malade confie au médecin pour lui permettre d'accomplir son mandat ou encore tout ce que le médecin apprend dans l'exercice de sa profession* ».

de trier les informations à ce point éloignées de l'objet du mandat des autres informations[731]. Il paraît ainsi plus raisonnable de partir du principe que tous les types de faits confiés ou découverts par le professionnel du secret sont susceptibles d'être couverts par le secret, pour autant que les autres conditions du secret, abordées ci-dessous, soient réunies.

b. Faits non publics, non notoires ou non connus

428 Un secret porte sur des faits qui ne sont pas publics, notoires ou connus. Dans le cas inverse, il n'y a pas de secret[732]. Evidente en apparence, l'application de cette condition peut se révéler complexe.

429 A partir de quand un fait perd-il son caractère secret parce qu'il serait considéré comme « *public* » ou « *notoire* » ? Le Tribunal fédéral avait affirmé qu'un fait « *connu de tout le monde* » n'était pas secret[733]. En matière de secret de fonction, il a désigné comme secrets les faits « *dont la connaissance est réservée à un cercle limité de personnes* »[734]. Aucune de ces deux définitions n'est pleinement convaincante pour la définition du secret au sens de l'article 321 CP. La première est énoncée de manière imprécise et trop large. La seconde adopte une approche prospective (« *dont la connaissance est réservée à* ») qui omet la prise en compte d'une éventuelle perte ultérieure du caractère secret causée par une publication de l'information par exemple.

430 La doctrine admet traditionnellement qu'un fait est secret lorsqu'il est connu d'un nombre déterminé, fini, limité de personnes[735]. Cette approche est en phase avec l'étymologie du terme secret (séparer, mettre à part). Le secret sépare deux groupes : les détenteurs du secret (les « *connaisseurs* ») d'un côté et les tiers (les « *non-connaisseurs* ») de l'autre. Le nombre de personnes qui a connaissance d'un secret peut être élevé du moment qu'il reste déterminable. L'exemple traditionnellement proposé par la doctrine est celui d'un mot de passe communiqué à l'ensemble des membres d'une division militaire[736]. Les soldats peuvent être nombreux, le mot de passe n'en demeure pas moins secret puisque le nombre de ses détenteurs reste déterminé. A l'inverse, un

731 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 28. Aussi : HIRSIG-VOUILLOZ, *La responsabilité du médecin*, p. 158.

732 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 58. Dans le même sens : NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 237. Pour le secret de l'avocat : BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, p. 755.

733 ATF 75 IV 73 c. 1, JdT 1949 IV 92.

734 ATF 127 IV 122 c. 1, JdT 1992 IV 118.

735 Par exemple : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 30.

736 COMTESSE, Revue pénale suisse 1942, p. 260 ; SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 8. *Contra* : BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 56.

fait perdrait son caractère secret dès l'instant où le cercle des personnes qui connaissent les faits concernés n'est plus « *dé-limité* », en d'autres termes lorsque la ligne qui démarque les deux groupes de protagonistes (« *connaisseurs* » et « *non-connaisseurs* ») n'est plus traçable.

Du point de vue du critère de notoriété et/ou de publicité, des faits peuvent perdre leur caractère secret dans deux situations : 431

— Les faits concernés ont été portés à la connaissance d'un nombre d'individus si élevé qu'il n'est plus possible de « *dé-limiter* » au moins de manière approximative les connaisseurs des non-connaisseurs. Les faits sont alors notoires (*faits connus ou constatés par un grand nombre de personnes*).
— Les faits concernés sont facilement accessibles par quiconque est intéressé à en prendre connaissance ou, plus précisément, la personne concernée par les faits n'est pas ou plus en mesure (est placée dans l'impossibilité) de garder ces faits secrets[737]. Les faits sont alors publics (*accessibles par tous*). La libre disposition de l'information se caractérise par l'absence d'obstacle s'opposant à la prise de connaissance. L'obstacle peut être physique (porte fermée, armoire, coffre) ou numérique (plateforme sécurisée, autorisations d'accès), mais aussi mental (volonté du maître du secret de garder le secret, refus de communiquer une information)[738]. Cet obstacle doit au moins être malaisé à franchir, sans que cela soit nécessairement impossible[739].

Les critères de notoriété publique et de caractère public sont pour le moins délicats. Il est par exemple difficile de déterminer à partir de quand le cercle des « *connaisseurs* » est si grand que les faits concernés sont devenus notoires. Cette question est d'autant plus délicate dans le domaine des soins où, comme on l'a vu (*cf. supra* N 69 ss), le nombre d'acteurs – respectivement les échanges d'informations – ne cesse de se multiplier. 432

Le caractère public ou non d'un fait est tout aussi complexe à déterminer. Une malformation physique visible par tout un chacun (ex. : membre amputé) est publique si tant est que la personne concernée s'expose en public[740]. 433

737 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 21.

738 En ce sens, à l'exception de la mention de la barrière numérique : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 12 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 31 et réf. citées ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 76 s. Voir aussi : SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 8 s.

739 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 12.

740 HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 53.

Les informations banales et librement accessibles sur un individu telles que l'adresse, le numéro de téléphone figurant dans l'annuaire ou l'habitude de porter certains habits dans la rue sont également des informations publiques qui ne sont pas couvertes par le secret. Toutefois, la simple rumeur de l'existence d'un fait ne suffit pas à en supprimer le caractère secret[741]. Le détenteur du secret qui confirme une rumeur enfreint le secret. Par ailleurs, la révélation publique *partielle* d'un fait secret ne supprime pas le caractère secret des faits non révélés. Dans ces situations, la partie des faits révélés et celle qui a été tenue secrète sont souvent inextricablement liées. Il est alors souvent délicat de se prononcer sur les faits rendus publics sans révéler une partie des faits secrets qui y sont liés.

434 Jurisprudence et doctrine majoritaire s'accordent sur le fait que la seule existence de la relation entre le professionnel et le patient, respectivement le client, est une information déjà couverte par le secret au sens de l'article 321 CP[742]. Ainsi, le fait d'avoir été observé en train d'entrer dans un cabinet médical ou d'attendre dans la salle d'attente des urgences en compagnie d'un nombre important d'autres patients ne suffit pas à rendre publique ou notoire l'existence d'une relation thérapeutique.

435 Comme le constate à juste titre CHAPPUIS, la notion de notoriété d'un fait a connu des changements importants avec l'émergence d'internet, grâce auquel de grandes masses d'informations sont devenues disponibles à tout un chacun[743]. Des informations qui n'étaient généralement pas considérées comme notoires par le passé le sont devenues aujourd'hui. La question est particulièrement épineuse avec les réseaux sociaux, par le biais desquels les individus partagent délibérément des informations (parfois liées à leur santé) les concernant avec des tiers plus ou moins nombreux, connus ou proches. Déterminer à partir de quand une information publiée sur un réseau social lui fait perdre son caractère secret n'est pas aisé. Bien que la prudence reste de mise, il n'apparaît pas déraisonnable d'admettre qu'une information publiée de manière « *ouverte* » sur un réseau social – c'est-à-dire de telle manière que n'importe quelle personne inscrite ou non sur le réseau social puisse y accéder – perd sa qualité de secret.

436 Un fait secret devenu notoire ou public ne perd pas définitivement sa qualité de secret. Il n'est pas impossible qu'il recouvre, après une longue période,

741 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 78.

742 Arrêt du TF 1S_5/2006 du 5 mai 2006 c. 5.3.1, SJ 2006 I 489 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 20 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 24 ; BSK StPO-OBERHOLZER, art. 321 N 14 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 25.

743 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 30.

son caractère secret par effet d'oubli[744]. Selon les circonstances, il est aussi possible d'imaginer qu'un fait redevienne secret suite aux actions prises par la personne concernée pour faire valoir son « *droit à l'oubli* », aux conditions posées par l'article 32 al. 2 let. c n-LPD ou par l'article 17 RGPD. Il faut toutefois déterminer concrètement si le fait a alors effectivement perdu son caractère notoire pour déterminer s'il a recouvré son caractère secret. Le seul fait qu'il ait été effacé de certaines bases de données ou de moteurs de recherche n'est pas à lui seul suffisant.

437 En dehors des aspects liés au caractère notoire ou public d'un fait, il n'y a pas non plus de secret sur les « *faits connus* ». En d'autres termes, un secret n'est pas trahi lorsqu'il fait l'objet d'une communication entre deux individus qui connaissent ce même secret[745]. C'est la solution apparemment admise par le Tribunal fédéral dans l'affaire du médecin ayant communiqué des informations sur un patient à une commission AI qui avait déjà connaissance des faits (*cf. supra* N 420)[746]. L'absence de secret prévaut toutefois seulement entre deux personnes qui ont une connaissance certaine et complète des faits[747]. Cette exigence, pose – une fois encore – des difficultés pratiques importantes puisqu'il est souvent difficile de s'assurer que l'interlocuteur a une connaissance certaine et complète des faits couverts par le secret sans dévoiler une partie au moins des faits concernés. La prudence reste de mise.

438 Plutôt que de recourir au cercle déterminé ou déterminable des individus qui connaissent un secret, certains auteurs préconisent d'autres approches. Selon VON MEISS, dont l'opinion est relayée par KELLER[748], l'existence d'un secret s'examinerait dans une optique inverse, c'est-à-dire du point de vue des personnes à l'encontre desquelles les faits concernés doivent être tenus secrets. Ainsi, un secret existe tant et si longtemps que la personne à vis-à-vis de qui il doit être caché n'en prend pas connaissance. Un adultère revêt

744 Le Tribunal fédéral avait reconnu cette possibilité dans le contexte du secret de fonction, pour les condamnations prononcées en audiences judiciaires publiques : ATF 127 IV 122 c. 3a, JdT 2002 IV 118.

745 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 63. *Contra* : RUSSEK, *Das ärzltiche Berufsgeheimnis*, p. 42 et FILLI, BJM 1987, p. 59 qui se réfère à un arrêt de l'Obergericht zurichois de 1949 (BlZR 1939, N. 189 : « *Der Arzt hat sich überhaupt nicht zu kümmern, ob dem Dritten eine zur Diskussion stehende Tatsache bereits bekannt sein, sondern ganz einfach über die Wahrnehmungen, die er bei der Behandlung eines Patienten macht, und über Mitteilungen, von welchen er in ihrem Verlaufe Kenntnis erhält, zu schweigen* »).

746 ATF 106 IV 131 c. 4, JdT 1981 IV 113. Dans cet arrêt, le TF avait au surplus constaté l'absence d'intérêt et de volonté du maître du secret à garder l'information secrète à l'égard de la commission AI.

747 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 29, qui limite toutefois son affirmation aux cas où un des protagonistes se contente de « *confirmer* » un fait.

748 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 32-33.

ainsi un caractère secret aussi longtemps que l'épouse ou l'époux trompé(e) n'en prend pas connaissance, peu importe que l'adultère soit connu ou non d'un grand nombre de tiers. A mon sens, cette conception du secret s'applique mal au secret professionnel (et plus généralement au secret médical) qui est par principe opposable à tout le monde et non vis-à-vis d'individus spécifiquement visés, difficilement identifiables de surcroît.

c. Elément subjectif

439 Il ne suffit pas qu'un fait soit « *non connu* » ou « *non public* » pour en faire un secret au sens matériel. Ce dernier doit reposer sur un élément subjectif, en principe concrétisé par la double existence d'une *volonté* de garder le fait secret et d'un intérêt au maintien du secret.

440 La composante subjective du secret a donné lieu à des discussions nourries en doctrine, qui s'accorde à reconnaître les difficultés importantes quant à son objet et son contenu. L'existence de ces écueils s'explique principalement par le caractère mouvant de la notion de secret, dont la conception évolue et se modifie au gré des époques, des sociétés ou même des situations.

441 Si les conditions d'*intérêt* et de *volonté* figurent explicitement dans la définition du secret de fonction donnée par le Tribunal fédéral[749], elles sont énoncées de manière plus aléatoire dans la jurisprudence relative au secret professionnel de l'article 321 CP (*cf. supra* N 421 ss).

442 Pour la doctrine majoritaire, l'*intérêt* qui sous-tend le secret doit être reconnaissable et digne de protection[750]. Ainsi, KELLER et MAUSBACH affirment que le secret ne porte pas sur des faits insignifiants (« *unwesentliche Tatsachen* ») dont la divulgation ne causerait aucun désavantage prévisible au détenteur du secret[751]. Le secret trouverait également ses limites dans le comportement arbitraire du détenteur du secret, lorsque ce dernier entend garder un secret sur la base d'une simple lubie par exemple[752]. En d'autres termes, le secret doit en principe reposer sur un fondement rationnel, ce dernier pouvant aussi exister lorsqu'il protège les intérêts d'un tiers[753]. Plus nuancé, CORBOZ se contente d'affirmer qu'il suffit que l'intérêt existe en fait, sans qu'il ne soit nécessairement justifié d'un point de vue moral[754]. La question de savoir s'il

749 ATF 127 IV 122 c. 1, JdT 1992 IV 118.

750 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 37-38 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 80.

751 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 37 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 80.

752 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 37-38.

753 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 80.

754 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 22.

existait un intérêt à couvrir les faits illégaux ou contraires aux mœurs par le secret a donné lieu à de nombreuses discussions par le passé. Il est aujourd'hui communément admis qu'un tel intérêt est admissible[755]. L'opinion inverse porterait directement atteinte aux intérêts plus généralement protégés par l'institution du secret médical, en particulier l'intérêt à la santé des individus et de la collectivité (*cf. supra* N 240 ss).

443 Ensuite, le maître du secret doit en principe avoir la volonté de garder le secret sur les faits concernés[756]. Cette volonté doit dans tous les cas être admise lorsqu'elle est exprimée de manière expresse ou par actes concluants. En pratique, la reconnaissance de la volonté découle directement des circonstances[757]. Le recours au critère de la volonté a parfois été critiqué en doctrine dans la mesure où il est difficilement applicable pour les situations où le maître du secret serait incapable de former sa volonté, notamment parce qu'il serait incapable de discernement ou tout simplement parce qu'il n'aurait pas connaissance des faits concernés[758]. Ce type de situation est relativement fréquent dans le domaine des soins où les patients n'ont généralement qu'une connaissance partielle de leur dossier médical, n'ont pas encore reçu les résultats de leurs examens ou n'ont tout simplement pas souhaité prendre connaissance d'informations médicales les concernant. Dans ce type de situation, plusieurs auteurs ont proposé de rechercher la volonté présumée du maître du secret[759]. De son côté, CHAPPUIS préconise de recourir au principe de la confiance pour affirmer que tout ce que le maître du secret révèle au professionnel soumis au secret professionnel doit être compris « *comme l'expression d'une confidence, sauf indication contraire expresse ou découlant clairement des circonstances* »[760].

444 Les difficultés liées à l'appréhension de l'élément subjectif du secret sont importantes. Les contours des notions d'intérêt (ex. : à partir de quand doit-on considérer qu'une révélation est sans conséquence pour le maître du secret ?) et de volonté (ex. : comment reconnaître l'existence d'un consentement présumé à l'absence de secret ?) sont particulièrement flous et suscitent

755 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 38-39 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 81.

756 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 34 ss ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 81 ss ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 23 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 31. Pour le secret de l'avocat: BOHNET/MARTENET, *Droit de la profession d'avocat*, p. 765.

757 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 84.

758 Notamment : NOLL, *Geheimnisschutz und Zeugnispflicht*, p. 239.

759 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 36-37 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 84-87.

760 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 31.

différentes questions. Le secret doit-il forcément reposer sur un intérêt et une volonté ou l'un de ces deux éléments suffit-il déjà à fonder un secret ? Faut-il reconnaître l'existence d'un secret dans l'hypothèse où un patient veut garder confidentielles des informations qui *a priori* n'ont aucun intérêt à être cachées ? A l'inverse, se trouve-t-on en présence d'un secret lorsqu'un patient n'a visiblement aucune volonté de garder secrète une information dont le caractère confidentiel semble pourtant évident ? Parmi la variété d'avis émis en doctrine, certains auteurs ont préféré renoncer à se prononcer, arguant qu'il n'était pas possible d'offrir une solution générale à ces différentes questions[761]. En ce sens, BLASS est d'avis que l'intérêt et la volonté de garder le secret ne devraient pas être appréhendés comme des éléments constitutifs du secret, mais seulement comme des indices de son existence[762].

445 Je soutiens pour ma part qu'une application trop stricte des critères d'intérêt et de volonté est vouée à l'échec en raison des incertitudes susmentionnées. L'appréhension du critère subjectif doit inévitablement faire preuve d'une certaine souplesse. S'il fallait tout de même se prononcer, il apparaîtrait certainement judicieux d'accorder une importance prépondérante au critère d'*intérêt* plutôt qu'à celui de *volonté*. Dans nombre de situations médicales, déterminer s'il existe ou non une volonté de garder le secret semble en effet hasardeux. Par ailleurs, lorsqu'un patient exprime de manière explicite sa volonté de ne pas garder un secret, cette déclaration devrait être examinée en priorité sous l'angle d'un motif justificatif légal spécial (consentement, art. 321 ch. 2 CP) plutôt que sous l'angle des critères d'existence d'un secret. La question à se poser en priorité, comme l'affirme à juste titre GRAVEN, devrait donc être celle de savoir « *s'il peut objectivement exister, à la non-révélation, un intérêt tel que l'indiscrétion constituerait une espèce d'abus de la confiance du maître du secret* », tout en gardant en tête que la notion de secret professionnel ne doit pas être interprétée restrictivement[763].

d. Synthèse et réflexions

446 Pour admettre l'existence d'un secret, celui-ci doit porter sur des faits qui ne sont pas publics, notoires ou déjà connus et doit être fondé sur un élément subjectif qui se concrétise, selon les situations, par un intérêt digne de protection et/ou par la volonté du maître du secret de garder le fait secret. En l'absence d'un de ces éléments, les faits concernés ne sont pas secrets et le

761 En ce sens : HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 55 ; BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 55-56.

762 BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 55-56.

763 GRAVEN, *L'infraction punissable*, p. 1734.

soignant soumis au secret professionnel qui les communiquerait ne serait pas punissable (ex. : un médecin confirme qu'un sportif connu s'est bien cassé le tibia lors d'un match de football alors que la blessure a été diffusée de manière ostentatoire à la télévision).

447 Dans bien des cas, l'application de ces conditions se révèle toutefois malaisée en raison de leurs contours mal délimités. A cela s'ajoute le fait que la révélation de faits en apparence non secrets s'accompagne souvent de la révélation ou de la confirmation de faits quant à eux bien secrets. Ainsi, dans tous les cas, la plus grande prudence reste de mise. En cas de doute quant au caractère secret ou non d'un fait, le soignant devra sans hésitation opter pour le silence.

448 Cela étant, j'estime qu'il est important de ne pas écarter simplement le problème en posant comme principe que tout ce qui est communiqué au professionnel soumis au secret est *par définition* secret. Cela va à l'encontre du principe général *nulla poena sine lege*. Le législateur a voulu protéger les secrets au sens matériel et non pas n'importe quelle information. Par ailleurs, maintenir une conception matérielle du secret se révèle approprié dans le contexte des nouvelles technologies de l'information et de la communication. A l'heure où les individus publient de plus en plus de contenus sur leur vie privée, il est à mon sens dénué de sens d'interdire *pénalement* aux soignants de confirmer des informations qui auraient été relayées largement et sans restriction d'accès par les personnes concernées sur des réseaux sociaux par exemple. Une définition trop large du secret desservirait l'institution du secret médical, dont le sens deviendrait difficile à appréhender d'un point de vue logique (protéger des secrets qui n'en sont pas). Ainsi, malgré les difficultés de délimitation des secrets, il serait peut-être avisé de favoriser une protection forte et cohérente des informations dont la confidentialité effective est justifiée par un intérêt digne de protection plutôt qu'à toutes les informations, sans distinction, dont un soignant prend connaissance dans le cadre de ses activités. Dans le cas inverse, il existerait un risque de traiter avec plus de légèreté l'ensemble des informations concernées, y compris celles qui doivent faire l'objet d'une protection accrue.

449 Il est enfin utile de rappeler que la négation du caractère secret d'un fait à la lumière de l'article 321 CP n'a pas pour conséquence de lui supprimer toute protection. En plus des législations sur la protection des données potentiellement applicables, les règles professionnelles et éthiques des soignants ont une influence importante sur leur comportement.

3. Portée temporelle du secret

450 L'obligation de garder le secret professionnel commence dès le moment où le maître du secret se confie et n'est soumise à aucune limite temporelle.

451 Conformément au texte de l'article 321 CP ch. 1 CP, le devoir de confidentialité perdure alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études. Le détenteur du secret doit ainsi observer le silence jusqu'à sa mort[764]. Les auxiliaires restent également soumis au secret jusqu'à leur mort, même si le professionnel soumis à titre principal au secret professionnel décède avant eux. La punissabilité de la violation du secret professionnel ne s'étend toutefois pas aux héritiers du détenteur du secret[765]. Ceux-ci ne sont pas considérés comme des auxiliaires du professionnel défunt, sauf s'ils ont effectivement exercé en qualité d'auxiliaire du vivant du professionnel[766]. Le fait qu'un héritier revête la qualité de médecin ou d'un autre professionnel soumise à l'article 321 CP ne le soumet pas pour autant aux devoirs liés au secret professionnel s'il prend connaissance de faits secrets en sa qualité d'héritier. L'article 321 CP nécessite en effet que le secret ait été appris *dans l'exercice* de la profession soumise au secret professionnel[767].

452 Le secret perdure après la fin de la relation thérapeutique, quelle qu'en soit la cause (répudiation du mandat, guérison, etc.)[768]. C'est également le cas après la mort du maître du secret, même si l'impossibilité de porter plainte restreint alors de manière importante l'effectivité de l'article 321 CP (*cf. infra* N 475)[769]. Les cantons ont généralement adopté des dispositions de droit public réglant le sort des dossiers médicaux d'un praticien après son décès ou la cessation de ses activités dans le but d'éviter non seulement la révélation de secrets, mais également pour assurer la continuité des traitements médicaux[770].

453 Les questions relatives à l'accès au dossier médical d'une personne décédée feront l'objet d'un examen particulier (*cf. infra* N 1376 ss).

C. Secret appris dans l'exercice de la profession ou des études

454 Le secret protège toutes les informations qu'un patient confie à un soignant en raison de sa profession ainsi que les informations apprises par le soignant

764 Application par analogie de l'ATF 123 IV 75 c. 2a), JdT 1998 IV 76, où le Tribunal fédéral a confirmé que le secret de fonction perdurait jusqu'à la mort de son détenteur.

765 CHAUDET/HEINZER, Revue de droit suisse 1997, p. 466 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 164.

766 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 592.

767 CHAUDET/HEINZER, Revue de droit suisse 1997, p. 466.

768 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 18.

769 ATF 135 III 597 c. 3.3 ; ATF 87 IV 105 c. 2 ; arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.2.3 ; arrêt du TF 2C_1035/2016 du 20 juillet 2017 c. 4.2.1.

770 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 164 ; voir p. ex. : art. 13-14 du Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998 (RS-NE 801.100) ; art. 58 de la Loi genevoise sur la santé (RS-GE K 1 03).

dans l'exercice de sa profession[771]. Des informations peuvent ainsi tomber sous le coup du secret dans deux cas de figure.

455 Dans le premier cas de figure, des faits deviennent couverts par le secret professionnel dans la mesure où le patient les confie à un professionnel en sa qualité de soignant visé par l'article 321 CP[772]. A côté du cas de figure classique de la consultation médicale, le secret peut donc aussi être confié dans un contexte étranger à la relation thérapeutique (dans la rue, soirée, etc.) dès l'instant où le patient s'adresse au soignant en cette qualité, même si cette communication n'est pas intervenue en vue d'obtenir un diagnostic ou une recommandation de thérapie[773]. La forme de la communication n'a aucune incidence. Le secret professionnel s'applique donc aussi en cas de téléconsultation par exemple[774]. A l'inverse, ne sont pas couverts par le secret professionnel les faits qui ont été confiés à un soignant en sa qualité de personne privée ou lorsque le soignant assume une fonction étrangère aux professions visées par l'article 321 CP. Les activités étrangères peuvent consister en des activités politiques, sociales ou relevant d'une autre profession[775]. Ces faits sont toutefois protégés s'ils ont été manifestement adressés au destinataires en sa qualité de soignant, même en dehors de son milieu professionnel[776]. Il en va de même si le soignant exerce sa fonction de soignant dans le cadre d'une association, même de manière bénévole.

456 Dans le second cas de figure, les informations sont découvertes ou constatées par le soignant lui-même, par le biais de tout autre moyen que la confidence du patient. Il peut s'agir de l'examen du corps du patient, de l'étude de dossier, de conférences ou d'interrogatoire de tiers par exemple. Le canal par lequel l'information parvient à la connaissance du soignant est sans pertinence dans la mesure où l'information est parvenue au détenteur du secret en sa qualité de soignant[777]. Le patient peut très bien ignorer ces faits, que ce soit dans l'hypothèse où il refuserait d'en prendre connaissance, parce qu'il n'en a pas encore été averti ou parce que son soignant omettrait de les lui communiquer. Par ailleurs, il n'est pas nécessaire que les informations aient été

771 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4.1 (non publié dans ATF 142 II 256) ; ATF 101 Ia 10 c. 5c, JdT 1977 I 279 ; ATF 75 IV 71 c. 1.

772 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4.1 (non publié dans ATF 142 II 256) ; ATF 101 Ia 10 c. 5c, JdT 1977 I 279.

773 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192.

774 BURGAT, *Télémédecine*, N 993 ; MANAÏ, *Biomédecine*, p. 136.

775 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 30.

776 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4.2 (non publié dans ATF 142 II 256) ; ATF 112 Ib 606 c. 2b, JdT 1987 IV 150 ; ATF 101 Ia 10 c. 5c, JdT 1977 I 279 ; LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 70.

777 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 161 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192.

confiées dans le cadre d'une relation contractuelle à caractère thérapeutique au sens strict. Le Tribunal fédéral a en effet jugé que l'échange de propos tenu entre le compagnon d'une patiente décédée du sida et un professeur de médecine tombait sous le coup du secret professionnel dans la mesure où cet échange avait pour source un état de fait médical concret[778]. Selon OBERHOLZER, il faut en fait se placer du point de vue du soignant et déterminer s'il existe un lien de causalité entre la prise de connaissance du fait confidentiel et la fonction qu'il exerce[779].

457 On peut se demander si les médecins qui exercent parallèlement une activité thérapeutique non traditionnelle, en particulier la médecine alternative (acupuncture, etc.), sont soumis au secret professionnel pour l'ensemble de leurs activités ou uniquement pour les activités qui relèvent de la médecine dite traditionnelle. Dans un arrêt relativement récent, le Tribunal fédéral a affirmé que : « *nicht unter das Berufsgeheimnis fällt demgegenüber, was dem Arzt als Privatperson oder in anderer nicht ärztlicher Funktion offenbart wurde* »[780]. A cet égard, il se réfère principalement à la jurisprudence abondante rendue à l'égard du secret de l'avocat selon laquelle le secret couvre uniquement l'activité professionnelle spécifique de l'avocat, soit celle qui se caractérise par des conseils juridiques, la rédaction de projets d'actes juridiques, ainsi que l'assistance ou la représentation d'une personne devant une autorité administrative ou judiciaire[781]. L'activité commerciale sortant de ce cadre n'est pas soumise au secret professionnel, dans la mesure où elle ne s'inscrit pas dans l'activité typique de l'avocat[782]. A mon sens, il n'y a pas lieu d'appliquer trop strictement ce principe aux médecins. Il faudrait à tout le moins définir largement l'activité médicale du médecin et y inclure la pratique des médecines alternatives. En effet, qu'ils prodiguent des soins reconnus scientifiquement ou non, les médecins administrent des soins à des patients qui cherchent à se faire soigner. Dans ces conditions, ils agissent comme confidents nécessaires et exercent ainsi une activité typique du médecin. L'exclusion des activités « non scientifiques » du champ d'application de l'article 321 CP déboucherait par ailleurs sur des problèmes pratiques insurmontables et porterait directement atteinte à la confiance témoignée par le public à l'égard des professions de la santé visées par l'article 321 CP. En conséquence, je partage

778 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 4 (non publié dans ATF 142 II 256).

779 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 16.

780 ATF 142 II 256 c. 4.1 (considérant non publié, *cf.* arrêt du TF du 16 juin 2016 2C_215/2015).

781 *Cf.* entre autres : ATF 132 II 103 c. 2.4 (considérant non publié, *cf.* arrêt du TF 1S_31/2001 du 6 février 2006) ; ATF 132 II 103, c. 2.1 ; arrêt du TF 2C_461/2014 c. 4.1 du 10 novembre 2014, ATF 126 II 495 c. 5e/aa ; ATF 120 Ib 112 c. 4 et réf. citées.

782 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 61.

l'avis de CHAPPUIS selon qui « *sauf situation exceptionnelle, toutes les activités* [que les médecins] *exercent pour leurs patients entrent dans le cadre de leur profession* »[783]. Ce dernier précise que ce constat vaut également pour les patients privés de liberté, tels que les détenus[784]. On peut également y ajouter les personnes qui font l'objet de mesures de placement ou qui sont contraintes de se faire examiner dans le cadre d'une procédure judiciaire par exemple.

D. Révélation du secret

La violation du secret professionnel est réalisée lorsqu'un professionnel visé par l'article 321 CP *révèle* un secret à un tiers[785], autorise un tiers à en prendre connaissance[786] ou rend possible l'accès de cette information à un tiers[787]. 458

La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si la violation de l'article 321 CP est constitutive d'un délit formel (*Tätigkeitsdelikt*) ou matériel (*Erfolgsdelikt*). Dans l'hypothèse d'un délit formel, soutenue notamment par KELLER[788] et JENDLY[789], un résultat n'est pas nécessaire et l'infraction est déjà réalisée lorsque le détenteur du secret rend possible l'accès à des informations confidentielles par un tiers sans que celui-ci n'en prenne effectivement connaissance. D'autres auteurs, à l'instar de SIEBEN[790], DUPUIS ET AL.[791], CORBOZ[792], DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS[793] ou LAUX ET AL. (en matière de secret bancaire)[794], laissent entendre qu'il s'agirait au contraire d'un délit matériel en affirmant que l'infraction est uniquement réalisée lorsqu'un tiers prend effectivement connaissance des informations couvertes par le secret. Si la prise de connaissance n'a pas lieu, seule la tentative serait envisageable. 459

783 *Idem*, art. 321 N 62.

784 Pour une analyse générale du secret médical des détenus : JENDLY, *Coexistence des secrets* et MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*.

785 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192.

786 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 19.

787 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 48.

788 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 132.

789 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 194.

790 SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 73.

791 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 33.

792 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 91. CORBOZ n'est toutefois pas d'une limpidité absolue puisqu'il affirme que « *l'acte délictueux consiste à rendre le secret accessible à une personne non autorisée* » (N 67), puis dans une section intitulée « *La tentative* », que « *l'infraction n'est consommée que lorsqu'un tiers non autorisé a effectivement pris connaissance du secret qui lui est rendu accessible par l'auteur* » (N 91).

793 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 580, 595.

794 LAUX ET AL., *Nutzung von Cloud-Angeboten durch Banken*, N 17 ss.

La controverse existe également en matière de secret de fonction[795]. Je suis personnellement d'avis qu'il faut privilégier la qualification de délit matériel. Outre le fait qu'une interprétation littérale de la « *révélation* » implique à mon sens une prise de connaissance effective par un tiers, retenir que l'infraction serait déjà consommée lorsque l'information confidentielle est rendue accessible à des tiers paraît ouvrir toute une série de problèmes d'application (ex. : une information qui se trouve momentanément en libre accès sur une page web dont l'adresse n'a été communiquée à personne constitue-t-elle une révélation ?).

460 Le nombre de personnes à qui l'information confidentielle est révélée importe peu. Un seul destinataire suffit pour qu'intervienne la révélation. L'étendue du cercle des destinataires pourrait avoir une influence sur la quotité de la peine, mais non sur le principe de celle-ci[796].

461 La forme de la révélation n'a pas d'importance. Elle peut intervenir oralement, par écrit, électroniquement ou par la simple remise de documents ou d'objets[797]. Elle peut être explicite ou implicite et peut aussi intervenir par omission, c'est-à-dire par défaut de surveillance. Tel est le cas lorsque le détenteur du secret dépose des documents confidentiels dans un espace où un tiers a pu librement circuler et prendre connaissance de ceux-ci[798] ou qu'un écran d'ordinateur affichant des informations confidentielles est visible des patients qui fréquentent un cabinet. C'est également le cas lorsque des tiers téléchargent ou consultent des données informatiques couvertes par le secret parce qu'un accès à ces fichiers leur a été donné ou parce qu'ils ont pu les consulter sans difficultés particulières, notamment par le biais d'internet ou d'un réseau interne[799]. Les cas de piratage informatique n'entrent pas dans cette catégorie. Il appartient toutefois au détenteur du secret de prendre les mesures nécessaires de sécurisation des données informatiques.

462 La communication d'informations par le soignant au patient lui-même ne constitue pas une révélation punissable. Il n'y a pas de confidentialité à l'encontre du patient[800].

795 En faveur d'un délit formel, notamment MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*, p. 206 ; en faveur d'un délit matériel, notamment SPILLMANN, *Verletzung der Amtsgeheimniss*, p. 208.

796 GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 55.

797 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192-193.

798 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 23 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 112 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192-193.

799 Pour les réseaux internes: SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 125 ; confirmé par WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 48 s.

800 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 116.

Certains auteurs estiment qu'il n'y a pas de « *révélation* » lorsque la communication intervient au sein d'une même équipe de soins[801]. J'estime au contraire qu'il existe une révélation dans ce cas et que celle-ci doit être justifiée, en particulier par le consentement du patient qui peut être valablement donné de manière tacite ou par actes concluants. La question du secret partagé entre soignants fera l'objet d'un développement spécifique (*cf. infra* N 1342 ss). 463

La transmission de faits à un destinataire qui les connaît déjà de manière certaine et complète ne constitue pas une violation du secret professionnel[802]. Le Tribunal fédéral a en effet jugé qu'un médecin ne se rendait pas coupable de violation du secret professionnel lorsqu'il transmettait des informations sommaires à une commission de l'assurance invalidité qui était saisie de l'affaire depuis de nombreuses années et qui avait déjà connaissance de l'affaire (*cf. supra* N 437)[803]. Il y a toutefois violation du secret lorsqu'une transmission d'informations est de nature à renforcer la conviction du destinataire sur des faits qu'il suppose[804] ou dont il a pris connaissance par ouï-dire. Dans ce contexte, la distinction entre faits supposés et faits connus pose certainement des problèmes en pratique. Il convient de se montrer strict sur l'existence de faits connus de manière certaine et complète. 464

La révélation doit permettre d'identifier le secret et son maître[805]. Il n'y a donc pas de révélation si les informations communiquées sont complètement anonymes. Il faut toutefois faire preuve d'une extrême prudence sur ce point lorsque les informations couvertes par le secret concernent des informations sur la santé. Grâce aux développements technologiques, il est aujourd'hui possible d'identifier des personnes sur la base de données médicales à première vue anodines, parfois même sur la base de seules données physiologiques. Un dossier médical dont seul le nom du patient a été caviardé est une mesure d'anonymisation insuffisante. 465

La transmission d'informations contraires à la réalité constitue également une révélation dans la mesure où ces informations, même inexactes ou fausses, sont couvertes par le secret professionnel[806]. 466

801 Ex. : REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 341 ; GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 94.

802 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 72 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 24. *Contra* : BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 19 qui semble partir du principe que la transmission d'informations renforce dans tous les cas la conviction du destinataire.

803 ATF 106 IV 133 c. 3.

804 ATF 75 IV 74 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 192, note 28.

805 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 71.

806 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 111-112.

467 Que le destinataire soit lui-même soumis au secret professionnel, au secret de fonction ou à une autre forme de secret ne supprime pas le caractère punissable de la révélation[807]. En effet, le secret n'est pas confié à une catégorie de professionnels, mais à un individu qui a la qualité de professionnel soumis au secret[808].

E. Intention

468 D'un point de vue subjectif, la violation du secret professionnel nécessite l'intention[809]. L'intention doit porter sur la connaissance du caractère secret des faits et des circonstances qui fondent le devoir de confidentialité. Il n'est toutefois pas nécessaire que l'auteur ait connaissance de son obligation de confidentialité en tant que telle[810]. Celle-ci est de toute manière présumée avoir été apprise dans le cadre de la formation professionnelle[811].

469 L'infraction peut également être commise par dol éventuel[812], mais non par négligence. Agit potentiellement par négligence le médecin qui oublie accidentellement un dossier médical là où il pourrait être consulté par un tiers ou lorsqu'il parle d'un patient au téléphone sans se rendre compte qu'un tiers l'écoute[813]. Cette situation ne doit pas être confondue avec l'omission au sens de l'article 11 CP, qui trouve quant à elle pleinement application[814]. Les professionnels doivent prendre les mesures nécessaires pour éviter qu'une personne puisse accéder indûment à des informations confidentielles, même sans leur concours direct. Si le médecin peut partir du principe que son comportement est susceptible de violer le secret professionnel et qu'il accepte ce risque, il agit par dol éventuel et son comportement est punissable. JENDLY souligne à ce propos la difficulté de distinguer la négligence du dol éventuel en matière de violation du secret professionnel et rappelle qu'une violation par négligence peut cependant donner lieu à des sanctions civiles et/ou disciplinaires[815].

807 ATF 119 II 222 c. 2b dd), JdT 1994 I 598 ; WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 49 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 20.

808 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 20.

809 STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 460 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 80.

810 STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 460.

811 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 26.

812 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 26 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 36 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 21.

813 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 347.

814 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 70.

815 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 195, avec des exemples. Du même avis : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 70 et 104.

III. Erreur

L'erreur sur les faits au sens de l'article 13 CP est admissible. Elle peut être reconnue lorsque le détenteur du secret professionnel estime à tort qu'il a été délié de son secret[816]. 470

L'erreur sur l'illicéité est également admissible. En matière de secret médical, une telle erreur a été retenue par le Tribunal cantonal de Neuchâtel qui a exempté de toute peine un médecin ayant communiqué des informations couvertes par le secret à son avocat, alors qu'il était en conflit avec son patient[817]. 471

IV. Infraction punissable sur plainte

La violation du secret professionnel n'est punie que sur plainte. 472

Selon l'article 30 CP, toute personne lésée peut porter plainte contre l'auteur d'une infraction si celle-ci n'est punie que sur plainte. Lorsque le lésé n'a pas l'exercice des droits civils, le droit de porter plainte appartient également de manière indépendante au représentant légal. Il appartient aussi à l'autorité de protection de l'adulte si l'ayant droit est sous tutelle ou sous curatelle de portée générale (art. 30 ch. 2 CP). Le lésé mineur ou sous curatelle de portée générale peut seulement exercer son droit de porter plainte s'il est capable de discernement (art. 30 ch. 3 CP). 473

En cas d'infraction à l'article 321 CP, la doctrine s'accorde à dire que le droit de porter plainte appartient au maître du secret[818]. Dans le domaine médical, le maître du secret est en principe le patient, mais d'autres personnes peuvent également revêtir ce statut si elles sont directement touchées par les faits secrets. Lorsque la sphère privée protégée par l'article 321 CP ne se limite pas seulement à celle du patient, un droit autonome de porter plainte pour violation du secret professionnel doit être reconnu aux tiers concernés[819]. Ce droit autonome se limite toutefois aux cas où les informations révélées par le soignant ont trait à des informations qui concernent personnellement ces tiers. Les informations concernées doivent par ailleurs présenter un intérêt suffisant à être protégées[820]. Lorsque les informations communiquées ont 474

816 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 195.

817 Voir l'état de fait de l'ATF 120 IV 313.

818 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 27 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 8 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 34.

819 FILLI, BJM 1987, p. 61 s. ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 195 ; *contra* STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 463-464.

820 MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 179.

uniquement trait au patient, le tiers n'est pas fondé à porter plainte dans la mesure où il n'est pas lésé par la révélation illicite.

475 Comme on l'a constaté, le secret professionnel perdure après la mort du patient. L'exigence de la poursuite sur plainte porte cependant sérieusement atteinte à l'effectivité de la protection du secret du patient décédé. Deux situations doivent être distinguées. Si la violation du secret professionnel intervient avant la mort du patient, le droit de porter plainte passe aux proches à condition que le patient n'ait pas porté plainte ou n'ait pas expressément renoncé à porter plainte de son vivant[821]. La définition des « *proches* » est celle qui figure à l'article 110 ch. 1 CP et vise le conjoint, le partenaire enregistré, les parents en ligne directe, les frères et soeurs germains, consanguins ou utérins ainsi que les parents, frères et soeurs et enfants adoptifs. La situation est différente si la violation du secret intervient après la mort du patient. Le droit de porter plainte ne passe en principe pas aux proches du défunt et il n'est donc pas possible de poursuivre la violation du secret professionnel concernant des faits liés à une personne décédée, bien que l'obligation de garder le secret perdure. La portée matérielle de l'obligation de garder le secret professionnel reste alors lettre morte, sa protection procédurale étant inexistante. Une application analogique de l'article 175 CP, qui permet aux proches de porter plainte en cas de diffamation ou calomnie contre une personne décédée, n'est pas admissible[822]. Dans un arrêt relativement ancien maintenant, le Tribunal fédéral a reconnu le droit de porter plainte au père d'un enfant pour une violation du secret professionnel intervenue après la mort de ce dernier[823]. Les juges ont toutefois basé leur raisonnement sur l'existence d'un intérêt autonome du père fondé sur la relation qu'il avait construite avec le médecin en lui confiant son enfant, conformément à son devoir d'entretien au sens de l'article 272 CC. Par ailleurs, certains auteurs proposent de reconnaître la qualité de porter plainte aux proches lorsque la violation intervient quelques instants après la mort[824]. Ils s'appuient sur un arrêt du Tribunal fédéral selon lequel une personne décédée resterait titulaire pendant un certain laps de temps, normalement jusqu'aux funérailles, de ses droits les plus personnels, notamment ceux liés à la protection du domicile et du domaine secret ou privé[825]. L'application analogique de cet arrêt aux cas de violation du secret professionnel apparaît indiquée. Sa portée est toutefois limitée du point de

821 Art. 30 al. 4 CP ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 8.

822 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 27.

823 ATF 87 IV 105.

824 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 8 et réf. citées.

825 ATF 118 IV 319.

vue temporel. Elle permettrait à tout le moins d'assurer un certain niveau de protection du secret professionnel pour un laps de temps où les risques de violation sont probablement plus élevés, notamment lorsque le détenteur du secret doit assouvir les requêtes de tiers avares de détails sur les circonstances de la mort du défunt, en particulier ceux de la presse.

476 L'absence de protection concrète du secret professionnel après la mort du patient est critiquée en doctrine, notamment par KELLER et JENDLY qui encouragent la reconnaissance d'un droit de porter plainte en faveur des proches[826]. Je suis personnellement d'avis qu'il s'agit d'une lacune portant une atteinte à la protection effective du secret professionnel. Cette lacune doit toutefois être relativisée par la reconnaissance du droit autonome reconnu aux tiers de porter plainte en cas de révélation illicite d'informations qui les concernerait. Par ailleurs, si l'on examine la question du point de vue de l'intérêt personnel à la protection de la sphère privée, l'ordre juridique suisse n'assure pas de protection des droits de la personnalité *post mortem*[827]. Tout au plus prévoit-il une protection limitée à des situations spécifiques. Sous l'angle constitutionnel, le Tribunal fédéral a reconnu que le droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) déployait ses effets au-delà du décès et permettait à toute personne de se déterminer à l'avance sur le sort de sa dépouille[828]. Le Tribunal fédéral a par la suite précisé que le droit à la liberté personnelle permettait à un individu de se déterminer sur le sort de sa dépouille, pour autant que ce choix s'inscrive dans les limites légales, de l'ordre public et des bonnes mœurs[829]. En droit civil, le défunt bénéficie seulement d'une protection indirecte dans la mesure où les proches peuvent uniquement invoquer en leur propre nom une atteinte à leur sentiment de piété en agissant en protection de leur propre personnalité[830]. Enfin, quelques dispositions pénales protègent le défunt contre certains types d'atteintes. L'article 262 CP (atteinte à la paix des morts) réprime divers actes de profanation. L'article 175 CP (diffamation ou calomnie contre un mort ou un absent) confère également aux proches du défunt le droit de porter plainte en cas de diffamation ou calomnie contre le défunt. Ainsi, du point de vue de *l'intérêt individuel à la protection de la personnalité*, la protection lacunaire du droit pénal n'est pas forcément

826 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 83 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 196.

827 Sur le plan international, certaines opinions se positionnent en faveur d'une certaine reconnaissance d'un droit à la vie privée post-mortem à la lumière des nouvelles technologies. Voir par exemple : HARBIJA, International Review of Law, Computers & Technology 2017, p. 26 ss.

828 ATF 127 I 115 ; ATF 111 Ia 231 ; ATF 98 Ia 508.

829 ATF 129 I 173.

830 ATF 109 II 353, JdT 1985 I 98 ; GUILLOD, *Droit des personnes*, p. 36.

incohérente avec l'ordre juridique suisse. Elle l'est cependant plus lorsqu'on l'examine à la lumière des objectifs de santé publique visés par l'article 321 CP, qui assure au patient qu'il puisse se livrer en toute confiance à son thérapeute et que les faits confiés ne seront pas révélés après son décès (sur la question plus générale des communications d'informations secrètes relatives à une personne décédée, *cf. infra* N 1376 ss).

V. Peine

477 La violation du secret professionnel est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

Chapitre 4 : Secret de fonction (art. 320 CP)

Nombreux sont les professionnels qui cumulent la double casquette de soignant et de fonctionnaire. Or, les fonctionnaires sont traditionnellement soumis au secret dit « *de fonction* » quant aux informations dont ils prennent connaissance dans le cadre de leur activité officielle. Dans l'ordre juridique suisse, le secret imposé aux fonctionnaires repose principalement sur deux fondements. Le premier, plus sévère, est le secret de fonction pénalement protégé par l'article 320 CP. Le second découle du droit administratif et plus particulièrement du droit de la fonction publique, essentiellement réglé à l'échelon cantonal pour les soignants. 478

Les deux types de secrets de fonction, pénal et administratif, coexistent sans toutefois se recouper, que ce soit du point de vue de l'objet du secret que du type de sanctions. Je me limiterai ici à traiter le secret protégé par l'article 320 CP. En raison de la sévérité accrue des peines qu'il implique, celui-ci dicte en effet de manière plus influente le comportement des fonctionnaires. 479

I. Genèse de l'article 320 CP

A. Situation préalable à l'adoption du code pénal fédéral de 1937 480

Avant l'entrée en vigueur du code pénal de 1937, l'ancien code pénal fédéral de 1853 assurait déjà une protection au secret de fonction. Cette protection était toutefois limitée puisqu'elle s'appliquait uniquement aux fonctionnaires et employés de la Confédération. En vertu de l'article 53 let. b du code pénal fédéral de 1853, ces derniers étaient punissables s'ils révélaient à qui que ce soit des communications verbales ou le contenu de pièces dont ils auraient eu connaissance à raison de leurs fonctions ou de leur emploi, et dont le secret leur avait été prescrit. 481

Dans les cantons, la situation était disparate[831]. Les cantons qui avaient adopté des normes sur le secret professionnel des médecins incluaient en général également les fonctionnaires dans le cercle des personnes soumises au secret. C'était notamment le cas des cantons de Genève, Valais, Neuchâtel, 482

831 LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. 320 N 1.

Berne, Tessin ou Lucerne. Les dispositions cantonales inspirées du code pénal français, à l'image de l'article 378 du code pénal genevois du 29 octobre 1874, soumettaient ainsi au secret les « *autres personnes dépositaires par état ou profession, des secrets qu'on leur confie* ». D'autres législations, en particulier alémaniques, visaient directement les fonctionnaires (*Beamte*)[832].

B. Travaux préparatoires du code pénal et adoption de l'article 320 CP

483 Après l'examen de la première commission d'experts du code pénal, la violation du secret de fonction a été inscrite à l'article 200 de l'avant-projet de code pénal modifié de 1896. Selon cette disposition, devait être puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois au moins le fonctionnaire qui violait le « *secret professionnel* »[833].

484 Suite aux discussions de la deuxième commission d'experts, le projet de code pénal de 1918 contenait ensuite un article 284 relatif à la violation du secret de fonction, dont la formulation était la suivante :

> « *284. – Violation du secret de fonction.*
> 1. *Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*
> *L'obligation de garder le secret subsiste alors même que le détenteur du secret n'est plus en charge.*
> 2. *La révélation n'est pas punissable, si elle a été faite avec le consentement de l'autorité supérieure.* »[834]

485 Le message à l'appui du code pénal ne détaille pas précisément les contours de l'infraction de violation du secret de fonction. Le Conseil fédéral y précise notamment qu'il importe peu que le secret protégé soit un secret d'Etat ou un secret de nature privée. Par ailleurs, le Conseil fédéral explique que si le projet est sévère à l'égard des délits des fonctionnaires, c'est parce qu'il attache une grande importance au maintien de la réputation d'intégrité des fonctionnaires suisses[835].

832 *Cf.* notamment § 124 du code pénal lucernois du 29 janvier 1860.

833 Avant-projet de code pénal suisse modifié d'après les décisions de la commission d'experts, Berne 1896, p. 147.

834 Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale à l'appui du projet de code pénal suisse, 23 juillet 1918, p. 196.

835 *Idem*, p. 74.

La disposition relative à l'infraction du secret de fonction a suscité moins de débats que celle relative au secret professionnel. Le secret de fonction a été abordé pour la première fois devant le Conseil national par le rapporteur LOGOZ, qui a présenté la disposition comme le pendant de celle relative au secret professionnel, tout en soulignant que cette dernière s'appliquait au simple particulier seulement[836]. 486

La Commission du Conseil des Etats a regretté que la disposition ne soit pas plus précise sur la notion de « *secret* ». Selon elle, le secret pouvait non seulement découler de dispositions imposant expressément le secret ou de directives édictées par les autorités compétentes, mais également s'imposer par la nature de l'information, en tous les cas lorsque la révélation de celle-ci pourrait causer un dommage illicite à l'Etat ou à un particulier[837]. 487

Le principal point de désaccord entre les Chambres est survenu lorsque le Conseil des Etats a adopté une modification du chiffre 2 en lien avec la révélation non punissable. Selon celle-ci, le consentement de l'autorité à la révélation pouvait uniquement être accordé si la révélation était nécessaire pour sauvegarder un intérêt supérieur[838]. Le Conseil national s'y est opposé en faisant valoir que la notion d'intérêt supérieur était superflue et que la seule décision de l'autorité compétente devait faire règle. C'est l'option souhaitée par le Conseil national qui s'est imposée. 488

Sur proposition de la Commission du Conseil des Etats, les Chambres ont par ailleurs modifié le chiffre 1 en ce sens que l'obligation de garder le secret déploie non seulement ses effets à l'égard des personnes qui ont pris connaissance du secret en raison de leur charge, mais également en raison de leur « *emploi* ». Cet ajout devait permettre d'intégrer les employés publics aux autorités et aux fonctionnaires[839], mais était superflu en réalité[840]. 489

Au terme des débats, après quelques modifications de forme et un remaniement des chapitres, l'Assemblée fédérale a adopté en 1937 le code pénal fédéral dont l'article 320 CP était énoncé de la façon suivante : 490

« *Art. 320 – Violation du secret de fonction*

1. *Celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni de l'emprisonnement ou de l'amende.*

836 LOGOZ, BO (CN) 1929, p. 613.

837 BAUMANN, BO (CE) 1931, p. 673.

838 BO (CE) 1931, p. 671.

839 BO (CE) 1935, p. 249 ; BO (CN) 1935, p. 526.

840 LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. 320 N 3 b).

La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin.

2. *La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.* »

491 A l'exception des peines, qui prévoient aujourd'hui une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, l'article 320 CP n'a subi aucune modification.

C. Propositions subséquentes de modification de l'article 320 CP

492 Depuis l'entrée en vigueur du code pénal, l'article 320 CP a fait l'objet de quelques propositions de modifications à l'Assemblée fédérale. Aucune n'a toutefois abouti à ce jour.

493 Parmi les tentatives de modifications les plus récentes, une motion de 2016 du parlementaire Claude JANIAK proposait d'autoriser les révélations de faits couverts par le secret de fonction lorsqu'un intérêt public prépondérant le justifiait[841]. La motion se fondait sur l'étude de BLÖCHLINGER relative au secret de fonction et à la coopération entre les autorités[842]. Le Conseil national a toutefois rejeté celle-ci, après que le Conseil fédéral a jugé une telle modification inadéquate. Selon ce dernier, l'introduction d'une telle clause aurait conduit à une pratique inégale de la divulgation des informations, sans que les autorités supérieures soient encore en mesure d'assurer une pratique uniforme. La communication d'informations entre autorités devait par ailleurs répondre à des conditions précises, reposant sur des bases légales expresses. Au surplus, introduire un tel motif justificatif aurait vidé de son sens le rôle de l'autorité supérieure chargée de délier le fonctionnaire de son secret (art. 320 al. 2 CP).

494 Un projet de modification de l'article 320 CP est par ailleurs aujourd'hui discuté dans le cadre de l'adoption d'une loi fédérale sur la sécurité de l'information au sein de la Confédération (Loi sur la sécurité de l'information, LSI)[843]. Le Conseil fédéral a proposé d'étendre le devoir de garder le secret de fonction aux « *auxiliaires* » d'une autorité ou d'un fonctionnaire, de sorte à soumettre les auxiliaires externes du domaine des technologies de l'information et de la communication au secret de fonction[844]. Aujourd'hui, les administrations

841 Motion Claude JANIAK 16.3037 « *Secret de fonction et coopération entre les autorités. Révision de l'article 320 chiffre 2 CP* ».

842 BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*.

843 FF 2017 2907.

844 Message du Conseil fédéral du 22 février 2017 concernant la loi sur la sécurité de l'information, FF 2017 2765, 2886.

recourent fréquemment à des prestataires informatiques externes et le personnel de ces derniers n'est pas forcément astreint au secret de fonction[845]. A l'heure où ces lignes sont écrites, les deux Chambres ont accepté cette proposition de modification de l'article 320 CP[846].

II. Intérêts protégés par l'article 320 CP

Aujourd'hui, jurisprudence et doctrine s'accordent largement à affirmer que l'article 320 CP protège un double intérêt : l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique et l'intérêt à la protection de la sphère privée des particuliers[847]. 495

Du point de vue de l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique, le secret de fonction permet à l'administration fédérale, cantonale ou communale de déployer son activité sereinement et de manière indépendante, sans que des révélations indues soient source d'immixtions externes injustifiées[848]. Ces dernières pourraient engendrer des effets néfastes sur les processus décisionnels de l'administration. Elles pourraient également compromettre la sécurité ou l'ordre public, porter atteinte aux intérêts de l'Etat ou permettre à des personnes de se soustraire à des mesures étatiques[849]. S'il n'est pas remis en cause, cet intérêt doit toutefois être examiné à la lumière du principe de transparence imposé par les législations récentes sur la transparence, selon lesquelles l'activité de l'Etat est par principe transparente sauf dans les cas expressément prévus par la loi (*cf. infra* N 541 ss). 496

Dans le même temps, l'Etat ne peut fonctionner que s'il se trouve en possession de données personnelles (mais aussi non personnelles). Les données personnelles peuvent être transmises de manière volontaire ou forcée par les individus eux-mêmes, mais peuvent également être collectées sans le concours du citoyen. La protection de la sphère privée par le secret de fonction est d'autant plus importante lorsque les individus sont contraints de 497

845 Sur la question de l'utilisation des *clouds* par l'administration publique, voir : MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 609 ss.

846 BO (CE) 2017, p. 848 ; BO (CN) 2020, p. 696.

847 Notamment : ATF 141 I 201 c. 4.5 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 4-5 ; BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*, p. 13 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 3 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 575 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 2-3 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 667 ; MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*, p. 201 ; BUSER, *Der Schutz der Privatsphäre durch das Amtsgeheimnis*, p. 51 ss ; CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 5.

848 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 3 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 5 ; BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*, p. 13-14 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 2.

849 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 2 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 5.

communiquer des informations les concernant[850]. L'étendue des données personnelles collectées par l'Etat est très large et leur degré de sensibilité souvent élevé. C'est en particulier le cas des données personnelles relatives à la santé qui sont récoltées en nombre par l'Etat à des fins diverses, telles que les assurances sociales, la fourniture de soins ou la sécurité publique. La garantie du secret de fonction joue alors un rôle essentiel pour le mécanisme de collaboration entre l'individu et l'Etat : l'individu se livrera plus facilement s'il est conforté dans l'idée que les données qu'il confie à l'Etat sont protégées par les garanties offertes par le secret de fonction[851]. Envisagé de cette manière, le secret de fonction peut ainsi être considéré comme une contrepartie au devoir de collaborer de l'individu face à l'Etat[852]. Plus largement, il limite les effets de l'atteinte à la sphère privée causés par le traitement de données personnelles par l'Etat[853] et protège donc les intérêts privés des individus. Dans ce sens, la jurisprudence a d'ailleurs reconnu la qualité de lésé à un particulier dont la sphère privée avait été atteinte de manière illicite suite à une violation du secret de fonction[854].

498 Un certain nombre d'auteurs affirment que le secret de fonction protège de manière primaire l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique, alors que la protection de la sphère privée constituerait un intérêt secondaire[855]. Le Tribunal fédéral semble soutenir un point de vue semblable. Tout en reconnaissant que l'article 320 CP protège l'intérêt au maintien du secret du particulier, il affirme en effet que l'article 320 CP « *bezweckt* (…) *in erster Linie die Wahrung öffentlicher Interessen, namentlich das reibungslose Funktionieren der Verwaltung und der Rechtspflege* »[856]. Comme le souligne toutefois JENDLY, une distinction entre intérêt public et intérêt privé ne saurait être appréhendée de façon trop binaire dans la mesure où « *il est fréquent qu'intérêts public et privé s'imbriquent, notamment lorsque l'intérêt public avancé poursuit concurremment la préservation d'un intérêt privé* »[857].

499 Examiné du point de vue du secret médical, le secret de fonction fait donc sens tant du point de vue de la protection de l'intérêt privé que de l'intérêt

850 ATF 141 I 201 c. 4.5.

851 GRISEL, *L'obligation de collaborer*, N 126.

852 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 3.

853 GRISEL, *L'obligation de collaborer*, N 126.

854 ATF 120 Ia 224 c. b.

855 Notamment : BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*, p. 13 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 575.

856 ATF 142 IV 65 c. 5.1, JdT 2016 IV 362. Voir également : arrêt du TF du 24 avril 2015 6B_1192/2014 c. 4.3 ; arrêt du TF 6B_28/2012 du 11 décembre 2012 c. 1.4.3.

857 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 136.

public. Dans la mesure où l'Etat a pour mission de fournir aux individus une offre de soins suffisante, le secret de fonction garantit aux individus que les données qu'ils transmettront dans ce cadre ne seront pas divulguées à des tiers. Ce faisant, le secret de fonction renforce la confiance des patients dans les services de soins publics et permet à l'Etat de remplir ses missions, à savoir fournir un certain niveau de soins et garantir le meilleur niveau de santé possible à la population. Le secret de fonction permet ainsi de faciliter la réalisation des tâches confiées aux établissements et personnes chargées de réaliser les tâches de santé publique.

III. Eléments constitutifs

A. Membre d'une autorité ou fonctionnaire

1. Notions de membre d'une autorité et fonctionnaire

La violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP constitue un délit propre pur[858]. Elle ne peut être commise que par le « *membre d'une autorité* » ou un « *fonctionnaire* ». 500

La notion de « *membre d'une autorité* » n'est pas définie par le code pénal. Selon la doctrine, elle vise les personnes qui, sans se trouver dans une position subordonnée, exercent l'un des trois pouvoirs de l'Etat[859]. Pour VERNIORY, on peut de surcroît y intégrer « *les membres des organes suprêmes des entités de l'administration décentralisée (p. ex. conseil d'administration d'un établissement public autonome ou rectorat d'une université), voire, de cas en cas d'autres entités publiques (p. ex. des commissions dites extraparlementaires ou officielles) ou parapubliques, ou d'entités privées délégataires de tâches publiques* »[860]. 501

En principe, les membres d'une autorité au sens de l'article 320 CP interviennent rarement en qualité de soignants au sens strict du terme. Comme l'orientation de la présente étude est dirigée en premier lieu sur le secret des soignants, la notion d'autorité ne sera pas traitée en détail ici. Il faut cependant relever que selon le droit cantonal applicable, les médecins cantonaux, agissant en qualité d'autorité, sont parfois amenés à assumer des tâches dévolues aux soignants. Par ailleurs, il n'est pas inutile de rappeler que sans assumer des tâches thérapeutiques, certains membres d'autorités sont régulièrement amenés à traiter des informations sensibles d'ordre médical, à l'instar des membres 502

858 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 6 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 11.

859 CR CP I-VERNIORY, art. 110 al. 3 N 2 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 7.

860 CR CP I-VERNIORY, art. 110 al. 3 N 5.

des commissions cantonales de levée du secret médical. Ces personnes sont visées par l'article 320 CP en leur qualité de membre d'une autorité[861].

503 La notion de « *fonctionnaire* » fait quant à elle l'objet d'une définition spécifique dans le code pénal. Selon l'article 110 ch. 3 CP, il faut ainsi entendre par fonctionnaire « *les fonctionnaires et les employés d'une administration publique et de la justice ainsi que les personnes qui occupent une fonction publique à titre provisoire, ou qui sont employés à titre provisoire par une administration publique ou la justice ou encore qui exercent une fonction publique temporaire.* » Il s'agit d'une définition autonome propre au droit pénal qui ne se confond pas nécessairement avec la définition retenue en droit public[862].

504 La notion de fonctionnaire doit être interprétée de manière large[863]. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, elle recouvre aussi bien les fonctionnaires d'un point de vue institutionnel que d'un point de vue fonctionnel[864]. Les premiers sont les fonctionnaires au sens du droit public, à l'instar des employés des services publics[865]. Les seconds sont considérés par la jurisprudence comme fonctionnaires au sens de l'article 110 CP dès lors qu'ils assument la réalisation de tâches publiques au service de la collectivité (sur la notion de tâche publique, *cf. infra* § 509 ss), indépendamment de leur statut juridique[866]. De ce point de vue, la nature et l'objet des fonctions assumées concrètement sont décisifs[867].

505 Un fonctionnaire au sens du droit pénal ne se trouve ainsi pas forcément dans un rapport de service avec le pouvoir public[868]. Il peut être simple em-

861 Notons que la distinction entre membre d'une autorité et fonctionnaire, parfois délicate, n'a pas une grande importance pratique selon la doctrine, *cf.* à ce sujet : BSK StGB-OBERHOLZER, art. 110 al. 3 N 8 ; CR CP I-VERNIORY, art. 110 al. 3 N 10.

862 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 110 N 9.

863 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145.

864 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145 ; ATF 135 IV 198 c. 3.3, JdT 2011 IV 51. Voir aussi : GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 93 ; SCHNYER ET AL., *Protection de la sphère privée dans les institutions*, p. 13.

865 ATF 135 IV 198 c. 3.3, JdT 2011 IV 51. Comme le relève CR CP I-VERNIORY, art. 320 N 2, la Confédération et les cantons ont tendance, en matière de droit administratif, à abandonner la notion de « *fonctionnaire* » au profit de l'emploi des terminologies « *membres du personnel* » ou « *employé* ». Dans certains cantons, la notion de « *fonctionnaires* » ne couvre qu'une catégorie particulière de personnel travaillant pour l'Etat.

866 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145 : « *Bestehen diese in der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, so sind die Tätigkeiten amtlich und die sie verrichtenden Personen Beamte im Sinne des Strafrechts.* » Voir aussi : ATF 135 IV 198 c. 3.3, JdT 2011 IV 51 ; ATF 121 IV 2016 c. 3a, JdT 1997 IV 70.

867 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 110 N 10 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 7, met en avant le critère de l'apparence, et précise qu'il faut que la personne « *apparaisse* (…) *comme un agent d'une collectivité public* (sic) *ou qu'elle exerce, même pour un organisme décentralisé, une tâche de droit public* ».

868 ATF 121 IV 216 c. 3, JdT 1997 IV 70.

ployé public ou accomplir ses fonctions sur la base d'un contrat de droit privé[869]. L'activité peut également être exercée à titre provisoire ou durable, voire sur la base d'un mandat[870]. Elle peut aussi être exercée à titre gratuit[871].

506 La question de savoir si les fonctionnaires devraient au surplus exercer leurs fonctions dans un rapport de dépendance ou de subordination, avec l'autorité ou plus largement l'Etat, est plus délicate[872]. Cette condition posée par une jurisprudence maintenant ancienne[873] est critiquée à juste titre par la doctrine[874]. Elle ne semble d'ailleurs plus être retenue par la jurisprudence qui insiste essentiellement sur le caractère institutionnel ou fonctionnel d'une activité pour déterminer si l'on se trouve en présence d'un fonctionnaire ou non[875]. Dans les contextes toujours plus courants de décentralisation fonctionnelle de l'administration et de privatisation des tâches publiques, la délimitation entre fonctionnaires et non-fonctionnaire peut se révéler fort délicate et nécessite un examen au cas par cas[876].

507 Contrairement à l'article 321 CP, l'actuel article 320 CP ne vise pas les auxiliaires des fonctionnaires ou des membres d'une autorité. Il existe pourtant une lacune en la matière puisqu'un nombre important d'administrations publiques recourent aujourd'hui aux services de prestataires informatiques qui ne tombent pas dans la définition de fonctionnaire au sens de l'article 110 ch. 3 CP[877]. Pour remédier à cette situation insatisfaisante, le Conseil fédéral a proposé une modification de l'article 320 CP dans le cadre de l'adoption d'une nouvelle loi fédérale sur la sécurité de l'information (LSI)[878]. Le projet de modification vise à étendre l'obligation de garder le secret à ceux qui se voient confier un secret en tant qu'auxiliaire d'une autorité ou d'un fonctionnaire. Les débats sur l'adoption de la future LSI sont en cours à l'heure où ces lignes sont écrites.

869 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 6 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 8 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 132.

870 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 6.

871 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 8.

872 CR CP I-VERNIORY, art. 110 al. 3 N 5 (qui qualifie ce critère de quelque peu perturbateur à l'occasion) ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 8 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 110 N 10.

873 ATF 121 IV 216 c. 3 ; ATF 76 IV 102 c. 1

874 Notamment BSK StGB-OBERHOLZER, art. 110 al. 3 N 12 ; TRECHSEL/BERTOSSA/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 110 N 10 ; SIEBER, Revue pénale suisse 1966, p. 78.

875 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145 ; ATF 135 IV 198 c. 3.3, JdT 2011 IV 51. TRECHSEL/BERTOSSA/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 110 N 10.

876 CR CP I-VERNIORY, art. 110 al. 3 N 6.

877 MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 610.

878 FF 2017 2907.

2. Notion de « tâche publique » pour la détermination des fonctionnaires au sens fonctionnel

508 La reconnaissance du statut de fonctionnaire au sens fonctionnel en droit pénal est principalement liée à l'existence du critère fonctionnel de la « *réalisation d'une tâche publique* »[879]. Or, cette notion n'est pas déterminée plus en détail par la jurisprudence rendue sur la base de l'article 110 CP.

509 La notion de « *tâche publique* »[880] joue un rôle important dans plusieurs domaines du droit, en particulier en matière de régimes de responsabilité ou de procédure administrative, voire en matière constitutionnelle dans la mesure où l'article 35 al. 2 Cst. impose à quiconque assume une tâche de l'Etat (qu'il faut assimiler aux tâches publiques) de respecter les droits fondamentaux[881]. Au niveau fédéral, l'article 178 al. 3 Cst. exige par ailleurs que les tâches de l'administration fédérale confiées à des organismes et à des personnes de droit public ou de droit privé qui sont extérieurs à l'administration fédérale reposent sur une base légale. Toutefois, dans l'ensemble des domaines concernés, la notion de « *tâche publique* » n'a pas été déterminée de manière précise. Plusieurs auteurs ont tenté de tracer ses contours sur la base de la jurisprudence du Tribunal fédéral notamment. Je propose de restituer ici de manière condensée les conclusions de RÜTSCHE et de VOISARD sur cette question, sélectionnées en raison de l'étendue de la jurisprudence qu'elles prennent en compte notamment.

510 L'examen de la jurisprudence du Tribunal fédéral, principalement rendue en matière administrative, a permis à RÜTSCHE de dégager trois critères généraux fondant la notion de « *tâche publique* »[882] :

1. La « tâche » en elle-même revêt une signification triple.[883] Il s'agit d'une activité et non d'un état d'abstention ou de tolérance. Elle doit être exercée pendant une certaine durée (exclusion des obligations liées à une situation comme l'obligation de prêter secours aux personnes en danger de mort). La tâche doit en outre avoir pour objet l'obligation

879 ATF 141 IV 329 c. 1.3, JdT 2016 IV 145 et réf. citées.

880 Selon VOISARD, parfois indistinctement qualifiée de « *tâche de droit public, tâche d'intérêt public, tâche d'utilité publique, tâche de service public, tâche d'intérêt général, tâche d'autorité, tâche de l'administration ou de fonction de droit public* » : VOISARD, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative*, N 325, note n° 1159.

881 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 67.

882 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 68 ss ; l'avis de droit précité a ensuite fait l'objet d'un article : RÜTSCHE, recht 2013, p. 153 ss.

883 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 72.

d'exercer une certaine activité et ne doit pas se limiter à fixer les modalités d'une activité exercée librement.

2. La tâche publique est fondée sur un mandat du pouvoir constituant ou législatif[884]. Le mandat s'adresse en principe à des autorités de l'Etat au sens organisationnel, mais peut également s'adresser directement à des tiers, tels que des unités administratives décentralisées ou des personnes privées. En tant que concrétisation de l'activité de l'Etat, l'acte de délégation doit indirectement servir un intérêt public. L'acte de délégation doit par ailleurs respecter les conditions posées par la Constitution ou la loi. Il nécessite dans tous les cas une base légale formelle. Les normes qui confient des tâches publiques, c'est-à-dire les normes de délégation, peuvent quant à elles présenter une densité normative plus ou moins élevée (jusqu'au niveau de l'ordonnance ou de la directive).
3. Le mandat du législateur contient une obligation de réaliser la tâche publique[885]. L'Etat peut certes utiliser des moyens d'incitation, en particulier l'octroi de subventions, pour garantir la fourniture de prestations, mais le versement de subventions à lui seul n'est pas suffisant pour fonder l'existence d'une tâche publique. Il faut bien plutôt examiner si « *l'activité concernée est liée à une obligation légale de réalisation, donc si le bénéficiaire de la subvention est tenu de par la loi d'exercer l'activité subventionnée ou si les autorités ont l'obligation légale de veiller à son accomplissement* »[886]. Dans le cas contraire, la subvention prend la forme d'une aide financière en vue de soutenir financièrement une activité librement choisie. Ce critère permet également de distinguer d'autres tâches publiques par rapport aux activités privées bénéficiant d'une concession (ex. : utilisation des eaux, radiotélévision), ces dernières ne relevant pas des tâches publiques puisque ceux qui les exercent n'ont aucun mandat direct du législateur d'accomplir cette tâche[887].

511 RÜTSCHE a également dressé une liste des critères qui ne sont pas déterminants pour la définition de la « *tâche publique* ». Parmi ceux-ci figurent la forme de l'organisation, la forme des prestations, le régime en matière de responsabilité, l'obligation de tenir compte des droits fondamentaux, l'octroi

884 *Idem*, p. 72-74.

885 *Idem*, p. 74-77.

886 *Idem*, p. 75.

887 *Idem*, p. 76.

des subventions, le pilotage par l'Etat, la surveillance de l'Etat, l'initiative étatique ou privée, la concurrence ou encore la subsidiarité de l'accomplissement de l'acte[888].

512 VOISARD, qui a également examiné en détail la jurisprudence du Tribunal fédéral pertinente en la matière, retient quant à lui deux composantes pour fonder l'existence d'une tâche publique. En premier lieu, la tâche visée doit être instituée et régie par le droit public, conformément au principe de légalité et à la volonté du législateur[889]. En second lieu, la tâche doit revêtir un caractère public, c'est-à-dire qu'elle doit être instituée dans l'intérêt public[890]. Cela étant, l'analyse de VOISARD ne s'éloigne pas grandement sur le fond des conclusions de RÜTSCHE. Ce dernier reconnaît par exemple aussi que celui qui est investi d'une tâche publique doit impérativement l'exécuter[891].

513 A mon sens, les critères dégagés par RÜTSCHE et VOISARD sont également applicables pour déterminer si on se trouve en présence d'un fonctionnaire au sens fonctionnel, c'est-à-dire d'une personne qui assume la réalisation d'une tâche publique au service de la collectivité. Bien que la jurisprudence du Tribunal fédéral prise en compte par les deux auteurs ait très largement été rendue en matière administrative, rien ne justifie de s'écarter de la notion développée dans ce cadre pour interpréter l'article 110 ch. 3 CP. RÜTSCHE et VOISARD indiquent d'ailleurs que la notion examinée de « *tâche publique* » est celle qui est utilisée pour déterminer le champ d'application des infractions du code pénal qui ont pour auteur un fonctionnaire au sens de l'article 110 ch. 3 CP[892].

514 Le critère de la délégation d'une tâche publique revêt par ailleurs un rôle central pour délimiter les champs d'application respectifs du droit cantonal de la protection des données (traitements de données par des organes publics cantonaux) et de la LPD (traitement des données par des personnes privées ou des organes publics fédéraux). Cette question ainsi que les principales solutions proposées dans le secteur de la santé feront l'objet d'un examen détaillé (*cf. infra* N 735 ss).

3. Soignants fonctionnaires

515 A ce stade, il s'agit de déterminer si les soignants peuvent être considérés comme des fonctionnaires au sens des articles 110 et 320 CP et, le cas échéant,

888 *Idem*, p. 77-81.

889 VOISARD, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative*, N 327.

890 *Idem*, N 328.

891 *Idem*, N 327.

892 RÜTSCHE, recht 2013, p. 154 ; VOISARD, *L'auxiliaire dans la surveillance administrative*, N 330.

dans quel contexte. Les questions relatives à l'existence d'une obligation de garder le secret de fonction ou à l'existence d'un conflit avec d'autres formes de secret, en particulier le secret professionnel, feront quant à elles l'objet d'analyses subséquentes. A cet égard, comme on le verra, l'application en concours de l'article 321 CP a pour effet de réduire notablement la portée de l'article 320 CP (*cf. infra* N 1274 ss). La présente section se limite donc à ce stade à déterminer quels soignants doivent être considérés comme fonctionnaires à la lumière de l'article 110 ch. 3 CP en vue de l'analyse des concours de normes. La reconnaissance du statut de fonctionnaire n'implique donc pas encore l'application du secret de fonction.

a. Soignants dans les départements de l'administration publique

516 Il n'est pas rare que des soignants de formation soient engagés par les collectivités publiques – à l'échelon fédéral, cantonal ou communal – pour remplir des tâches publiques qui n'impliquent pas de relations directes avec des patients. Ces soignants de formation sont engagés en raison de leurs connaissances particulières dans un domaine spécifique de la santé, à l'instar des soignants engagés dans les services de santé publique chargés par exemple de la promotion de la santé publique ou de la lutte contre les maladies transmissibles. KELLER qualifie les médecins qui répondent à cette définition de « *médecins de l'administration au sens étroit* » (« *Amtsarzt im engeren Sinne* »)[893]. Ces personnes sont des fonctionnaires institutionnels au sens des articles 110 et 320 CP.

517 On doit également qualifier de fonctionnaires au sens institutionnel les soignants engagés formellement par l'Etat pour assurer de manière durable des missions thérapeutiques ou de surveillance de la santé publique en relation directe avec les individus. En principe, les intervenants dans le contexte de la médecine scolaire (médecins, dentistes, infirmiers ou autres) entrent dans cette catégorie, tout comme les médecins militaires[894]. Lorsque la tâche assumée n'est réalisée que de manière ponctuelle, sans que la personne concernée ne soit formellement engagée par l'Etat, cette dernière n'est pas un fonctionnaire institutionnel et il faut examiner au cas par cas si elle agit en qualité de fonctionnaire au sens fonctionnel.

b. Soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers

518 Déterminer si les membres du personnel soignant d'un établissement médico-hospitalier doivent être qualifiés de fonctionnaires dépend des tâches assumées par l'établissement médico-hospitalier. Dès lors que celui-ci assume

893 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 97.

894 Art. 11 OAMAS, RS 511.12.

des tâches publiques, le personnel soignant qui exécute celles-ci revêt alors la qualité de fonctionnaire dans les limites de cette tâche.

519 A la lumière des critères développés par la doctrine (*cf. supra* N 508 ss), il convient donc d'examiner au cas par cas si l'Etat a confié, sur la base d'un mandat du pouvoir constituant ou législatif, une tâche contraignant son destinataire à fournir une prestation publique, soit en l'occurrence des prestations hospitalières. Celles-ci doivent cependant être soigneusement distinguées, principalement sous l'angle de la distinction entre soins stationnaires et soins ambulatoires, ainsi que sous l'angle de la prise en charge ou non par l'assurance obligatoire de soins.

520 La fourniture de *soins stationnaires dans le domaine de l'assurance obligatoire de soins* constitue une tâche publique[895]. Le mandat étatique sur lequel repose cette activité découle en particulier de l'article 39 al. 1 let. e LAMal selon lequel les établissements sont admis à pratiquer à charge de l'assurance maladie obligatoire de soins s'ils figurent sur la liste cantonale fixant les catégories d'hôpitaux en fonction de leurs mandats. Il découle aussi de l'article 41*a* LAMal qui oblige les hôpitaux répertoriés à garantir la prise en charge de tous les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital et, dans une certaine mesure, des assurés résidant hors du canton (mandats de prestations ou cas d'urgence). Bien que la fourniture de soins relève en premier lieu de la compétence des cantons, l'article 49*a* al. 1 LAMal relatif aux conventions tarifaires avec les hôpitaux, introduit en 2007, a placé sur un pied d'égalité l'ensemble des hôpitaux répertoriés et supprimé la possibilité offerte aux cantons de concrétiser leurs mandats de soins hospitaliers avec des conventions de prestations développées de manière autonome[896]. Couplées avec les tâches cantonales en matière de fourniture de soins[897], les dispositions susmentionnées de la LAMal constituent un mandat de prestations imposant aux établissements médico-hospitaliers répertoriés par les cantons de fournir des soins stationnaires dans le domaine de l'assurance obligatoire de soins. Ce mandat de prestations relève donc à tout le moins partiellement du droit fédéral. Les soins qui font l'objet du mandat de prestations constituent dès lors une tâche publique.

521 Pour leur part, les *prestations hospitalières en matière d'assurance invalidité, accidents et militaire* ne font pas l'objet d'un régime d'admission relevant du droit fédéral et les assurés ont le libre choix quant à l'établissement[898].

895 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 83-92.

896 *Idem*, p. 90.

897 Les tâches des cantons en matière de fourniture de soins découlent généralement des constitutions cantonales.

898 Art. 26bis LAI ; art. 10 LAA et art. 68 OLAA ; art. 17 LAM et art. 11 OAM.

Les prestations hospitalières dans ce domaine doivent être qualifiées de tâches publiques si le droit cantonal les intègre dans le mandat cantonal relatif aux soins hospitaliers. Les cantons procèdent généralement à une telle intégration dans le seul objectif de déléguer ces tâches publiques puisque le droit des assurances sociales ne les y oblige pas. La reconnaissance d'une tâche publique pour les prestations hospitalières dans ce domaine dépend ainsi du droit cantonal pertinent[899].

522 Il faut appliquer le même raisonnement pour la qualification des soins hospitaliers ambulatoires puisque ces derniers échappent au régime de la LAMal. La reconnaissance de leur statut de tâche publique dépend par conséquent des mandats de prestations cantonaux en la matière[900]. Comme le constate RÜTSCHE, de tels mandats n'existent pas toujours en tant que tels et il faut alors se demander si leur existence peut être déduite de la législation cantonale ; en principe, « *on peut dire que des tâches publiques sont accomplies dans le cadre de prestations ambulatoires subventionnées quand la subvention est conçue d'après la teneur ou la systématique de la loi comme un instrument permettant de réaliser un mandat de soins au niveau cantonal* »[901].

523 Lorsque les soins constituent des *prestations au bénéfice d'une assurance complémentaire*, c'est-à-dire qu'ils sont pris en charge par une assurance privée, il faut déterminer si ces soins sont fournis dans le cadre d'un traitement concurremment pris en charge par l'assurance obligatoire des soins (assurés en privé ou demi-privé). Si tel est le cas, le Tribunal fédéral a jugé que les prestations prises en charge par une assurance complémentaire avaient un impact sur l'assurance obligatoire des soins et qu'elles devaient être prises en compte dans le cadre de la planification hospitalière[902]. Elles relèveraient alors d'une tâche publique. A l'inverse, les prestations exclusivement prises en charge par une assurance complémentaire sans être liées à un traitement pris en charge par l'assurance obligatoire des soins ne relèvent pas des mandats de prestations cantonaux et constituent par conséquent des activités purement privées[903].

524 Sur la base du droit actuellement en vigueur, les soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers qui sont impliqués dans un traitement fourni sur la base d'un mandat de prestations cantonal doivent donc être qualifiés de fonctionnaires puisque leur activité contribue à réaliser une tâche

899 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 92.

900 *Ibid.*

901 *Idem*, p. 94-95.

902 ATF 132 V 6 c. 2.4.2, RDAF 2007 I 385.

903 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 95.

publique[904]. Le statut de fonctionnaire peut être institutionnel ou fonctionnel selon les conditions d'engagement du soignant. Il est par exemple fonctionnel pour les soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers privés accomplissant des tâches publiques dans le cadre de leur mandat de prestations conclu avec l'Etat.

525 Les médecins-chefs d'hôpitaux publics autorisés à traiter une patientèle purement privée constituent une catégorie particulière de soignants dont le statut de fonctionnaire n'est pas très clair. Les hôpitaux publics offrent en effet fréquemment aux médecins-chefs la possibilité de traiter des patients privés pour éviter leur départ vers le secteur privé[905]. Par le passé, le Tribunal fédéral s'est prononcé à plusieurs reprises sur leur statut, essentiellement dans le domaine de la responsabilité[906]. Bien que la détermination du régime de responsabilité applicable ne constitue pas un critère propre à déterminer l'existence de la réalisation d'une tâche publique, le Tribunal fédéral considère que le traitement des malades dans les hôpitaux publics relève de l'exécution d'une tâche publique et qu'en vertu de l'article 61 al. 1 CO, les cantons sont libres de soumettre les actes des médecins fonctionnaires au droit public cantonal, notamment pour les actes des médecins à l'égard de leurs patients privés[907]. Dans la mesure où l'article 61 CO a uniquement pour champ d'application les agissements des fonctionnaires et des employés publics, on doit partir du principe que le Tribunal fédéral reconnaît le statut de fonctionnaires aux médecins-chefs lorsqu'ils traitent une clientèle privée, indépendamment du régime de responsabilité applicable choisi par le canton[908]. Les médecins-chefs ne perdent donc pas leur qualité de fonctionnaires lorsqu'ils traitent une patientèle purement privée.

526 Appliqué aux établissements médico-hospitaliers, le recours au concept de « *tâche publique* » en vue de déterminer le cercle des soignants soumis au secret de fonction n'est pas idéal. La notion de « *tâche publique* » est en effet difficile à délimiter. Par ailleurs, le fait qu'un soignant employé par une clinique privée revête de manière ponctuelle la qualité de fonctionnaire lorsqu'il

904 En ce sens : GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 93.

905 DUCOR, *Médecins hospitaliers et responsabilité*, p. 204.

906 ATF 122 III 101 c. 2a ; ATF 115 Ib 175 c. 2, JdT 1989 I 613 ; ATF 112 Ib 334 c. 2, JdT 1987 I 182 ; ATF 111 II 149 c. 5, JdT 1986 I 17.

907 ATF 122 III 101 c. 2a/bb.

908 En ce sens : DUCOR, *Médecins hospitaliers et responsabilité*, p. 205. *Contra* : RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 95, qui considère que l'activité médicale privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics n'est pas une tâche publique, mais que selon la jurisprudence, elle est soumise au droit cantonal de la responsabilité de l'Etat lorsque du personnel hospitalier supplémentaire est impliqué et que le droit cantonal le prévoit ainsi.

participe à un traitement relevant d'une tâche publique nuit indéniablement à la sécurité juridique.

c. Soignants privés accomplissant occasionnellement des tâches de droit public

527 Dans certains cas, un soignant actif dans le domaine privé est amené à revêtir la qualité de fonctionnaire de manière ponctuelle. Tel est le cas lorsqu'un soignant actif dans le privé se voit personnellement confier une tâche d'intérêt public par la collectivité, que ce soit par la loi, par une décision ou un contrat[909].

528 Sous l'empire de l'ancien droit de la protection de l'adulte, le Tribunal fédéral a par exemple jugé qu'un médecin ordonnant le placement d'un patient agissait dans l'exercice d'une fonction publique et en exécution de prérogatives étatiques. Il devait donc être qualifié de fonctionnaire pour cette activité et était par conséquent assujetti au secret de fonction[910].

529 Les soignants appelés à assumer une charge d'expert judiciaire revêtent également le statut de fonctionnaire dans le cadre de leur mission. Le mandat d'expertise, délivré par l'autorité judiciaire ou administrative compétente, repose en effet sur une base légale qui dépend de la procédure applicable[911] et qui contraint le soignant, s'il l'accepte, à mener à bien sa mission. En tant qu'auxiliaire de la justice, le soignant expert réalise par conséquent une tâche publique[912]. La qualité de fonctionnaire n'est toutefois pas retenue lorsque le soignant agit dans le cadre d'un mandat d'expertise privée puisqu'il n'accomplit pas de tâche publique.

d. Cas particuliers

530 Les caisses-maladie assument une tâche publique au service de la collectivité lorsqu'elles pratiquent l'assurance-maladie obligatoire au sens de la LAMal, peu importe leur forme juridique (société anonyme, coopérative, association ou fondation)[913]. Les soignants au service des caisses-maladie, en particulier les médecins-conseils, revêtent donc le statut de fonctionnaires au sens fonctionnel lorsqu'ils agissent dans le cadre de l'assurance maladie obligatoire. Il en va de même pour les soignants employés par les centres d'observation médicale de l'AI (COMAI). Ces derniers réalisent également une tâche publique

909 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 110.

910 ATF 118 II 254 c. 1b ; JdT 1996 I 259.

911 Art. 183 ss CPC en procédure civile, art. 182 ss CPP en procédure pénale et droits de procédure cantonaux pour la procédure administrative cantonale.

912 GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 274-275.

913 ATF 124 V 393 c. 2c ; RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 69.

lorsqu'ils réalisent des expertises pour le compte des assurances sociales, même lorsque ces centres sont constitués sous forme de sociétés de capitaux à but lucratif[914]. Dans le contexte des assurances sociales, l'obligation de confidentialité repose toutefois alors essentiellement sur l'article 33 LPGA, qui concrétise le secret de fonction dans le cas particulier (*cf infra* N 631 ss).

531 Enfin, les soignants actifs pour des associations qui assument une tâche publique en vertu d'un mandat de prestations confié par l'Etat doivent aussi être qualifiés de fonctionnaires au sens fonctionnel dans le cadre de la réalisation de la tâche confiée. C'est par exemple le cas pour les associations actives dans le domaine de la prévention contre les maladies transmissibles. Il faut toutefois bien distinguer les associations liées par un mandat de prestations imposant à celles-ci de fournir des prestations des associations dont l'activité est simplement encouragée par le biais de subventions publiques. Dans ce dernier cas, l'Etat ne confie pas la réalisation d'une tâche publique à la lumière des critères développés précédemment.

e. Limites

532 Les développements ci-dessus laissent entrevoir la portée relativement large du statut de fonctionnaire au sens fonctionnel dans le domaine des soins dès lors qu'on recourt à la notion de réalisation d'une tâche publique. Il convient toutefois d'appliquer strictement les critères développés pour reconnaître l'existence d'une tâche publique. Si la simple fourniture de soins poursuit un intérêt public indéniable, elle ne constitue pas à elle seule la réalisation d'une tâche publique. De manière similaire, la simple existence d'un régime d'autorisation ou le seul encouragement d'une pratique médicale, même par le biais de subventions financières, ne constituent pas des éléments permettant de conclure à la réalisation d'une tâche publique.

533 Dans la dernière partie de la présente étude, j'analyserai de quelle manière il convient de résoudre les concours entre le secret de fonction et les autres devoirs de confidentialité légaux. Comme on le verra en détail, je retiendrai de manière générale une prévalence du secret professionnel sur le secret de fonction, ce qui aura pour effet de réduire notablement la portée du secret de fonction à l'égard des soignants (*cf. infra* N 1274 ss).

914 ATF 137 V 210 c. 2.4.3 ; RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 69.

B. Existence d'un secret

1. Secret matériel

534 Tout comme c'est le cas pour la violation du secret professionnel (art. 321 CP), la violation du secret de fonction (art. 320 CP) suppose l'existence d'un secret au sens *matériel*[915]. Les faits protégés par cette disposition doivent donc être véritablement confidentiels[916] et le seule existence d'une norme imposant un devoir de discrétion n'est pas à elle seule déterminante pour reconnaître une violation du secret de fonction (sur la controverse relative à la question de savoir si l'article 320 CP fonde lui-même le secret de fonction ou s'il ne fait que sanctionner une obligation de confidentialité fondée sur une autre base légale, *cf. infra* N 541 ss). La jurisprudence a ainsi défini le secret au sens de l'article 320 CP comme des « *faits qui ne sont connus que d'un nombre restreint de personnes, que le détenteur du secret veut maintenir secrets et au maintien du caractère confidentiel desquels il a un intérêt légitime* »[917]. Seules les révélations de secrets répondant à cette définition sont donc susceptibles de faire l'objet d'une violation du secret de fonction.

535 La doctrine affirme généralement que les notions de secret au sens des articles 320 et 321 CP doivent être interprétées de manière similaire (pour la notion de secret au sens de l'article 321 CP, *cf. supra* N 413 ss)[918]. Quelques auteurs constatent toutefois une tendance à définir de manière plus étroite le secret au sens de l'article 320 CP[919].

536 Le secret doit porter sur un ou plusieurs *faits*, vrais ou faux, de nature professionnelle ou privée, qui peuvent être exprimés sous des formes différentes (verbales, écrites, photos, plans, etc.)[920]. Une simple opinion ne constitue pas un fait[921], mais l'expression d'un avis déterminé en constitue un[922].

915 ATF 142 IV 65 c. 5.1, JdT 2016 IV 362 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 454 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 14 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 577 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 134 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal annoté*, art. 320 N 1.2 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 8.

916 FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal annoté*, art. 320 N 1.2 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 134.

917 ATF 142 IV 65 c. 5.1, JdT 2016 IV 362 ; ATF 127 I 122 c. 1, JdT 2002 IV 119 ; ATF 114 IV 44 c. 2, JdT 1989 IV 51.

918 Par exemple : CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 19 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 24 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 591 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 577.

919 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 591 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 20.

920 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 16.

921 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 4.

922 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 12 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 16.

537 Pour être secrets, les faits ne doivent être connus que d'un cercle restreint de personnes. Il est alors essentiel que les faits secrets ne soient pas notoires ou qu'ils ne relèvent pas du domaine public[923]. Par conséquent, un fait ne doit plus être considéré comme secret dès lors qu'il est accessible librement sur internet ou alors par le biais d'un processus d'inscription rapide à un site web[924]. Par ailleurs, le Tribunal fédéral a jugé qu'il n'était pas exclu qu'un fait public (et donc non secret) à un moment dans le temps ne devienne plus tard un secret parce qu'il serait ensuite tombé dans l'oubli[925].

538 La volonté du maître du secret de garder le secret confidentiel peut être expresse ou tacite[926]. Dans les faits, elle résulte toutefois souvent des circonstances[927]. Un fait ne doit par exemple plus être considéré comme secret lorsque l'autorité le communique publiquement. Selon la doctrine, la volonté de garder un fait secret peut s'examiner à la lumière d'indices tels que l'existence de dispositions de droit public imposant le secret, mais également d'instructions générales ou spécifiques données par l'autorité supérieure[928].

539 Quant à l'intérêt légitime de garder le secret, il peut être public et privé[929], voire exclusivement privé[930]. Un intérêt public existe lorsque la révélation du secret entraînerait pour l'Etat une atteinte à son patrimoine, son honneur ou sa réputation ou si elle est susceptible de causer d'autres difficultés[931]. Quant à l'intérêt privé, il existe lorsque la révélation du secret pourrait causer un préjudice à la personne concernée[932].

540 Conformément au texte de l'article 320 ch. 1 CP, le secret ne s'éteint pas avec la cessation de la charge de membre de l'autorité ou de fonctionnaire. Il perdure ainsi jusqu'à la mort de son détenteur[933].

923 ATF 142 IV 65 c. 5.1, JdT 2016 IV 362. Pour les limites du partage d'informations au sein de l'administration, *cf. infra* N 564 ss.

924 CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 19. Voir toutefois la position du Tribunal fédéral selon laquelle « *les innombrables renseignements figurant sur internet ne peuvent pas être considérés comme notoires* », ATF 138 I 1 c. 2.4 ; ATF 134 III 224 c. 7.2 ; ATF 134 III 534 c. 3.2.3.3.

925 ATF 127 IV 122, c. 3 b aa), JdT 2002 IV 118.

926 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 6 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 15 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 18.

927 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 15 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 18.

928 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 15.

929 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 5-6 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 134 ;

930 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 18.

931 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 5 ; FAVRE/PELLET/STOUDMANN, *Code pénal annoté*, art. 320 N 1.2 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 20.

932 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 5 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 20.

933 ATF 123 IV 75 c. 2a, JdT 1998 IV 176.

2. Controverse sur la portée de l'article 320 CP

Que l'article 320 CP protège le secret de fonction dans sa conception matérielle ne fait pas l'objet de débats en doctrine. Il n'est pas contesté que la révélation d'un fait rendu préalablement public ou pour lequel il n'existe aucun intérêt à ce qu'il soit tenu secret doit rester impunie sur le plan pénal. 541

Autre est la question de savoir si l'article 320 CP constitue lui-même le fondement juridique du secret de fonction, c'est-à-dire s'il institue une obligation de garder le secret, ou au contraire si sa portée se limite à sanctionner la violation d'un devoir de confidentialité imposé aux membres d'une autorité ou aux fonctionnaires par le biais d'une autre prescription légale. La compréhension des enjeux liés à cette question nécessite un rappel historique de la jurisprudence du Tribunal fédéral en lien avec l'article 320 CP et de l'avènement récent des lois fédérale et cantonales sur la transparence. 542

Dans plusieurs arrêts successifs, dont le premier a été publié en 1978, le Tribunal fédéral a développé le principe général de l'*administration secrète*[934]. Selon ce principe, l'activité de l'administration est, sous réserve d'exceptions, en principe secrète et le citoyen ne dispose d'aucun droit général à obtenir des informations sur l'ensemble de l'activité administrative[935]. Le Tribunal fédéral a appuyé son raisonnement sur l'article 320 CP en relation avec la plupart des lois sur les fonctionnaires qui imposaient à ces derniers un devoir de confidentialité[936]. Toutefois, comme le constate TANQUEREL, la jurisprudence rendue en lien avec le principe de l'administration secrète ne permettait pas de déterminer si l'article 320 CP imposait un devoir direct de garder le secret ou si cette disposition ne faisait que sanctionner la violation d'une obligation de confidentialité fondée sur une autre source[937]. 543

La doctrine s'est montrée particulièrement critique face au principe de l'administration secrète, notamment en raison des nombreuses exceptions qui l'affaiblissaient sans pour autant le renverser[938]. Cela a conduit à l'élaboration de la loi fédérale sur la transparence dans l'administration (LTrans)[939], qui été adoptée par l'Assemblée fédérale en 2004. Cette dernière renverse volontairement le principe de l'administration secrète pour l'administration fédérale en reconnaissant à toute personne « *le droit de consulter des documents officiels et d'obtenir des renseignements sur leur contenu de la part des* 544

934 ATF 104 Ia 88 ; ATF 107 Ia 304 c. 4b ; ATF 113 Ia 309.

935 Message LTrans, FF 2003 1807, 1809.

936 ATF 107 Ia 304 c. 4b ; TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 45.

937 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 45.

938 Message Ltrans, FF 2003 1807, 1809-1810, note n° 5.

939 RS 152.3.

autorités »[940], tout en mentionnant les exceptions au principe de transparence[941]. Par exemple, le droit d'accès est notamment limité, différé ou refusé, lorsque l'accès à un document officiel peut révéler des secrets professionnels (art. 7 al. 1 let. g LTrans). Par ailleurs, les documents officiels contenant des données personnelles doivent être si possible rendus anonymes avant qu'ils soient consultés (art. 9 al. 1 LTrans).

545 Lors de l'entrée en vigueur de la LTrans en 2004, seuls trois cantons connaissaient des législations sur la transparence garantissant à toute personne un droit illimité de consulter les documents officiels. Aujourd'hui toutefois, la grande majorité des cantons, dont l'ensemble des cantons romands, ont adopté ce type de législations[942].

546 Dans le cadre des travaux préparatoires de la LTrans, le Conseil fédéral s'est penché sur la question du secret de fonction. De manière intéressante, il a déterminé que « *l'introduction du principe de transparence* [avait] *tout de même pour conséquence de redéfinir la portée du secret de fonction : il ne* [s'appliquerait] *plus qu'aux informations protégées par les dispositions dérogatoires contenues dans le projet ou par des dispositions sur le secret prévues par des lois spéciales* »[943]. Il a par ailleurs indiqué que si une modification de l'article 320 CP n'était pas nécessaire, l'entrée en vigueur de la LTrans impliquerait toutefois une réinterprétation de cette disposition dans la mesure où il faudrait considérer comme ayant trahi un secret au sens de l'article 320 CP toute personne qui aurait divulgué des documents officiels inaccessibles en vertu de la loi sur la transparence ou délivré des renseignements sur leur contenu[944].

547 L'examen des travaux préparatoires relatifs à la LTrans laisse donc penser que le législateur, en renonçant à une modification de l'article 320 CP, s'est implicitement rallié à la position selon laquelle la portée de l'article 320 CP était uniquement sanctionnatrice[945]. Comme le champ d'application de la LTrans est limité à l'administration fédérale et qu'il ne s'étend pas à l'activité des administrations cantonales, on peut toutefois se demander si cette conclusion s'applique également pour le secret des fonctionnaires cantonaux. Un régime différencié au sein du même article 320 CP selon que l'auteur est un fonctionnaire fédéral ou cantonal se révélerait en effet plutôt indigeste.

940 Art. 6 al. 1 LTrans.

941 Art. 7 ss LTrans.

942 Seuls les cantons de GL, NW, OW et TG n'ont pas de réglementation sur la transparence ou de projets législatifs en ce sens. Pour plus d'informations sur l'évolution et l'état des législations dans les cantons, *cf.* www.loitransparence.ch (site privé).

943 Message LTrans, FF 2003 1807, 1821.

944 Message LTrans, FF 2003 1807, 1821.

945 En ce sens : TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 46.

En doctrine, certains partisans de la théorie du caractère sanctionnateur de l'article 320 CP[946] relèvent par ailleurs de manière pertinente que si l'article 320 CP imposait directement un devoir de confidentialité aux membres des autorités et aux fonctionnaires, le principe de primauté du droit fédéral empêcherait les cantons d'adopter des législations sur la transparence de l'administration. Pour TANQUEREL, une telle conséquence serait inadmissible dans la mesure où « *la compétence fédérale en matière de droit pénal ne constitue pas une base constitutionnelle permettant à la Confédération d'imposer à un canton le maintien du secret de fonction dans des cas où il souhaiterait instaurer la transparence* »[947]. Par ailleurs, le même auteur estime que la détermination des contours du secret protégé par l'article 320 CP se révélerait difficile si l'on conférait une portée propre à cette disposition. Celle-ci n'offre en effet que peu d'indications sur la portée du secret qu'elle protège[948]. 548

En application de cette théorie, l'étendue du secret de fonction protégé par l'article 320 CP se limiterait par conséquent aux cas où des prescriptions imposeraient spécifiquement un devoir de garder le silence aux fonctionnaires et pour autant que les faits concernés constituent effectivement un secret matériel (*cf. infra* N 534 ss). Les prescriptions imposant aux fonctionnaires un devoir de confidentialité sont en principe inscrites dans les législations fédérale ou cantonales de la fonction publique, mais peuvent également découler des exceptions prévues par les législations fédérale ou cantonales sur la transparence ou d'autres actes législatifs relatifs à des domaines spécifiques (ex. : hôpitaux publics). 549

Ce point de vue n'est toutefois pas partagé par tous et une partie de la doctrine soutient que l'article 320 CP constitue lui-même le fondement juridique du secret de fonction. Ainsi, même en l'absence de prescriptions imposant le secret à une autorité ou à un fonctionnaire, le silence devrait selon eux constituer la règle[949]. Partisan de cette théorie, CORBOZ établit toutefois une distinction entre les autorités et les fonctionnaires subordonnés[950]. Selon lui, le principe de séparation des pouvoirs et la protection de l'intérêt public à la base du secret de fonction justifie d'autoriser les *autorités* à communiquer librement si elles l'estiment nécessaire. A l'inverse, en l'absence de prescriptions 550

946 Notamment : TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 46 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 135.

947 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 46.

948 *Ibid*.

949 STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 454 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 23 ; CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 4.

950 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 23. Point de vue partagé par TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 53.

imposant le devoir de confidentialité, le silence devrait constituer la règle pour les fonctionnaires subordonnés qui n'ont en principe pas à s'adresser directement au public.

551 En 2016, le Tribunal fédéral a finalement tranché la question en décrétant que l'article 320 CP constituait lui-même le fondement juridique du secret de fonction et que la portée de cette norme n'était pas réduite à sanctionner la violation de devoirs de confidentialité basés sur d'autres fondements juridiques[951]. Pour le Tribunal, l'obligation de garder le secret de fonction ne doit pas figurer dans chaque cas dans une loi formelle. Il est ainsi parti du principe que « *tout secret confié à un membre de l'autorité ou à un fonctionnaire en vertu de sa qualité ou dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leur fonction est soumis au devoir de confidentialité, même si aucune base légale du droit réglementant la fonction publique ou de toute autre loi ne le prévoit.* (…) *Ainsi, le devoir de confidentialité résulte de la situation particulière du membre de l'autorité, respectivement du fonctionnaire.* (…) *Contrairement à ce que soutient la recourante, qui se fonde sur un avis isolé de la doctrine,* (…) *une base légale spéciale, non pénale, n'est pas nécessaire dans la législation déterminant l'exercice de la fonction.* »[952]

552 La position adoptée par le Tribunal fédéral est critiquable. Sur la forme, le Tribunal fédéral a en effet ignoré les arguments pourtant pertinents des auteurs de doctrine plaidant en faveur de la portée sanctionnatrice de l'article 320 CP. Il s'est ainsi gardé d'examiner les questions liées à la primauté du droit fédéral et aux développements législatifs en matière de transparence de l'administration à l'échelle fédérale, notamment mises en avant par TANQUEREL ou JENDLY. Il a même affirmé que ce point de vue était défendu par « *un avis isolé de la doctrine* », en l'occurrence FLACHSMANN. Par ailleurs, le Tribunal fédéral s'est certes appuyé sur des avis de doctrine qui soutiennent de manière explicite que le secret de fonction trouve son fondement dans l'article 320 CP (STRATENWERTH/BOMMER et CORBOZ), mais il a également cité des auteurs qui n'expriment pas un avis tranché sur cette question (TRECHSEL/VEST[953] et

951 ATF 142 IV 65 c. 5.2, JdT 2016 IV 362.

952 *Ibid.*

953 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 5 (édition 2013). Cette référence se rapportait à l'intérêt public ou privé qui caractérisait la conception matérielle du secret. Selon TRECHSEL/VEST, un intérêt digne de protection au secret découle souvent (directement ou indirectement) de la loi. Par ailleurs, une série de lois fédérales ou cantonales statuent un devoir de confidentialité à l'égard des membres de l'autorité ou de fonctionnaires. Ce secret formel indiquerait qu'il existe alors un secret de fonction ; il faut toutefois encore vérifier que les faits révélés soient couverts par un secret au sens matériel.

DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS[954]). A la lumière de ces dernières références, l'arrêt pourrait même laisser penser que le Tribunal fédéral appréhende comme un seul et même objet *l'exigence de l'existence d'un secret matériel* – qui implique notamment que le secret soit justifié par un intérêt public ou privé et qu'une volonté de garder les faits existe – et *l'exigence d'une base légale imposant un devoir de se taire*.

553 Curieusement, le Tribunal fédéral n'a pas pris en compte l'aspect lié aux législations sur la transparence de l'administration alors même que celles-ci ont redéfini la portée de l'article 320 CP. Plus problématique encore, le résultat auquel aboutit le Tribunal fédéral au terme de son raisonnement ne s'accorde pas avec l'application de ces législations. Alors que les législations sur la transparence prônent en premier lieu le principe de transparence et définissent dans un second temps les situations dans lesquelles l'accès aux documents officiels est limité, différé ou refusé, le Tribunal fédéral part du principe que le devoir de confidentialité du secret de fonction résulte uniquement de la position particulière du membre de l'autorité ou du fonctionnaire. De ce point de vue, la portée du secret de fonction est potentiellement plus large que celle définie par les législations sur la transparence. Il existe alors une catégorie d'informations couvertes par le secret de fonction au sens de l'article 320 CP, mais dont l'accès ne peut en principe pas être limité, différé ou refusé du point de vue des législations sur la transparence. Cette position est non seulement problématique pour déterminer les contours du secret de fonction, mais elle s'écarte de la volonté affichée au cours des travaux préparatoires de la LTrans de réinterpréter la portée de l'article 320 CP à la lumière de la LTrans. Pour VERNIORY, partisan de la théorie selon laquelle l'article 320 CP fonde *per se* le secret de fonction, cette question peut toutefois être résolue en admettant que la notion de fait secret renvoie au droit public cantonal ou fédéral, rendant ainsi les lois sur la transparence administrative parfaitement compatibles avec le droit pénal[955].

554 Bien qu'elle devrait à mon sens être écartée sur le plan dogmatique, la reconnaissance de la portée propre de l'article 320 CP sera toutefois retenue pour la suite de la présente étude en raison de la position adoptée par le Tribunal fédéral. Si cette conception pose des problèmes non négligeables, elle présente toutefois l'avantage d'étendre l'obligation d'observer le secret de fonction au sens pénal à certaines catégories de personnes qui devraient être

954 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 577. Ceux-ci expliquent qu'il n'est pas suffisant que le droit d'une collectivité publique impose un devoir général de se taire (secret formel), il faut encore que les faits révélés répondent à la définition du secret matériel.

955 CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 4.

soumises au secret de fonction alors que leur activité n'est pas forcément réglée par des normes de droit public imposant un devoir de confidentialité. C'est potentiellement le cas lorsque l'Etat délègue à des tiers privés l'accomplissement de tâches publiques (ex. : réalisation de tests de dépistage de maladies transmissibles confiée à une association). Par ailleurs, la reconnaissance de la portée propre de l'article 320 CP permet d'appliquer cette disposition de manière uniforme à l'ensemble des fonctionnaires et membres d'autorités visés, qu'ils soient actifs au sein de l'administration fédérale ou cantonale, voire de l'administration décentralisée[956], et sans égard à la manière dont leur activité est régie par le principe de transparence.

555 Il faut par ailleurs relativiser la portée pratique du principe de transparence dans le cadre de la problématique du secret médical. Selon les dispositions applicables, les législations sur la transparence restreignent en effet l'accès aux informations qui concernent la santé des patients dans la mesure où ces informations sont couvertes par le secret professionnel[957] ou qu'elles concernent la sphère privée, voire plus spécifiquement l'état de santé d'une personne[958].

556 Enfin, précisons que la reconnaissance d'une portée propre à l'article 320 CP ne rend pas pour autant superflues les prescriptions de droit public imposant un devoir de garder le secret aux fonctionnaires. De telles normes constituent en effet des indices pour déterminer si l'on se trouve en présence d'un secret *matériel*. Elles fondent par ailleurs en grande partie le secret de fonction du point de vue administratif, sur la base duquel les fonctionnaires peuvent être sanctionnés disciplinairement.

3. Portée concrète du secret de fonction dans le domaine des soins

557 Appliqué au domaine des soins, l'objet du secret de fonction s'étend par principe à l'ensemble des informations apprises ou constatées par les soignants fonctionnaires dans le cadre de leur activité, pour autant que ces informations constituent un secret matériel. Selon le type d'informations couvertes par le secret, le maître du secret peut être l'Etat, le patient ou des tiers dont les données personnelles sont traitées dans le cadre du traitement du patient.

558 Sur le principe, le secret de fonction des soignants fonctionnaires devrait donc s'appliquer aussi bien aux informations en lien avec l'administration que celles en lien avec la prise en charge médicale du patient. Pour régler la question du concours entre les articles 320 et 321 CP, une partie de la doctrine

956 Au sens de l'art. 2 al. 3 et 8 al. 4 LOGA et de l'art. 6 OLOGA pour l'administration fédérale.

957 Art. 7 al. 1 let. h LTrans.

958 Ex. : art. 26 al. 2 let. g et h Loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RS-GE A 2 08).

propose toutefois de réduire la portée du secret de fonction aux seules données administratives et de soumettre les données relatives à la santé au seul article 321 CP[959]. Cette question fera l'objet de développements dans le chapitre consacré aux concours de normes imposant une obligation de garder le secret aux soignants (*cf. infra* N 1275 ss).

C. Secret appris en raison de l'exercice d'une charge officielle

559 Pour que l'infraction de violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP soit réalisée, il faut que l'information couverte par le secret ait été confiée à l'auteur en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou alors l'auteur doit en avoir eu connaissance « *à raison de sa charge ou de son emploi* »[960]. Il doit ainsi exister un lien direct entre la prise de connaissance des faits et l'activité officielle exercée[961]. L'existence d'un tel lien s'examine selon l'ensemble des circonstances[962].

560 A l'inverse, lorsqu'un fonctionnaire ou un membre d'une autorité prend connaissance d'un fait en tant que simple particulier ou en dehors de sa charge, il n'est pas soumis au secret de fonction sur ces faits[963]. Tel peut être le cas lorsqu'un fonctionnaire découvre par hasard un document oublié dans une imprimante d'un service. Selon les circonstances, il est possible de conclure que le lien entre la prise de connaissance et la charge officielle n'est alors pas suffisamment étroit[964].

D. Révélation du secret

561 La révélation du secret constitue le comportement typique de l'article 320 CP. Elle est concrétisée par le fait de communiquer ou de rendre accessible à un tiers des informations couvertes par le secret de fonction[965].

959 Voir par exemple : GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 53.

960 Art. 320 al. 1 CP.

961 ATF 115 IV 233 c. 2, JdT 1991 IV 91 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 17.

962 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 23 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 578.

963 ATF 116 IV 56 c. 2b, JdT 1991 IV 5.

964 ATF 115 IV 233 c. 2, JdT 1991 IV 91 ; à noter que dans l'affaire en question, le fonctionnaire aurait pu prendre connaissance de ce document dans le cadre d'une association dont il était membre, renforçant ainsi la conviction des juges de nier ici l'existence d'un secret appris dans l'exercice d'une charge officielle. *Contra* : MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*, p. 197.

965 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 32 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 25 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 579 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 8 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 10.

562 La forme de la révélation n'a pas d'importance et peut intervenir de manière orale ou écrite (courriels, dessins, communication d'enregistrements, etc.). Il y a également révélation lorsque le destinataire présume les faits sans en avoir une connaissance certaine et que la communication lui permet de compléter ses connaissances ou de les renforcer[966]. Par contre, le secret n'est pas révélé lorsque l'information communiquée a été modifiée de telle sorte que le secret n'est pas percé et qu'aucun intérêt digne de protection n'est lésé[967].

563 Il n'y a pas de révélation au sens de l'article 320 CP lorsque l'information couverte par le secret est communiquée à des personnes autorisées à en prendre connaissance. Le fait que le destinataire soit lui-même soumis au secret de fonction ou au secret professionnel ne permet pas à lui seul de justifier la révélation[968]. Il a cependant été jugé que l'avocat d'un fonctionnaire n'était pas considéré comme un tiers non autorisé[969].

564 Le cercle de ces personnes autorisées n'est pas clairement défini. Par principe, le secret de fonction prévaut entre les fonctionnaires d'une même branche de l'administration. Il n'y a toutefois pas de révélation lorsque la communication est dictée par la marche du service[970]. Il est en effet dans l'intérêt du bon fonctionnement des pouvoirs publics que les informations couvertes par le secret de fonction puissent être échangées entre les autorités et les agents de l'Etat[971]. On parle alors de *secret partagé*.

565 Comme JENDLY, je suis d'avis que le secret de fonction partagé ne constitue pas une exception au secret de fonction, mais qu'il est en fait l'expression de l'extension de la titularité du secret, « *au-delà de son ou de ses détenteur(s) originel(s), le(s)quel(s) sont également astreints à cette obligation de confidentialité* »[972]. Une telle approche est nécessaire au bon fonctionnement de l'activité administrative, dont le fonctionnement implique par nature le travail d'équipe (ex. : communications entre collègues ou au sein d'un collège de juges). Sur ce point, l'article 320 se distingue de l'article 321 CP. Le devoir imposé par l'article 321 CP repose en effet sur la nature personnelle du *professionnel*

966 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 8 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 10 ; MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*, p. 205.

967 ATF 114 IV 44 c. c, JdT 1989 IV 51 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 32.

968 ATF 114 IV 44 c. c, JdT 1989 IV 51 (qui parle toutefois uniquement de la révélation du secret à une personne soumise au « *secret professionnel* ») ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 10 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 32 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 27.

969 Arrêt du TF du 18 juillet 2001 2A.78/2001 c. 3 b/bb.

970 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 10.

971 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 141.

972 *Ibid*.

alors que l'article 320 CP vise à protéger le secret confié à l'*administration*, constituée par nature d'un groupe de fonctionnaires organisé de manière hiérarchique.

566 Pour limiter la portée du secret de fonction partagé, VERNIORY propose de recourir à deux critères[973]. Selon le critère de la compétence matérielle, une information ne peut être communiquée que si elle est bien en rapport avec la fonction de celui qui la demande. Le second critère, celui de la nécessité de l'information, exige que l'information concernée soit nécessaire ou au moins utile à l'accomplissement de la mission du demandeur. Par ailleurs, le secret de fonction n'est pas opposable au supérieur hiérarchique[974]. Selon le Tribunal fédéral, cela vaut même lorsque la voie hiérarchique n'est pas respectée[975].

567 Comme pour la violation du secret professionnel, la doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si la violation du secret de fonction constitue un délit formel (*Tätigkeitsdelikt*) ou matériel (*Erfolgsdelikt*). Pour les mêmes raisons que celles développées dans mon approche du secret professionnel, je suis d'avis qu'il faut retenir le délit matériel et que l'infraction est réalisée lorsqu'un tiers non autorisé prend *effectivement* connaissance du secret (*cf. infra* N 459 ss)[976]. Ainsi, le seul fait que l'information ait été rendue accessible sans qu'un tiers en prenne effectivement connaissance ne constitue pas une révélation et la violation du secret de fonction n'est pas réalisée. Dans ce cas, seule la tentative est envisageable[977].

E. Intention

568 La violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP suppose l'intention[978]. Celle-ci doit porter sur le caractère secret de l'information ainsi que sur la qualité personnelle (fonctionnaire ou membre d'une autorité) de l'auteur[979].

569 Si la violation du secret de fonction n'est pas punissable par négligence, elle peut toutefois intervenir par dol éventuel[980]. En d'autres termes, l'auteur

973 CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 32.

974 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 61.

975 ATF 116 IV 56 c. II 1b), JdT 1991 IV 5.

976 En ce sens : SPILLMANN, *Verletzung der Amtsgeheimnisse*, p. 208 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 39. *Contra* : MICHLIG, *Öffentlichkeitskommunikation der Strafbehörden*, p. 206.

977 En ce sens: CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 35.

978 ATF 116 IV 56 c. 2, JdT 1991 IV 5.

979 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 36.

980 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 10 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 33.

doit au moins avoir accepté de rendre accessibles à un tiers les informations couvertes par le secret[981]. Selon les situations, une violation du secret de fonction par négligence peut toutefois conduire à des sanctions disciplinaires[982].

F. Lien de causalité

570 La violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP nécessite encore l'existence d'un lien de causalité entre le comportement de l'auteur et la prise de connaissance du secret par le tiers non autorisé.

IV. Poursuite d'office

571 La violation du secret de fonction est une infraction poursuivie d'office. Elle se distingue donc sur ce point de la violation du secret professionnel, poursuivie sur plainte uniquement.

572 La poursuite d'office n'est pas sans conséquence pratique. Dans le contexte médical, elle permet en effet de poursuivre la violation d'un secret concernant un patient après la mort de ce dernier.

573 Là où la poursuite pénale de la violation du secret professionnel s'éteint faute de plainte possible, la poursuite du secret de fonction reste donc possible, dans les limites de la prescription. Cette dernière est de quinze ans[983].

V. Peine

574 La violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

VI. Constat intermédiaire dans le domaine médical

575 Le champ d'application de l'article 320 CP dans le domaine des soins est indéniablement large et ses contours peuvent se révéler difficiles à dessiner.

981 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 37.

982 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 32.

983 Art. 97 al. 1 let. b. CP.

Cette situation découle principalement de deux facteurs, à savoir (1) la reconnaissance large du statut de fonctionnaire au sens fonctionnel selon le critère de l'exécution d'une tâche publique et (2) la position du Tribunal fédéral selon laquelle le secret de fonction au sens de l'article 320 CP ne repose pas nécessairement sur une norme spéciale imposant le secret, mais qu'il découle au contraire du statut même de fonctionnaire. En combinant ces deux facteurs, on étend donc non seulement le statut de fonctionnaire à l'ensemble des soignants employés par les établissements médico-hospitaliers de droit public, mais également à tout soignant qui intervient sur la base d'un mandat de prestations de l'Etat : experts judiciaires, médecins-conseils d'assurance-maladie obligatoire, médecins privés appelés à assumer une mission de médecine scolaire ou soignants engagés par une association privée mandatée par l'Etat pour fournir des prestations en lien avec la santé publique.

576 Appliqué à la lettre, le secret de fonction de l'article 320 CP couvre l'ensemble des informations qui parviennent à la connaissance des soignants fonctionnaires dans le cadre de leur tâche. Ces informations devraient donc couvrir aussi bien les informations d'ordre purement administratif (organisation de l'établissement hospitalier, informations sur le mandat de prestations, etc.) que celles qui relèvent de la santé des patients. Il conviendra toutefois de déterminer si l'étendue de la protection conférée par l'article 320 CP devrait être réduite eu égard au champ d'application des autres obligations imposées aux soignants, notamment le secret professionnel au sens de l'article 321 CP (*cf. infra* 1275 ss).

Chapitre 5 : Devoirs de garder le secret fondés sur d'autres lois fédérales

Certaines lois fédérales connexes au domaine de la santé, distinctes du code pénal, imposent un devoir de garder le secret susceptible de s'appliquer aux soignants. Selon la législation applicable, le devoir de garder le secret imposé peut avoir une portée déclarative, se limitant à rappeler que les personnes visées sont soumises au secret au sens des articles 320 ou 321 CP. Dans certains cas, les lois fédérales concernées rappellent non seulement que certains professionnels sont soumis à l'une des dispositions pénales précitées, mais élargissent au passage le champ d'application personnel de celles-ci. Dans d'autres cas encore, à l'instar de ce qui est prévu par la loi fédérale sur l'aide aux victimes (LAVI), la loi prévoit une obligation *autonome* de garder le secret qui absorbe les articles 320 et 321 CP. Le présent chapitre aborde les différents devoirs de garder le secret imposés par le droit fédéral susceptibles de s'appliquer aux soignants. Les obligations de garder le secret imposées par le droit cantonal et les devoirs de discrétion découlant du droit de la protection des données feront quant à eux l'objet de chapitres distincts. 577

I. Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse

La loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse (LCCG)[984] impose aux cantons d'instituer des centres de consultation pour tous les problèmes relatifs à la grossesse. Puisant ses origines dans le cadre des débats sur la décriminalisation de l'avortement au début des années 1970, l'objectif initial de cette loi consistait à réduire le nombre des interruptions de grossesse en offrant aux femmes enceintes la possibilité d'avoir une conversation approfondie sur leur situation personnelle, de telle sorte qu'elles soient plus disposées à accepter leur grossesse de manière libre et volontaire[985]. 578

984 RS 857.5.

985 Message protection de la grossesse, FF 1974 II 706, 745-746. *Cf.* aussi : PERRENOUD, *Protection de la maternité*, p. 667.

L'institution des centres avait initialement été prévue par la loi fédérale de 1977 sur la protection de la grossesse et le caractère punissable de son interruption. Cette loi a toutefois été rejetée en votation populaire le 24 juin 1977[986]. Constatant que l'idée d'instituer des centres de consultation en matière de grossesse n'avait pas fait l'objet de contestation particulière, le Conseil fédéral a proposé en 1980 l'adoption d'une loi fédérale spécifique sur les centres de consultation en matière de grossesse, largement inspirée des dispositions contenues dans la loi rejetée par le peuple en 1977[987].

579 Selon la législation en vigueur, l'organisation des centres de consultation en matière de grossesse est laissée aux cantons. Ces derniers peuvent en particulier faire appel à des organismes privés pour en assurer le fonctionnement[988]. Ils peuvent également confier à ces centres des tâches analogues à celles des centres d'information sexuelle ou de consultation conjugale et familiale[989]. Selon l'article 17 LAGH, les cantons peuvent également confier les services d'information et de conseil en matière d'analyse prénatale aux centres de consultation en matière de grossesse.

580 Aux termes de l'article 2 al. 1 LCCG, les « *collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse ainsi que les tiers dont les services sont requis* » sont soumis au secret de fonction et au secret professionnel au sens des articles 320 ou 321 CP. Le secret institué par l'article 2 LCCG est celui imposé par les articles 320 et 321 CP, dont le champ d'application personnel a été étendu[990]. Les collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse ainsi que les tiers dont les services sont requis sont donc punissables par renvoi des articles 320 et 321 CP[991].

581 Le secret protégé par la LCCG se distingue toutefois à plusieurs titres de celui protégé par les articles 320 ou 321 CP[992]. L'article 2 al. 1 LCCG précise que l'article 321 ch. 3 CP relatif à l'obligation de renseigner et de témoigner en justice n'est pas applicable, mais réserve expressément les dispositions relatives à l'obligation de témoigner selon le CPP. Selon l'article 173 CPP, les collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse et les tiers requis par ceux-ci peuvent se prévaloir d'un droit de refuser de témoigner fondé « *sur d'autres devoirs de discrétion* ». Ils sont tenus de déposer si l'intérêt à la

986 FF 1977 III 92 ; FF 1978 II 363.

987 FF 1980 III 1050.

988 Art. 1 al. 3 Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse.

989 Art. 1 al. 3 Ordonnance concernant les centres de consultation en matière de grossesse, RS 857.51.

990 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 18 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 218 et 563.

991 GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 279.

992 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 203.

manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. Toutefois, si l'on se fie à la lettre de l'article 2 al. 1 LCCG (« *L'art. 321, ch. 3, CP (obligation de renseigner et de témoigner en justice) n'est pas applicable* »), les collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse n'ont aucune obligation de témoigner en procédure civile ou administrative[993]. Sur ce point, la loi leur offre donc un privilège par rapport aux soignants astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP, notamment en procédure civile où ces derniers sont tenus de collaborer s'ils sont soumis à une obligation de dénoncer ou s'ils ont été déliés du secret et qu'ils ne sont pas en mesure de rendre vraisemblable qu'un intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité[994].

582 Depuis le 1er janvier 2019, l'article 2 al. 1 LCCG réserve également les communications autorisées ou imposées dans les relations avec l'autorité de protection de l'enfant selon les articles 314*c* al. 2 et 314*e* al. 2 et 3 CC.

583 Enfin, l'article 2 al. 2 LCCG réduit la portée du secret protégé par l'article 320 ou 321 CP dès lors qu'il porte sur la connaissance de faits en lien avec des avantages financiers obtenus en donnant de fausses indications ou en recourant à des manœuvres frauduleuses.

II. Loi fédérale sur les stupéfiants

584 Dans une formulation similaire à celle de l'article 2 LCCG, l'article 3c al. 4 LStup soumet « *le personnel des institutions de traitement et des services d'aide sociale compétents* » au secret de fonction et au secret professionnel au sens des articles 320 et 321 CP. Les institutions de traitement ou les services d'aide sociale qualifiés, privés ou publics, sont désignés par les cantons (art. 3c al. 3 LStup).

585 L'extension du champ d'application des articles 320 et 321 CP au personnel des institutions de traitement et des services d'aide sociale compétents fait écho à la faculté d'annonce instituée à l'article 3c al. 1 LStup. Selon cette disposition, les services de l'administration et les professionnels œuvrant dans les domaines de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police sont en effet autorisés à annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents, sous certaines conditions définies

993 *Contra* : GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 276, qui assimile les collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse aux personnes au bénéfice d'un droit restreint de refus de collaborer au sens de l'article 166 al. 1 let. b CPC ; BSK ZPO-SCHMID, art. 166 N 5, qui semble aussi évoquer une application de l'article 166 al. 1 let. b CPC aux collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse.

994 Art. 166 al. 1 let. b CPC.

par la loi, les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles. Il s'agit en premier lieu d'une mesure de prévention[995].

586 D'un point de vue historique, l'introduction du devoir de confidentialité est intervenue lors de la révision de la LStup de 1975 qui contraignait les cantons à pourvoir à la mise en place d'institutions[996]. Les parlementaires ont alors jugé nécessaire de soumettre le personnel de ces institutions au secret. A la lumière des débats parlementaires, deux motifs semblent avoir justifié l'introduction de ce devoir de confidentialité. En premier lieu, les parlementaires ont souligné que l'absence de secret applicable au personnel des institutions aurait porté une atteinte directe au secret professionnel des médecins et pharmaciens qui communiqueraient des informations aux institutions. Ainsi, selon AUBERT, l'atteinte aurait été « *contraire à l'éthique même des relations de confiance qui doivent s'établir entre médecins, pharmaciens et clients, lesquels sont en droit, surtout dans les cas de ce genre, d'exiger le respect le plus strict du secret professionnel* »[997]. En second lieu, certains parlementaires ont relevé que l'action même des centres d'accueil et des assistants sociaux ne vaudrait plus la peine d'être continuée si ceux-ci étaient légalement tenus de signaler à l'autorité des cas de consommation de drogue[998]. Historiquement, le secret institué par l'article 3c LStup protège donc aussi bien la cohérence du secret des médecins et pharmaciens que le bon fonctionnement des institutions de traitement désignées par les cantons.

587 Le secret institué par l'article 3c LStup est celui des articles 320 et 321 CP. On appliquera l'une ou l'autre de ces normes selon la nature publique ou privée de l'institution dans laquelle le personnel accomplit ses tâches. En pratique, l'article 3c LStup élargit uniquement le champ d'application personnel de l'article 321 CP. La mention de l'article 320 CP n'a en effet qu'une portée déclarative puisque le personnel des institutions qui accomplissent une tâche publique répond à la définition de fonctionnaire au sens de l'article 110 CP.

588 Contrairement à la LCCG, l'article 3c LStup n'exclut pas l'application de l'article 321 ch. 3 CP relatif à l'obligation de renseigner et de témoigner en justice. Un privilège de ce type a existé par le passé[999], mais il a été évincé sans débats

995 COMMISSION DE LA SÉCURITÉ SOCIALE ET DE LA SANTÉ PUBLIQUE DU CONSEIL NATIONAL, Initiative parlementaire, Révision partielle de la loi sur les stupéfiants, Rapport du 4 mai 2006, 05.470, FF 2006 8141, 8165 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 77 ; FINGERHUTH/SCHLEGEL/JUCKER, OFK-BetmG, art. 3*c* N 1.

996 RO 1975 1220.

997 AUBERT, BO (CE) 1973, p. 699-700. Voir aussi dans le même sens : SCHMITT, BO (CN) 1974, p. 1432.

998 CHAVANNE, BO (CN) 1974, p. 1473.

999 L'art. 15 al. 2 2ème phrase aLStup était énoncé ainsi : « *Ce personnel n'est pas obligé de*

particuliers lors de la révision de la LStup entrée en vigueur le 1er juillet 2011[1000]. En matière de témoignage, les règles générales du CPC ou du CPP s'appliquent donc par exemple au personnel des institutions au sens de la LStup[1001].

589 La portée du secret institué par la LStup est toutefois restreinte lorsque la personne concernée par l'annonce est un mineur. Conformément à l'article 3c al. 2 LStup, le représentant légal d'un mineur doit en effet être informé lors d'une annonce à une institution de traitement ou aux services d'aide sociale compétents, à moins que des raisons importantes ne s'y opposent.

590 Le secret institué par l'article 3c LStup vise l'ensemble du personnel des institutions de traitement et des services d'aide sociale. Dans les cas où l'article 321 CP trouve application parce que le canton a délégué des tâches à une institution privée, seules les personnes qui prennent effectivement connaissance d'informations en lien avec l'annonce sont soumises au secret imposé par l'article 321 CP. Ainsi, l'ensemble du personnel d'une institution privée n'est pas soumis au secret professionnel du seul fait que les annonces au sens de l'article 3c LStup peuvent être adressées à cette institution.

III. Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions

591 Les cantons doivent veiller à mettre à disposition des victimes d'infractions des centres de consultation privés ou publics, autonomes dans leur secteur d'activités, dont la mission consiste à conseiller les victimes et leurs proches, ainsi qu'à faire valoir leurs droits[1002]. L'aide peut être fournie aux victimes de manière immédiate ou à plus long terme, jusqu'à ce que l'état de santé de la victime soit stationnaire et que les autres conséquences de l'infraction soient dans la mesure du possible supprimées ou compensées[1003]. L'aide fournie peut être de nature médicale et impliquer des soignants, que ceux-ci soient directement engagés par le centre ou qu'ils aient été mandatés par ce dernier[1004].

témoigner en justice ou de renseigner dans la mesure où ses déclarations concernent la situation de la personne protégée ou une infraction visée à l'art. 19a ». L'article 19a LStup réglait principalement la punissabilité de la consommation personnelle.

1000 RO 2009 2623. Autant le Rapport du 4 mai 2006 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national sur la révision partielle de la loi sur les stupéfiants (05.470, FF 2006 8141, 8165) que les débats parlementaires (BO (CN) 2006, p. 1875 et BO (CE) 2007, p. 1147) restent muets sur cette question.

1001 Art. 166 al. 1 let. c CPC ; art. 173 al. 1 let. e CPP.

1002 Art. 9 et 12 LAVI.

1003 Art. 13 LAVI.

1004 Message LAVI, FF 1990 II 909, 926.

592 Aux termes de l'article 11 LAVI, « *les personnes qui travaillent pour un centre de consultation doivent garder le secret sur leurs constatations à l'égard des autorités et des particuliers* ». L'obligation de garder le secret imposée par la LAVI est une obligation spécifique de la LAVI, dont l'objectif premier est la protection de la personnalité des victimes[1005]. Lors de son adoption, elle a été jugée indispensable pour que les victimes accordent leur confiance aux collaborateurs des centres, confiance sans laquelle aucun travail d'assistance efficace ne pourrait être effectué[1006].

593 Contrairement aux règles prévues dans la LCCG ou la LStup, la LAVI ne renvoie pas à l'application des dispositions relatives au secret de fonction ou du secret professionnel. Elle institue au contraire un secret autonome, propre à la LAVI, qui absorbe les articles 320 et 321 CP[1007]. A l'origine, il avait été proposé de soumettre les travailleurs des centres LAVI au secret de fonction au sens de l'article 320 CP. Le législateur a toutefois jugé préférable de recourir à une norme spéciale applicable à l'ensemble des personnes travaillant dans les centres, sans égard à leur statut de fonctionnaire, de membre d'une autorité ou de personne privée[1008].

594 L'obligation de garder le secret contenue dans la LAVI s'applique à l'ensemble des personnes qui travaillent *dans* les centres de consultations désignés par les cantons au sens de l'article 9 LAVI, mais également *pour* de tels centres[1009]. Sont notamment concernées les personnes employées ou mandatées par les centres de consultation pour fournir des prestations au sens des articles 12 à 14 LAVI notamment, sans égard à leur statut (soignants, auxiliaires, etc.). Les professionnels indépendants qui sont *mandatés par* les centres LAVI (avocats, médecins, etc.) sont également soumis au secret de la LAVI dans le cadre de leurs activités pour le centre de consultation. Toutefois, le secret LAVI ne s'applique pas lorsque la victime a elle-même mandaté le professionnel, même lorsqu'elle le fait grâce aux prestations d'aide reçues au sens de l'article 16 LAVI[1010]. Le personnel des autorités qui collaborent avec les centres de consultation n'est pas soumis au secret LAVI[1011].

1005 *Idem*, 928.

1006 *Ibid*.

1007 *Ibid*.

1008 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 3.

1009 *Idem*, Art. 11 N 4.

1010 WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 148 ss ; VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 5.

1011 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 6.

Le secret imposé par la LAVI a pour objet l'ensemble des constatations faites par les personnes qui travaillent dans ou pour les centres de consultation. Les constatations doivent être interprétées de manière large. Il peut s'agir de faits communiqués par la victime ou par des tiers, de constatations découlant de l'examen de la victime ou d'entretiens avec celle-ci ou encore de connaissances acquises suite à la consultation de dossiers en mains des autorités de poursuite pénale et des tribunaux conformément à l'article 10 LAVI. 595

Contrairement aux articles 320 et 321 CP, l'article 11 LAVI ne prévoit pas que le secret doit avoir été confié au travailleur du centre « *en sa qualité* » ou « *en vertu de sa profession* ». La doctrine souligne toutefois que le but de l'article 11 LAVI consiste à préserver la confiance de la victime et qu'en ce sens, une interprétation téléologique de cette disposition conduit à limiter la portée du secret aux faits constatés dans l'exercice de l'activité de conseil[1012]. 596

Le secret LAVI est opposable aux autorités et aux particuliers[1013]. Les autorités auxquelles le secret doit être opposé peuvent être des autorités pénales, civiles ou administratives, notamment les autorités qui remplissent des tâches en lien avec les aspects administratifs ou financiers de l'aide aux victimes[1014]. Sont toutefois réservées les dispositions du CPP relatives à l'obligation de témoigner. Conformément à l'article 173 al. 1 let. b CPP, les travailleurs des centres de consultation sont mis au bénéfice d'un droit de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion et ne doivent déposer que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. 597

Le secret LAVI n'est pas limité dans le temps et subsiste après la cessation des activités du travailleur, jusqu'à sa mort[1015]. 598

La LAVI ne donne aucun détail sur les caractéristiques de la révélation punissable. Celle-ci peut intervenir par n'importe quel moyen, même par omission. Elle suppose toutefois l'intention, le dol éventuel étant suffisant. Les développements en lien avec la révélation punissable du secret professionnel au sens de l'article 321 CP peuvent être appliqués par analogie au secret LAVI. 599

L'infraction de violation de l'obligation de garder le secret LAVI est poursuivie d'office. Elle se rapproche sur ce point de l'infraction de violation du secret de fonction (art. 320 CP) et se distingue de la violation du secret professionnel (art. 321 CP), poursuivie quant à elle uniquement sur plainte. 600

1012 WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 151 ss ; VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 8.

1013 Art. 11 al. 1 LAVI.

1014 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 9.

1015 Art. 11 al. 1 LAVI.

601 La violation de l'obligation de garder le secret LAVI est punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire[1016].

602 En synthèse, le secret institué par la LAVI a été conçu spécifiquement pour protéger la confiance des victimes et s'inspire aussi bien du secret de fonction (poursuite d'office) que du secret professionnel (consentement de la victime). Toutefois, les exceptions aux articles 320 ou 321 CP ne s'appliquent pas par analogie au secret institué par la LAVI. Les travailleurs des centres LAVI sont ainsi soumis à une obligation de confidentialité particulièrement restrictive.

IV. Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine

603 En plus d'assurer la protection de la dignité humaine et de la personnalité, la loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)[1017] a notamment pour but de prévenir les analyses génétiques abusives et l'utilisation abusive des données génétiques[1018]. Entrée en vigueur le 1er avril 2007[1019], son champ d'application s'étend aux conditions d'exécution des analyses génétiques humaines dans les domaines de la médecine, du travail, de l'assurance et de la responsabilité civile, ainsi qu'à l'établissement des profils ADN en vue de la détermination de la filiation ou de l'identité d'une personne. L'utilisation des profils ADN dans le cadre des procédures pénales ainsi que les analyses génétiques effectuées à des fins de recherche sont toutefois exclues de son champ d'application[1020].

604 Les développements technologiques récents, en particulier la possibilité de procéder à des analyses génétiques rapides et à moindres coûts, ont cependant poussé le législateur à adopter le 15 juin 2018 une révision totale de la LAGH[1021], qui devrait entrer en vigueur en 2021. L'objectif de cette révision consiste principalement à élargir le champ d'application de la LAGH aux analyses du patrimoine génétique en dehors du domaine médical et aux caractéristiques du patrimoine génétique non transmissibles. Selon la LAGH révisée, la réglementation relative aux analyses génétiques dans le domaine médical, soit celle qui nous intéresse en premier lieu, ne devrait subir que des modifications mineures[1022].

1016 Art. 11 al. 4 LAVI.

1017 RS 810.12.

1018 Art. 2 LAGH.

1019 RO 2007 635.

1020 Art. 1 LAGH.

1021 FF 2018 3627.

1022 Message révision LAGH, FF 2017 5253, p. 5255.

Dans sa version actuelle, la LAGH définit les « *données génétiques* » comme « *les informations relatives au patrimoine génétique d'une personne obtenues par une analyse génétique, y compris le profil d'ADN* »[1023]. En raison du caractère particulièrement sensible des données génétiques, la Constitution fédérale octroie à la Confédération la compétence d'adopter les mesures nécessaires pour que le patrimoine génétique d'une personne ne puisse être analysé, enregistré et communiqué qu'avec le consentement de celle-ci ou en vertu d'une loi[1024]. 605

La notion de « *données génétiques* » appelle quelques remarques. Les dispositions pertinentes de la LAGH en matière de protection des données se réfèrent pour l'heure aux seules « *données génétiques* ». Or, dans ce domaine, les échantillons prélevés sur la personne concernée ont une importance comparable aux données elles-mêmes puisque les échantillons constituent le support de ces données. La transmission d'un échantillon en vue d'une analyse génétique entraîne par conséquent la transmission des données génétiques qu'il contient. La LAGH révisée étendra le champ d'application des dispositions spécifiques sur la protection des données génétiques aux échantillons également (mesures de sécurité, durée de conservation, utilisation à d'autres fins, etc.)[1025]. Par ailleurs, la révision de la LAGH prévoit certains assouplissements en matière d'utilisation d'échantillons et de données génétiques anonymisés (durée de conservation, utilisation à une autre fin)[1026]. Toutefois, comme l'ont souligné les cantons et les préposés cantonaux à la protection des données lors de la procédure de consultation sur l'avant-projet de révision de la LAGH, l'anonymisation des échantillons présente des difficultés particulières du point de vue des possibilités de réidentification de matériel génétique[1027]. Les données génétiques anonymisées doivent par conséquent être maniées avec une prudence toute particulière. 606

Le principe de confidentialité des données génétiques est concrétisé par la LAGH actuellement en vigueur, selon laquelle le médecin ne peut communiquer les résultats d'une analyse génétique qu'à la personne concernée ou, si elle est incapable de discernement, à son représentant légal[1028]. Aux termes de l'article 7 LAGH, le traitement des données génétiques est soumis au secret professionnel selon les articles 321 et 321bis CP ainsi qu'aux dispositions fédérales et cantonales sur la protection des données. Cette disposition n'a toutefois 607

1023 Art. 3 let. l LAGH.

1024 Art. 119 al. 2 let. f Cst.

1025 Notamment art. 10-12 LAGH révisée.

1026 Art. 11 et 12 LAGH révisée.

1027 Message révision LAGH, FF 2017 5253, 5287-5288.

1028 Art. 19 LAGH.

qu'une portée déclarative et la LAGH n'institue pas une obligation de confidentialité spécifique aux données génétiques [1029].

608 La LAGH révisée supprime toutefois la mention expresse selon laquelle le traitement des données génétiques est soumis au secret professionnel selon les articles 321 et 321bis CP[1030]. Selon le Conseil fédéral, la suppression de cette disposition purement déclaratoire est dictée par le fait que la LAGH révisée ne se limitera plus à régler les analyses génétiques dans le seul domaine médical, mais qu'elle réglera également celles qui interviendront en dehors de ce cadre[1031]. En dépit de cette suppression, l'article 321 CP continuera cependant de trouver application lorsqu'une analyse génétique dans le domaine médical est prescrite par un médecin ou un autre professionnel de la santé visé par cette disposition.

609 En droit actuel comme dans le projet de révision, les analyses génétiques *dans le domaine médical* peuvent d'ailleurs uniquement être effectuées si elles sont prescrites par un médecin habilité à exercer son activité sous sa propre responsabilité professionnelle, en principe au bénéfice d'une formation postgrade[1032]. Dans les cas qui ne présentent pas d'exigence particulière, la LAGH révisée autorise le Conseil fédéral à étendre cette faculté à d'autres professionnels de la santé habilités à exercer une profession médicale, de la psychologie ou de la santé sous leur propre responsabilité professionnelle[1033].

610 Dans la mesure où les analyses génétiques dans le domaine médical sont prescrites par un professionnel soumis au secret professionnel au sens de l'article 321 CP[1034], les personnes qui assistent celui-ci dans le processus d'exécution de l'analyse revêtent donc le statut d'auxiliaires au sens de l'article 321 CP, sans distinction quant à leur statut (employés, mandataires, etc.)[1035]. Les employés du laboratoire qui exécutent une analyse génétique sur ordre d'un médecin sont par conséquent soumis au secret au sens de l'article 321 CP[1036]. Certains laboratoires chargés d'une analyse génétique externalisent parfois à leur tour certains processus d'analyse (ex. : séquençage ou évaluation tech-

1029 Message LAGH, FF 2002 6841, 6879

1030 Art. 10 LAGH révisée.

1031 Message révision LAGH, FF 2017 5253, 5323.

1032 Art. 13 al. 1 LAGH, qui autorise également la prescription par un médecin qui exerce sous la surveillance d'un médecin habilité à exercer à titre indépendant ; comparer avec art. 20 LAGH révisée.

1033 Art. 20 al. 3 LAGH révisée.

1034 Le contexte de la recherche médicale n'est pas abordé dans le cadre de la présente étude, mais le chercheur qui procéderait à une analyse génétique serait soumis au secret de la recherche au sens de l'article 321bis CP.

1035 Message LAGH, FF 2002 6841, 6879.

1036 *Ibid.* ; ROHMER, *Données génétiques*, p. 170.

nique)[1037]. Les collaborateurs des laboratoires auxquels le laboratoire principal a fait recours doivent eux aussi être considérés comme des auxiliaires du médecin qui a prescrit l'analyse génétique et sont donc soumis à l'article 321 CP.

611 Le secret qui a pour objet les données génétiques a cela de particulier qu'il concerne généralement aussi des tiers, en l'occurrence les personnes apparentées par consanguinité à la personne qui s'est soumise à l'analyse génétique. Lorsque les informations découvertes sont d'une importance vitale pour ces tiers, par exemple lorsque ces tiers pourraient entreprendre un traitement préventif suite à la découverte d'une maladie génétique, on peut légitimement se demander si le secret leur est opposable, si un droit d'être informés de telles découvertes devrait être admis[1038] ou même si la qualité de maître du secret ne devrait pas leur être reconnue. Le législateur a choisi de privilégier le principe de confidentialité des données, fondement de la relation de soins, en conditionnant la transmission d'informations aux membres de la famille, au conjoint ou au partenaire au fait que la personne concernée a donné son consentement exprès[1039]. Par principe, le patient reste ainsi seul *maître du secret*[1040]. Dans une situation qui exigerait une communication à des tiers, le médecin doit donc s'efforcer d'exposer au patient les avantages d'une communication aux proches. A défaut de consentement et si la protection d'intérêts prépondérants des membres de la famille, du conjoint ou du partenaire justifie qu'ils soient informés, le médecin peut toutefois être délié du secret professionnel, conformément à l'article 321 ch. 2 CP[1041]. Même délié, le médecin reste toutefois libre, selon son appréciation, de communiquer ou non les informations confidentielles et les proches libres d'en prendre connaissance[1042]. Le projet de révision ne prévoit pas de grandes modifications sur cette question[1043].

612 Le développement des techniques d'analyse génétique et leur accessibilité par le grand public a fait naître un nombre croissant de zones grises quant à la détermination de la nature médicale ou non des analyses génétiques. A l'heure actuelle, des particuliers peuvent par exemple se soumettre à des tests génétiques dans des domaines variés, dont certains se rapprochent du domaine médical sans pour autant y être assimilés. Tel est par exemple le cas

1037 Message révision LAGH, FF 2017 5253, 5322.

1038 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 424.

1039 Art. 19 al. 2 LAGH. Comparer avec l'art. 26 al. 3 LAGH révisée, qui supprime l'exigence du consentement « *exprès* ».

1040 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 425 ; LUPU, RFJ 2015/2, 128.

1041 Art. 19 al. 3 LAGH ; art. 26 al. 3 LAGH révisée.

1042 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 426-427.

1043 Comparer art. 19 LAGH et art. 26 LAGH révisée.

des analyses génétiques visant à déterminer le type de métabolisme en vue d'optimiser l'alimentation ou l'activité sportive. L'exécution d'une telle analyse, considérée comme non médicale, entrera dans le champ d'application de la LAGH révisée. Toutefois, autant sous l'angle du droit actuel que du projet de révision, le devoir de confidentialité auquel sont soumises les personnes qui exécutent des analyses en dehors du domaine médical relève des règles sur le secret professionnel et/ou des législations en matière de protection des données. La LAGH révisée se contentera de prévoir quelques règles spéciales relatives au traitement des données génétiques non médicales. Ces dernières concerneront principalement la sécurité des données, leur durée de conservation ou leur utilisation à d'autres fins[1044]. Pour autant que l'analyse ne soit pas effectuée par une personne soumise au secret professionnel au sens de l'article 321 CP (y compris en qualité d'auxiliaire d'un médecin qui aurait ordonné une analyse), il faut donc appliquer le devoir de discrétion imposé par la LPD ou les législations cantonales sur la protection des données, selon la nature privée ou publique du laboratoire. Notons encore que certaines législations sanitaires cantonales soumettent les chefs de laboratoires d'analyses médicales et leurs auxiliaires à l'obligation de garder le secret[1045].

V. Loi fédérale sur la transplantation

613 Les articles 57 à 60 de la loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules (ci-après : « loi sur la transplantation »)[1046] imposent des règles spécifiques en matière d'obligation de garder le secret et de communication des données. Les données traitées dans ce contexte relèvent largement du domaine médical, c'est-à-dire qu'il s'agit en principe de données sensibles dont la divulgation pourrait porter atteinte à un intérêt digne de protection[1047]. Or, dans le contexte de la transplantation, ces données sensibles sont amenées à être partagées entre un nombre important d'acteurs. On pense notamment aux médecins qui décèlent la nécessité d'une transplantation chez un patient, aux équipes de soins qui prennent en charge le donneur ou la personne transplantée, l'équipe chargée du transfert des organes, le personnel des institutions de soins concernées, le service national des attributions et autres services administratifs, etc. Il est dès lors apparu nécessaire d'adopter

1044 Notamment art. 10-12 LAGH révisée.

1045 Notamment JU, SZ, TH, ZG, ZH.

1046 RS 810.21.

1047 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, p. 173.

des règles spécifiques visant à encadrer les transferts d'informations entre des personnes, des groupes de personnes ou des autorités qui doivent se communiquer mutuellement des données en vue de l'accomplissement d'une tâche commune[1048]. Plus globalement, cette réglementation ne garantit pas uniquement l'intérêt privé des personnes concernées, mais vise également à renforcer la confiance du public envers la pratique du don d'organes en Suisse.

614 Aux termes de l'article 57 de la loi sur la transplantation, toutes les personnes chargées de l'exécution de la loi sont soumises à une obligation de garder le secret. La loi sur la transplantation instaure ainsi une obligation spécifique de garder le secret, propre au domaine de la transplantation d'organes, de tissus et de cellules[1049].

615 Le champ d'application personnel de l'obligation de garder le secret imposée par la loi sur la transplantation s'étend à toutes les personnes chargées de son exécution. Cette dernière incombe en premier lieu à la Confédération, sauf si la loi délègue l'exécution de certaines tâches aux cantons[1050]. Par ailleurs, le Conseil fédéral est autorisé à déléguer certaines tâches d'exécution à des personnes de droit public ou privé, notamment en lien avec le suivi de l'état de santé des donneurs, l'attribution des organes, la tenue d'un registre sur les cellules souches ou les mesures de contrôle du respect de la loi sur la transplantation[1051]. L'obligation de garder le secret peut donc aussi bien s'appliquer à des personnes soumises à un rapport de droit public (fédéral ou cantonal) qu'à un rapport de droit privé. Elle s'applique par ailleurs aux membres de commissions et experts qui interviennent dans le cadre de l'exécution de la loi sur la transplantation[1052].

616 En pratique, une part importante des tâches confiées à la Confédération dans le cadre de l'exécution de la loi sur la transplantation est assurée par l'OFSP. Le Conseil fédéral a toutefois délégué des tâches d'exécution non négligeables à des personnes de droit public ou privé[1053]. Les tâches du service national des attributions au sens de l'article 19 de la loi sur la transplantation sont par exemple assumées par la fondation de droit privé Swisstransplant[1054] et la tenue du registre sur les cellules souches au sens de l'article 62 de la loi

1048 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, 173.

1049 *Idem*, p. 172.

1050 Art. 50 al. 1 loi sur la transplantation.

1051 Art. 54 loi sur la transplantation.

1052 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, 172.

1053 MAUSBACH, Jusletter 26 octobre 2009, N 16.

1054 Art. 38 ordonnance sur l'attribution d'organes destinés à une transplantation, RS 810.212.4.

sur la transplantation est confiée à la Croix-Rouge suisse par le biais de la société anonyme Transfusion CRS Suisse SA[1055]. Le Conseil fédéral a par ailleurs délégué à Swissmedic la tâche de surveiller la préparation, la transmission, le stockage ainsi que l'importation et l'exportation de tissus et de cellules en vue des transplantations autogènes[1056]. Les personnes employées ou mandatées par les organismes susmentionnés sont donc soumises à l'obligation de garder le secret conformément à l'article 57 de la loi sur la transplantation si elles accomplissent une tâche d'exécution au sens de cette loi.

617 Quant aux cantons, ils sont principalement chargés d'organiser et de coordonner les activités afférentes aux transplantations dans les hôpitaux où les donneurs sont pris en charge et dans les centres de transplantation[1057]. Cela implique notamment la désignation d'un coordinateur local dans chaque hôpital et centre de transplantation et la mise en place de programmes de formation continue du personnel médical[1058]. Les cantons doivent par ailleurs instituer une autorité indépendante chargée de donner son autorisation en vue du prélèvement de tissus ou de cellules qui se régénèrent sur des personnes mineures ou incapables de discernement[1059]. Le devoir spécifique de garder le secret imposé par la loi sur la transplantation s'applique notamment aux coordinateurs locaux, aux personnes chargées des programmes de formation continue et aux membres de l'autorité cantonale indépendante susmentionnée.

618 La portée de l'obligation de garder le secret au sens de l'article 57 de la loi sur la transplantation doit toutefois être relativisée. L'article 70 de la loi sur la transplantation précise que seul est punissable celui qui contrevient à l'obligation de garder le secret *sans avoir enfreint les articles 320 et 321 CP*[1060]. Selon le Message du Conseil fédéral relatif à la loi sur la transplantation, la réserve en faveur des articles 320 et 321 CP vise à garantir que les personnes soumises à ces deux dispositions du code pénal soient soumises à des normes plus sévères[1061]. Or, en pratique, une grande majorité des personnes chargées de l'exécution de la loi sur la transplantation sont des fonctionnaires, des médecins ou des auxiliaires soumis aux articles 320 et/ou 321 CP. La portée pratique de l'article 57 de la loi sur la transplantation se voit ainsi largement réduite.

1055 Art. 50 ordonnance sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules d'origine humaine, RS 810.211 (ci-après : « ordonnance sur la transplantation »).

1056 Art. 49a ordonnance sur la transplantation.

1057 Art. 56 al. 1 loi sur la transplantation.

1058 Art. 56 al. 2 en lien avec art. 53 loi sur la transplantation.

1059 Art. 13 loi sur la transplantation.

1060 Art. 70 al. 1 let. g loi sur la transplantation.

1061 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, 173.

En synthèse, toutes les personnes chargées d'exécuter la loi sur la transplantation sont soumises à l'obligation de garder le secret prévue par cette loi, mais seules sont punissables à ce titre les personnes pour lesquelles les articles 320 et 321 CP ne peuvent trouver application.

619 Cela étant, la loi et les travaux préparatoires ne sont pas d'une grande limpidité sur la question de savoir si une personne soumise à l'article 320 ou 321 CP pourrait être punie sur la base de l'article 70 de la loi sur la transplantation dans l'hypothèse où l'une des conditions de poursuite des articles 320 ou 321 CP ferait défaut. A titre d'illustration, l'infraction de violation du secret au sens de la loi sur la transplantation est punissable si elle a été commise volontairement ou par négligence[1062]. Dès lors, un médecin chargé de l'exécution de la loi sur la transplantation, par exemple en qualité de coordinateur local, pourrait-il être puni sur la base de l'article 70 de la loi sur la transplantation s'il viole son secret par négligence, soit une situation dans laquelle la violation du secret professionnel ne peut pas être punie (exigence de l'intention) ? Il faut à mon sens répondre par l'affirmative. L'obligation de confidentialité prévue par la législation sur la transplantation n'a en effet pas pour seule vocation de sauvegarder l'intérêt personnel d'un patient transplanté ou d'un donneur, mais vise aussi (surtout ?) à maintenir un haut degré de confiance de la part du public dans la structure étatique mise en place pour garantir le bon fonctionnement de la médecine de la transplantation et promouvoir le don d'organes. Il est donc justifié d'appliquer le régime le plus sévère, en l'occurrence la punissabilité de l'infraction commise par négligence conformément à l'article 70 al. 1bis CP lorsque les conditions de poursuite des articles 320 ou 321 CP ne sont pas réunies.

620 Le secret imposé par la loi sur la transplantation a pour objet les données confidentielles au sens de l'article 58 de la loi sur la transplantation. Selon cette disposition, est considérée comme confidentielle « *toute donnée collectée en vertu de la présente loi dont la divulgation risque de porter atteinte à un intérêt digne de protection* »[1063]. L'intérêt digne de protection au sens de cette disposition ne saurait toutefois être défini dans l'absolu. Il peut varier selon les personnes qui s'en prévalent ou la nature de l'information en jeu (données sur l'état de santé, intérêts de police sanitaire, secret commercial ou de fabrication, etc.)[1064]. La détermination de l'existence d'un intérêt digne de protection nécessite ainsi de procéder à une pesée des intérêts en présence dans chaque cas individuel[1065].

1062 Art. 70 al. 1 et 1bis loi sur la transplantation.

1063 Art. 58 loi sur la transplantation. MAUSBACH, Jusletter 26 octobre 2009, N 12.

1064 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, p. 173.

1065 *Ibid.*

621 La violation du devoir de garder le secret imposé par la loi sur la transplantation est punie d'une amende de Fr. 50'000.- au plus. Contrairement à ce qui prévaut pour la violation du secret professionnel ou du secret de fonction au sens des articles 320 et 321 CP, elle est également punissable lorsqu'elle a été commise par négligence, auquel cas la peine s'élève à Fr. 20'000.- au plus[1066]. La poursuite a lieu d'office. La tentative et la complicité sont punissables.

VI. Loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques

622 Une obligation de garder le secret similaire à celle de la loi sur la transplantation figure à l'article 29 de la loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO)[1067]. Cette disposition impose en effet une obligation de garder le secret à toutes les personnes chargées de l'exécution de cette loi. Toutefois, contrairement à la loi sur la transplantation, la LEMO ne prévoit pas de sanction pénale en cas de violation de l'obligation de garder le secret.

623 Parmi les personnes chargées de l'exécution de la LEMO figurent en particulier le personnel d'hôpitaux ou d'autres institutions privées ou publiques du système de soins qui diagnostiquent ou traitent une maladie oncologique (art. 3 al. 1 LEMO). En pareille hypothèse, ces personnes sont légalement tenues de collecter et de déclarer toute une série d'informations sur les patients concernés (art. 3 et 4 LEMO).

VII. Loi fédérale sur les produits thérapeutiques

624 La loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPTh)[1068] impose une obligation de garder le secret aux personnes chargées de son exécution[1069]. La formulation est similaire à celle employée dans la loi sur la transplantation. Toutefois, si l'on devait comparer ces deux lois, il est moins probable qu'un *soignant* soit amené, en cette qualité, à assumer une charge d'exécution de la LPTh. L'obligation de garder le secret imposée par la LPTh sera donc abordée ici de manière succincte uniquement.

1066 Art. 70 al. 1 loi sur la transplantation.

1067 RS 818.33.

1068 RS 812.21.

1069 Art. 61 LPTh.

Le cercle des personnes soumises à l'obligation de garder le secret au sens de l'article 61 LPTh s'étend à toutes les personnes chargées de l'exécution de la LPTh. En pratique, celles-ci sont en grande majorité des fonctionnaires fédéraux ou cantonaux. Sur le plan fédéral, les personnes concernées sont en premier lieu les collaborateurs de Swissmedic, à qui la LPTh confie de nombreuses tâches d'exécution[1070]. Il peut également s'agir de collaborateurs de l'OFSP, de l'Office fédéral de la sécurité alimentaire et des affaires vétérinaires, de l'OFEV ou de l'OFAG[1071]. Un certain nombre d'acteurs interviennent également sur le plan cantonal lorsque la LPTh confie aux cantons des tâches d'exécution spécifiques ou n'en attribue pas explicitement à la Confédération. Dans la mesure où ils exécutent des tâches en lien avec la LPTh, les médecins cantonaux, pharmaciens cantonaux ou collaborateurs des services régionaux d'inspectorat des produits thérapeutiques sont par exemple soumis à l'obligation de garder le secret au sens de l'article 61 LPTh[1072]. 625

Le champ d'application personnel de l'obligation de garder le secret prévue par la LPTh ne se limite toutefois pas au personnel de l'Etat. Ce devoir s'applique également aux personnes privées qui assument des tâches d'exécution de la LPTh, sur la base d'un mandat par exemple[1073]. Entrent notamment dans cette catégorie les experts externes, les membres de comités d'experts (ex. : *Swissmedic Medicines Expert Comitees*, SMEC) ou encore les membres des commissions d'éthique intervenant dans le processus d'autorisation de mise sur le marché de produits thérapeutiques[1074]. 626

La remise d'un produit thérapeutique ne constitue pas à elle seule un acte d'exécution de la LPTh. Les médecins, pharmaciens ou autres soignants qui se contentent de remettre des produits thérapeutiques à des patients sont donc exclus du champ d'application personnel de l'obligation de garder le secret imposé par l'article 61 LPTh. 627

Le contenu du secret imposé par la LPTh s'examine à la lumière des articles 62 et 63 LPTh[1075]. Il a ainsi pour objet des données collectées en vertu de la LPTh et qui ne sont pas publiques ou accessibles par tous[1076]. Par ailleurs, le maintien du secret doit être justifié par un « *intérêt prépondérant digne d'être protégé* »[1077]. En pratique, les données protégées par le secret peuvent 628

1070 Art. 69 LPTh.

1071 BSK HMG-MUND, art. 61 N 3.

1072 *Idem*, art. 61 N 5.

1073 Message LPTh, FF 1999 III 3151, 3236.

1074 BSK HMG-MUND, art. 61 N 5.

1075 Message LPTh, FF 1999 III 3151, 3236.

1076 BSK HMG-MUND, art. 61 N 8.

1077 Art. 62 al. 1 LPTh.

concerner des secrets commerciaux ou de fabrication. L'existence d'un intérêt digne d'être protégé s'établit par une pesée des intérêts en présence et diffère selon la personne qui s'en prévaut ou les intérêts en jeu[1078].

629 La violation du secret imposé par l'article 61 LPTh est punie d'une amende de Fr. 50'000.– au plus, à moins qu'il y ait infraction aux articles 162, 320 ou 321 CP. Les peines plus sévères prévues par ces dispositions trouvent alors application. Cette réserve est importante en pratique puisqu'une majorité des personnes chargées d'appliquer la LPTh sont soumises au secret de fonction. Elle vise à garantir que les personnes soumises à une obligation spécifique de garder le secret en vertu du code pénal encourent des peines plus sévères[1079]. A cet égard, le message relatif à la LPTh mentionne spécifiquement le cas des médecins qui seraient soumis à l'article 321 CP[1080].

630 La LPTh prévoit une condition aggravante lorsque l'auteur a agi par métier. La peine encourue est alors de six mois au plus d'emprisonnement et une amende de Fr. 100'000.– au plus. L'infraction est aussi punissable lorsqu'elle a été commise par négligence, auquel cas la peine s'élève alors à Fr. 10'000.– au plus[1081]. La poursuite a lieu d'office. La tentative et la complicité sont également punissables[1082].

VIII. Obligations de garder le secret et assurances sociales

631 L'article 33 de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)[1083] impose une obligation de garder le secret aux « *personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance* ». Le secret doit être tenu « *à l'égard des tiers* ».

632 Contrairement à la loi sur la transplantation et à la LPTh, la LPGA n'indique pas que l'obligation de garder le secret s'applique aux personnes chargées de l'exécution des lois concernées, mais à celles qui participent à leur application, à leur contrôle et à leur surveillance. Le recours au terme « *participer* » indique que l'obligation de garder le secret peut non seulement viser des collaborateurs de l'organe concerné, mais également des personnes exté-

1078 Message LPTh, FF 1999 III 3151, 3237.

1079 *Idem*, p. 3236.

1080 *Idem*, p. 3236.

1081 Art. 87 al. 3 LPTh.

1082 Art. 87 al. 4 LPTh.

1083 RS 830.1.

rieures auxquelles on aurait confié le traitement des données[1084]. Le champ d'application personnel de l'article 33 LPGA est ainsi défini de manière exceptionnellement large[1085].

633 L'obligation de garder le secret au sens de l'article 33 LPGA est susceptible de s'appliquer au personnel administratif et médical des organes qui pratiquent l'assurance sociale, aux collaborateurs des centres d'expertise internes ou externes, aux experts mandatés, aux établissements médicaux ou encore aux centres d'observation professionnelle[1086]. Elle s'applique sans égard au fait que les organes pratiquant l'assurance sociale sont organisés selon le droit public (centrale de compensation AVS, offices AI, etc.) ou selon le droit privé (caisses-maladie, caisses de pension, etc.)[1087].

634 On peut se demander dans quelle mesure les soignants doivent être assimilés aux personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales et devraient être soumis à ce titre à l'obligation de garder le secret imposée par l'article 33 LPGA. Cette question est importante en pratique puisque les lois sur les assurances sociales autorisent les personnes qui participent à leur application à communiquer des données personnelles dans de nombreuses situations.

635 Une distinction doit ici être opérée entre les soignants-experts qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales et les soignants au sens étroit :

— Les soignants-experts qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales sont les personnes engagées ou mandatées, directement ou indirectement, par un organe qui pratique l'assurance sociale en vue de déterminer l'état de santé d'une personne, en particulier dans le cadre de questions liées à la prise charge de prestations couvertes par les assurances sociales au sens de la LPGA. Entrent par exemple dans cette catégorie les médecins-conseil des caisses-maladie ou les soignants au service des centres d'expertise AI.
— Par opposition aux soignants-experts, les soignants au sens étroit exercent une activité dont l'objectif principal est thérapeutique.

636 L'obligation de garder le secret imposée par l'article 33 LPGA s'applique aux soignants-experts qui participent à l'application des lois sur les assurances

1084 Message données personnelles et assurances sociales, FF 2000 219, 227.

1085 KIESER, *Kommentar ATSG*, art. 33 N 16.

1086 DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*, p. 213.

1087 Message données personnelles et assurances sociales, FF 2000 219, 227.

sociales, mais elle ne s'étend pas aux soignants au sens étroit. En effet, même s'il a défini largement le cercle des personnes soumises au secret, le législateur visait en premier lieu le personnel des *organes* chargés d'appliquer les lois sur les assurances sociales. Or, même si la loi ne définit pas ce qu'il faut entendre par *organe*, l'examen des dispositions des lois sur les assurances sociales autorisant et fondant ceux-ci à traiter des données amène à conclure que le législateur n'avait pas pour intention d'y inclure les soignants au sens étroit. Les traitements de données autorisés relèvent en effet principalement de questions liées au fonctionnement même des assurances sociales, à l'instar du calcul des primes, du droit aux prestations ou des statistiques[1088].

637 Le secret imposé par la LPGA n'exclut pas qu'une autre forme de secret trouve concurremment application. Sur ce point, la LAA énonce par exemple que les médecins auxquels il est fait appel en tant que spécialistes de la sécurité au travail sont tenus à la fois au secret médical et à l'obligation de garder le secret au sens de l'article 33 LPGA[1089].

638 Un soignant n'est pas soumis à l'obligation de garder le secret selon l'article 33 LPGA parce qu'il fournirait des prestations remboursées par un assureur social. La seule fourniture d'une prestation ne doit pas être considérée comme un acte d'application d'une loi d'assurance sociale.

639 Dans une grande majorité des cas, l'article 33 LPGA concrétise le secret de fonction puisqu'il s'applique à titre principal aux fonctionnaires fédéraux ou cantonaux. Quant à l'objet du secret protégé, il est largement façonné par les lois spéciales sur les assurances sociales (LAMal, LAVS, LAI, etc.), qui contiennent toutes des règles relatives aux traitements de données autorisées et à la communication de celles-ci. Il faut toutefois considérer que le secret s'applique à l'ensemble des informations recueillies, y compris l'ouverture ou l'existence du dossier au nom d'une personne assurée[1090].

640 Les sanctions en cas de violation de l'article 33 LPGA dépendent des dispositions pénales inscrites dans les lois spéciales sur les assurances sociales[1091].

641 La présente étude se concentre essentiellement sur les devoirs de confidentialité applicables aux soignants au sens étroit. Par la suite, sauf exception, les conditions auxquelles des personnes soumises au secret imposé par l'article 33 LPGA peuvent ou non communiquer des informations ne seront donc pas traitées plus en détail.

1088 *Cf.* notamment : art. 84 LAMal, art. 96 LAA, art. 66 LAI.

1089 Art. 97 al. 5 LAA.

1090 DUPONT, *Les données confiées aux assureurs sociaux*, p. 8.

1091 *Cf.* notamment : art. 54 al. 1 let. d LSAMal, art. 112 al. 1 let. c LAA, art. 87 LAVS.

Chapitre 6 : Protection pénale du droit cantonal sanitaire

I. Fondements du devoir d'observer le secret selon les législations cantonales sanitaires

A titre liminaire, il faut préciser que si la quasi-totalité des législations cantonales sanitaires prévoient des obligations de confidentialité à l'égard des soignants, la violation de ces devoirs n'est pas toujours sanctionnée pénalement. En effet, quelques législations cantonales se limitent à sanctionner la violation du devoir de confidentialité par des sanctions disciplinaires. Avant d'examiner les dispositions pénales concernées, il semble utile de présenter plus largement les différentes normes qui fondent les devoirs d'observer le secret en droit cantonal sanitaire (y compris la manière de désigner ces professionnels), que ces devoirs soient sanctionnés pénalement ou non. Cette présentation pourra ensuite également servir de base pour l'examen des sanctions disciplinaires prévues par le droit cantonal sanitaire en cas de violation d'une obligation de confidentialité (*cf. infra* N 722 ss). 642

A l'exception de la législation sanitaire du canton de Lucerne, l'ensemble des législations sanitaires cantonales imposent à un cercle plus ou moins étendu de soignants une obligation expresse d'observer le secret. La terminologie diffère selon les cantons. En Suisse alémanique, l'obligation est traduite par les termes « *Berufsgeheimnis* »[1092], « *Schweigepflicht* »[1093], « *Geheimhaltung* »[1094] ou encore « *Verschwiegenheit* »[1095]. Le terme est unifié dans les cantons romands, qui ont tous recours au concept de « *secret professionnel* ». Au Tessin, le terme employé est « *segreto professionale* ». 643

En général, les dispositions cantonales applicables apportent peu de précisions sur la définition du secret qu'elles imposent. Certaines législations 644

1092 AG, GR, NW, OW, SH, SO, TG, ZG.

1093 AI, AR, BL, BS, BE, LU, SG, UR, ZH.

1094 GL.

1095 SZ.

se contentent d'affirmer que les soignants visés sont soumis au secret professionnel (VS[1096]). D'autres précisent que l'obligation s'applique aux informations constatées dans le cadre ou dans la pratique de la profession (AI, AR, FR, JU, NE, VD[1097]). Bon nombre de législations alémaniques (AG, BL, BS, GR, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, ZG et ZH[1098]) exposent que le secret couvre à la fois les informations confiées dans le cadre de la profession et celles découvertes dans l'exercice de celle-ci. De manière similaire, la législation bernoise expose que les soignants sont tenus au secret sur « *tous les faits que leur communiquent leurs patients et patientes dans le cadre de leur traitement et toutes les observations dont ils prennent note* »[1099].

645 La majorité des législations latines (FR, GE, NE, TI et VD[1100]) énoncent que le secret des soignants vise à protéger la sphère privée du patient. La législation jurassienne fait également précéder l'obligation de garder le secret professionnel par une formulation selon laquelle les titulaires d'une autorisation doivent respecter « *la liberté et la sphère privée des personnes* »[1101].

646 Les cantons de Glaris et d'Obwald imposent le secret de manière négative. Placées dans le chapitre consacré aux droits des patients, les dispositions applicables de ces cantons exposent que des tiers ne peuvent avoir accès à des informations en lien avec la santé d'un patient qu'avec le consentement de ce dernier[1102]. Les soignants sont tenus de respecter les droits des patients et, de manière indirecte, doivent prendre les mesures pour éviter que des tiers ne prennent illicitement connaissance d'informations[1103].

1096 Art. 31 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1097 Art. 12 Standeskommissionsbeschluss über die Ausübung der anderen Berufe des Gesundheitswesens (RS-AI 811.02) ; art. 41 Gesundheitsgesetz (RS-AR 811.002) ; art. 89 Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1) ; art. 21 Ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire (RS-JU 811.111) et art. 6 Ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé (RS-JU 811.213) ; art. 62 Loi de santé (RS-NE 800.1) ; art. 80 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1098 § 19 Gesundheitsgesetz (RS-AG 300.100) ; § 22 Gesundheitsgesetz (RS-BL 901) ; § 26 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; art. 35 Gesetz über das Gesundheitswesen (RS-GR 500.000) ; art. 47 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 46 Gesundheitsgesetz (RS-SG 311.1) ; art. 13 Gesundheitsgesetz (RS-SH 810.100) ; § 18 Gesundheitsgesetz (RS-SO 811.11) ; § 29 Gesundheitsgesetz (RS-SZ 571.110) ; § 22 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1) ; § 37 Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1) ; § 15 Gesundheitsgesetz (RS-ZH 810.1).

1099 Art. 27 Loi sur la santé publique (RS-BE 811.01).

1100 Art. 89 Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1) ; art. 87 Loi sur la santé (RS-GE K 1 03) ; art. 62 Loi de santé (RS-NE 800.1) ; art. 20 Legge sanitaria (RS-TI 801.100) ; art. 80 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1101 Art. 53 al. 2 Loi sur la santé (RS-JU 810.01).

1102 Art. 44 Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1) ; art. 53 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

1103 Art. 31 Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1) ; art. 39 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

Plusieurs dispositions cantonales procèdent par des renvois à des dispositions de droit fédéral, en particulier à l'article 321 CP. A Neuchâtel, l'article 62 de la loi de santé soumet les professionnels de la santé, leurs auxiliaires et les opérateurs du numéro sanitaire d'urgence au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Genève connaît une réglementation similaire[1104]. Par ailleurs, l'article 14 al. 2 du règlement genevois du centre de formation professionnelle santé-social précise que « *lorsque les membres du personnel enseignant exercent une activité clinique, ils sont en outre soumis au secret professionnel des médecins au sens de l'article 321 du code pénal suisse* »[1105]. Selon l'article 53 al. 2 de la loi sanitaire jurassienne, les titulaires d'une autorisation sont tenus au secret professionnel selon le code pénal suisse[1106]. L'article 20 de la loi sanitaire tessinoise confère aux fonctionnaires et aux personnes qui connaissent des secrets de santé le statut d'auxiliaires au sens de l'article 321 ch. 1 du code pénal fédéral[1107]. 647

De manière singulière, la législation sanitaire du canton de Lucerne n'impose pas d'obligation spécifique d'observer le secret[1108]. Elle se contente d'énoncer que le détenteur d'une autorisation doit exercer sa profession selon les préceptes de la profession, de l'éthique et de l'économie[1109]. Par ailleurs, les droits des patientes et des patients doivent être respectés, à l'instar du devoir d'informer, du droit à l'autodétermination et du droit du patient de consulter son propre dossier[1110]. 648

II. Professionnels visés par l'obligation de garder le secret

A. Méthodes de désignation des professions soumises au secret

Les législations cantonales sanitaires recourent à différentes méthodes pour désigner le cercle des personnes soumises au « *secret médical* ». En général, ces 649

1104 Art. 9 Loi relative à la qualité, la rapidité et l'efficacité des transports sanitaires urgents (RS-GE K 1 21), selon laquelle : « *Les ambulanciers et le personnel de la centrale sont soumis au secret professionnel au sens de l'article 321 du code pénal suisse.* »

1105 RS-GE C 1 10.50.

1106 RS-JU 810.01.

1107 RS-TI 801.100.

1108 Le § 22 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800) est certes dédié à la libération du secret professionnel (autorité de levée), mais il vise la procédure de levée instituée par l'article 321 ch. 2 CP.

1109 § 24 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800).

1110 § 25 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800).

méthodes ne visent pas à définir spécifiquement le cercle des personnes soumises au secret. Elles visent plus généralement à définir le champ d'application personnel des règles professionnelles imposées par le biais des législations sanitaires. Dans la majorité des cas, elles ne fixent donc que de manière indirecte le cercle des professionnels soumis à l'obligation d'observer le secret.

650 Ces méthodes peuvent être classées en quatre catégories : (a) la référence aux titulaires d'une autorisation de pratique, (b) le recours à une terminologie générique concrétisée par une liste de professions, (c) la reconnaissance du secret comme un droit du patient et (d) le recours à un cercle ouvert de professions.

1. Référence aux titulaires d'une autorisation de pratique

651 Certaines législations cantonales (ex. : AI, BE[1111], BL, JU, SZ, UR) imposent le secret aux personnes qui sont *titulaires d'une autorisation de pratique* ou à une catégorie de professionnels directement définie par le fait qu'ils sont titulaires d'une autorisation de pratique. Le cas échéant, seules sont donc punissables à titre principal les personnes qui sont titulaires d'une autorisation de pratique délivrée selon la législation sanitaire cantonale.

652 D'autres législations (ex. : AG, NW, SO, ZH) recourent à une dénomination générique (ex. : « *Berufen des Gesundheitswesens* ») qui fait l'objet d'une définition spécifique, mais qui renvoie essentiellement aux régimes d'autorisation de pratique ou des devoirs d'annonce.

653 La grande majorité des législations concernées établissent le champ d'application personnel de l'autorisation de pratique en deux temps. Dans un premier temps, elles énoncent généralement une liste d'actes ou d'activités d'ordre médical qui doivent être réalisés uniquement par des personnes titulaires d'une autorisation de pratique. Ces listes sont énoncées avec plus ou moins de précision selon les cantons et divergent sensiblement dans leur contenu. Dans un second temps, les législations concernées font généralement état d'une *liste de professions* qui remplissent les critères généraux posés par la loi et dont l'exercice est par conséquent soumis à autorisation. Ces listes de professions figurent généralement dans les ordonnances d'exécution. Dans certaines législations, les professions concernées ne font pas l'objet d'une liste à proprement parler, mais sont désignées par le fait qu'elles sont réglées par une réglementation spécifique (ex. : AI).

1111 La législation bernoise soumet au secret les « *professionnels de la santé* » qui sont présumés comme tels s'ils exercent une activité sanitaire en vertu d'une autorisation d'exercer (art. 27 en lien avec les art. 14 et 15 Loi sur la santé publique bernoise, RS-BE 811.01).

Quelques législations désignent directement les professions ou les groupes de professions dont l'exercice est soumis à autorisation, sans énoncer de manière abstraite le type d'activités soumises à autorisation (ex. : JU). 654

2. Terminologie générique définie par une liste de professions

D'autres législations cantonales (ex.. AR, FR, GE, NE, SH, TI, VD, VS) imposent le devoir d'observer le secret par recours à une terminologie générique (ex. : les « *professionnels de la santé* », « *Gesundheitsfachpersonen* »), qui couvre une liste de professions généralement établie dans une ordonnance d'exécution. 655

Les personnes concernées sont par conséquent visées sur la seule base de l'exercice de leur profession, indépendamment du fait que la profession soit exercée au bénéfice d'une autorisation de pratique ou non. Dans les faits, les professions qui tombent sous le coup de la terminologie générique sont en principe les professions dont l'exercice est soumis à autorisation. 656

3. Législations consacrant le secret comme un droit du patient

Les législations de Glaris et d'Obwald se distinguent en ce sens qu'elles ne placent pas l'obligation d'observer le secret dans un chapitre consacré aux devoirs professionnels, mais dans celui consacré aux droits des patients. Dans son fondement, le champ d'application personnel de l'obligation de garder le secret est donc moins défini par la qualité du soignant que par celle du patient. A Glaris, il s'agit des patients pris en charge dans les institutions de soins et les foyers au sens du droit cantonal, ainsi que ceux pris en charge par des personnes qui exercent une activité soumise à autorisation[1112]. A Obwald, la loi désigne les patients qui sont en traitement chez un praticien (« *bei Berufsausübenden* ») ou dans une institution autorisée[1113]. 657

Dans les deux législations concernées, le devoir de respecter les droits des patients constitue toutefois également une obligation professionnelle des titulaires d'une autorisation de pratique[1114]. Par ailleurs, les dispositions pénales des lois sanitaires de Glaris et d'Obwald punissent uniquement la violation des devoirs professionnels commise par les détenteurs d'une autorisation de pratique. En conséquence, si l'ensemble des patients visés ci-dessus peuvent se plaindre d'une violation du secret professionnel, seuls les soignants détenteurs d'une autorisation sont menacés de sanctions pénales. 658

1112 Art. 40 en lien avec les art. 44 et 25 Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1).

1113 Art. 47 en lien avec l'art. 53 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

1114 Art. 31 al. 1 let. d Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1) ; art. 39 al. 2 let. c Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

4. Cercle ouvert de professions

659 La législation du canton de Bâle-Ville se distingue des autres législations dans la mesure où elle recourt à une formulation ouverte pour désigner les soignants astreints au secret. L'obligation de confidentialité s'applique en effet aux « *Fachpersonen im Gesundheitswesen sowie deren Hilfsperson* » (§ 26 GesG). Les « *Fachpersonen im Gesundheitswesen* » sont définies comme les personnes qui exercent de manière professionnelle une activité diagnostique, thérapeutique, de soins ou de prise en charge et qui disposent d'une formation correspondante (§ 21 GesG). Or, contrairement aux autres législations cantonales qui ont recours à une dénomination générique, la législation bâloise opère une distinction entre les personnes désignées comme des « *Fachpersonen im Gesundheitswesen* » et les professionnels soumis au devoir d'obtenir une autorisation (« *Fachpersonen mit Bewilligung* »). Le cercle des personnes visées par l'obligation de garder le secret apparaît donc plus large que celui des professionnels dont l'activité est soumise à autorisation, même si l'étendue des activités soumises à autorisation est définie de manière particulièrement large dans le canton de Bâle-Ville (l'exercice des professions et des activités de médecine alternative et complémentaire non médicales est par exemple soumis à autorisation ; § 30 GesG).

B. Champ d'application personnel concret de l'obligation d'observer le secret

660 En dépit des formulations larges auxquelles recourent parfois les législations cantonales sanitaires, il est essentiel de souligner que la portée des obligations de confidentialité imposées par le droit cantonal sanitaire se limite dans les faits aux soignants qui exercent leurs activités pour des organes publics cantonaux. En effet, dans le secteur privé, le devoir de discrétion institué par l'article 35 LPD prime, en tant que droit fédéral, sur le droit cantonal sanitaire (sur la question des concours *cf. infra* N 1261)[1115]. A défaut d'application d'autre devoir spécial de confidentialité prévu par le droit fédéral (ex. : art. 321 CP), les communications par les soignants privés doivent donc être examinées à la lumière des règles prévues par la LPD.

661 Concrètement, le champ d'application personnel du devoir d'observer le secret fondé sur le droit cantonal est complexe à synthétiser en raison de la grande diversité des normes applicables. Que le législateur cantonal ait eu

1115 En ce sens : BURGAT, *Le secret médical*, p. 248 s.

recours à une méthode ou à une autre, l'examen de la liste des professions visées s'impose au cas par cas.

662 Certaines professions sont visées par de nombreuses législations cantonales, à l'instar des professions d'hygiéniste dentaire[1116], d'ambulancier[1117], d'opticien[1118] ou de podologue[1119]. D'autres, telles que les professions d'opérateur d'un numéro d'urgence[1120], masseur médical[1121] ou chef de laboratoire d'analyses médicales[1122] sont visées par un nombre plus restreint de législations. Enfin, de nombreuses législations contiennent des particularités qui leur sont propres ou qui sont partagées par un nombre restreint de cantons. Ainsi, certaines législations sanitaires cantonales soumettent les professions suivantes au secret : assistant en soins et santé communautaire (GE), préparateur en pharmacie (GE), thérapeute en psychomotricité (GE), audioprothésiste (FR, NE), esthéticienne (TI) ou encore prothésiste dentaire (AI, ZH).

663 De nombreux cantons ont adopté des règles imposant le devoir d'observer le secret aux personnes qui pratiquent les médecines alternatives ou complémentaires. A Fribourg, les personnes exerçant les médecines complémentaires doivent respecter les mêmes droits et devoirs que les autres professionnels de la santé et sont soumises aux mêmes sanctions disciplinaires[1123]. Un nombre relativement important de cantons (notamment AI, AR, BE, GL, GR, NW, OW, SH, SO, SZ, TG) soumettent également au secret les naturopathes (« *Heilpraktiker* » ou « *Naturheilpraktiker* ») en se référant parfois au diplôme fédéral correspondant qui connaît plusieurs orientations, à savoir l'homéopathie, la médecine ayurvédique, la médecine traditionnelle européenne et la médecine traditionnelle chinoise. Les acupuncteurs sont notamment soumis au secret dans les cantons de Nidwald, Uri, Zoug et Zurich. Quant à la législation de Bâle-Campagne, elle vise un cercle particulièrement large de personnes exerçant les médecines complémentaires puisqu'elle soumet en particulier au secret les personnes qui exercent de manière indépendante les

1116 Notamment dans les cantons suivants : AI, AR, BE, FR, GE, GL, GR, JU, NE, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, VD, ZG, ZH

1117 Notamment dans les cantons suivants : AI, BE, FR, GE, JU, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, UR, VD, ZG.

1118 Notamment dans les cantons suivants : AI, AR, BL, BE, FR, GE, GL, GR, JU, NE, NW, OW, SG, SH, VD, ZG.

1119 Notamment dans les cantons suivants : AI, AR, BL, BE qui vise les pédicures-podologues, FR, GE, GL, GR, JU, NE qui vise les pédicures-podologues, NW, OW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, UR, VS, ZG, ZH.

1120 Notamment dans les cantons suivants : GE, JU, NE.

1121 Notamment dans les cantons suivants : OW, SG, SH, TG, UR, VD, ZG.

1122 Notamment dans les cantons suivants : JU, SZ, TH, ZG, ZH.

1123 Art. 76 al. 3 Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1).

autres méthodes de médecine complémentaire, qui ne servent pas uniquement l'amélioration du bien-être[1124].

664 Le devoir d'observer le secret des soignants ne trouve pas exclusivement son fondement dans la loi sanitaire cantonale. A Bâle-Ville par exemple, la loi sur la psychiatrie soumet le personnel des institutions psychiatriques au devoir de se taire et d'observer le secret, dans un souci de protection de la personnalité des patients[1125].

665 Qu'elles aient recours à une méthode de désignation ou à une autre, certaines législations procèdent à des renvois pour désigner concrètement les professions réglementées. Certains législateurs cantonaux ont ainsi recours à la liste des fournisseurs de prestations au sens des art. 38 ss OAMal[1126] pour désigner partiellement au moins le champ d'application personnel des dispositions relatives à l'exercice des professions sanitaires. Tel est par exemple le cas d'Appenzell Rhodes-Intérieures qui soumet à autorisation – et par conséquent au devoir d'observer le secret – les fournisseurs de prestations au sens de la législation sur l'assurance maladie et les professions visées par le décret sur les autres professions de la santé[1127]. Nidwald connaît une réglementation similaire[1128]. La loi sanitaire d'Obwald soumet quant à elle à autorisation – et par conséquent à l'obligation d'observer le secret – non seulement les fournisseurs de prestations au sens de la législation sur l'assurance maladie, mais également les personnes qui exercent une profession mentionnée dans le registre intercantonal des professions de la santé non universitaires NAREG sur la base de l'Accord intercantonal sur la reconnaissance des diplômes de fin d'études[1129].

1124 § 33 Gesundheitsgesetz (RS-BL 901).

1125 § 23 Psychiatriegesetz (RS-BS 323.100).

1126 RS 832.102.

1127 Art. 2 Standeskommissionbeschluss über die Ausübung der anderen Berufe des Gesundheitswesens (RS-AI 811.002).

1128 §1 Gesundheitsverordnung (RS-NW 711.11).

1129 Art. 31 en lien avec l'art. 39 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1). La liste des professions de la santé concernées figure à l'annexe 1 de l'Accord cantonal, soit : ostéopathe diplômé CDS, logopédiste diplômé CDIP, Bachelor of Science HES en ergothérapie, Bacheloer/Master of Science HES en nutrition et diététique, Bachelor/Master of Science HES en ergothérapie, Bachelor of Science HES en sage-femme, Bachelor/Master of Science HES en physiothérapie, Bachelor/Master of Science en soins infirmiers /Master of Science in Nursing, Bachelor of Science HES en optométrie, opticien diplômé, naturopathe avec diplôme fédéral, spécialiste en activation ES, technicien en analyses biomédicales ES, hygiéniste dentaire ES, droguiste ES, technicien en radiologie médicale ES/Bachelor of Science HES-SO en technique en radiologie médicale, technicien en salle d'opération ES, orthoptiste ES, infirmier ES, podologue ES, ambulancier ES, opticien CFC avec autorisation cantonale d'exercer, podologue CFC avec autorisation cantonale d'exercer, masseur médical (brevet fédéral).

La majorité des législations cantonales sanitaires élargissent le cercle des personnes soumises à l'obligation d'observer le secret à leurs auxiliaires ou à des personnes similaires. Certaines législations utilisent la même formulation que l'article 321 CP (« *auxiliaire* », « *Hilfsperson* »)[1130]. D'autres utilisent des formulations différentes, à l'instar de « *Mitarbeiter* »[1131] ou « *personnel qu'ils emploient* » pour le canton du Jura[1132]. Les législations sanitaires de Nidwald et de Zoug, qui recourent à la formulation de « *Mitarbeiter* », précisent que cette notion couvre non seulement les collaborateurs des professionnels de la santé, mais aussi des collaborateurs des institutions de soins[1133]. 666

Quelques législations cantonales sanitaires (notamment AI, BE, GL, OW, SG et TI) ne mentionnent pas les auxiliaires[1134]. Il faut cependant rappeler que dans les cantons de Glaris et d'Obwald, le secret est considéré comme un droit du patient et l'obligation faite aux soignants de s'abstenir de communiquer des informations à des tiers s'applique de manière globale à toutes les personnes amenées à traiter ces patients, indépendamment de leur statut (*cf. supra* N 657). 667

La législation sanitaire du canton de Saint-Gall est à ma connaissance la seule qui délimite le cercle des soignants de manière à la fois positive et négative. En ce qui concerne les professions de soins non universitaires, les dispositions pertinentes établissent dans un premier temps une liste des professions de soins tombant dans le champ d'application de la législation, puis dresse dans un second temps une liste exemplative de professions qui ne doivent pas être considérées comme telles[1135]. Sont ainsi notamment exclues les personnes qui sont actives dans le domaine des massages sportifs, de la gym, de l'application sans risques des soins cosmétiques par des voies externes, de la formation ou de l'enseignement à des personnes avec handicap corporel ou mental, du traitement des troubles de la parole par des exercices, du conseil psychologique et des évaluations psychotechniques de personnes saines ou encore, sauf disposition contraire, dans le domaine de la confection et de l'ajustement d'équipements ou de moyens auxiliaires sans effet thérapeutique. 668

1130 Notamment les cantons suivants : AG, BL, BS, FR, GE, GR, NE, SH, SO, SZ, TG, VD, VS, ZH.

1131 Notamment les cantons suivants: AR, NW, UR

1132 Les auxiliaires sont mentionnés dans les ordonnances d'exécution, *cf.* art. 21 Ordonnance concernant l'exercice des professions de médecin, de dentiste, de chiropraticien et de vétérinaire (RS-JU 811.111) et art. 16 Ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé (RS-JU 811.213).

1133 Art. 47 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1).

1134 Notamment les cantons suivants : AI, BE, GL, OW, SG, TI

1135 Art. 3 et 4b) Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege (RS-SG 312.1).

669 Sans recourir à des listes négatives de professions ou d'activités, l'ensemble des législations sanitaires cantonales limitent le champ d'application du devoir d'observer le secret de différentes manières. La principale limitation opérée est l'exigence d'une activité exercée à titre professionnel. Selon les législations, il est directement ou indirectement précisé que l'activité doit être exercée à titre professionnel (« *fachlich* », « *berufsmässig* », « *Berufsausübung* », « *gewerbsmässig* »)[1136] ou contre rémunération (« *gegen Entgelt* »)[1137]. Sans mentionner plus en détail l'utilisation de la formule « *secret professionnel* » (« *Berufsgeheimnis* »), la terminologie adoptée pour désigner les professions soumises au secret implique parfois à elle seule que l'obligation s'applique aux professionnels (« *professionnels de la santé* », « *professions médicales* », « *personne qui pratique une profession de la santé* », « *Gesundheitsfachperson* », « *Fachpersonen* », « *Beruf der Gesundheitspflege* » ou « *Gesundheitsberuf* »)[1138].

670 Dans quelques cantons, l'obligation d'observer le secret ne s'applique pas à toutes les professions sanitaires, mais uniquement aux « *autres professions* », c'est-à-dire aux professions sanitaires non universitaires (ou à tout le moins à un groupe de professions qui s'y assimile). Tel est pas exemple le cas dans les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures et de Saint-Gall où le devoir d'observer le secret n'est pas prévu dans la loi sanitaire, mais dans les ordonnances d'exécution applicables aux professions de la santé non universitaires[1139]. A Obwald, l'article 39 de la loi de santé expose que les devoirs professionnels des professions médicales universitaires sont réglés par la LPMéd et la LPsy (la loi ne fait pas mention de la LPSan). Les devoirs professionnels des autres personnes exerçant une activité dans le domaine de la santé, en particulier le respect des droits et devoirs des patients, sont pour leur part réglés par la législation sanitaire cantonale[1140].

671 La situation peut être alambiquée lorsque la loi fait référence aux titulaires d'une autorisation de pratique pour désigner les personnes soumises au secret. On doit en effet se demander si l'obligation d'observer le secret s'applique uniquement aux titulaires formels d'une autorisation de pratique ou si elle concerne également les professionnels exerçant de manière licite

1136 Notamment dans les cantons suivants : AG, BS, BE, GL, NE, NW, UR, ZH.

1137 Notamment dans les cantons suivants : AI, BE, SO, ZH.

1138 Notamment dans les cantons suivants: AR, BS, BE, FR, GE, JU, NW, SG, SH, VS

1139 Art. 12 Standeskommissionbeschluss über die Ausübung der anderen Berufe des Gesundheitswesens (RS-AI 811.002) en lien avec les art. 7 et 8 Gesundheitsgesetz (RS-AI 800.000). La loi appenzelloise est toutefois dépassée et assimile aux professions médicales les seules professions de médecin, dentiste, vétérinaire et pharmacien. Art. 17b) Verordnung über die Ausübung von Berufen der Gesundheitspflege (RS-SG 312.1).

1140 Art. 39 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

sans autorisation formelle, par exemple en effectuant une prestation de services de 90 jours au plus ou un remplacement. Certains législateurs ont résolu ce problème en précisant que les devoirs professionnels s'appliquaient sans égard au fait que la profession est exercée à titre indépendant, dépendant ou sur représentation (ex. : AG)[1141].

672 Enfin, dans certains cantons, les vétérinaires sont également soumis à un devoir de discrétion. A Neuchâtel, une disposition spécifique de la loi vétérinaire est consacrée au devoir de discrétion et précise les situations dans lesquelles le vétérinaire est délié de son obligation[1142]. La législation sanitaire thurgovienne énonce à l'inverse que le secret professionnel s'applique aux professionnels de la santé dans le domaine de la médecine humaine uniquement[1143].

III. Sanctions pénales

673 La violation du secret imposé par le droit cantonal sanitaire peut faire l'objet de deux types de sanctions : les sanctions pénales et les sanctions disciplinaires.

674 Ces deux types de sanctions ne sont toutefois pas systématiquement prévus par toutes les législations sanitaires cantonales. Les conditions de poursuite et les peines prévues varient également selon les cantons pour les deux types de sanctions.

A. Fondement

675 En vertu de l'article 335 al. 1 CP, les cantons conservent le pouvoir de légiférer sur les contraventions de police qui ne sont pas l'objet de la législation fédérale. Il s'agit d'une délégation de compétence subsidiaire, car les cantons peuvent uniquement légiférer sur une contravention de police si le comportement visé n'est pas réprimé par le droit pénal fédéral et que le législateur fédéral n'a pas souhaité, par son silence, que le comportement reste impuni (silence qualifié)[1144].

676 Selon l'article 335 al. 2 CP, les cantons sont par ailleurs fondés à « *édicter des sanctions pour les infractions au droit administratif et au droit de procédure*

1141 § 13 Gesundheitsgesetz (RS-AG 300.100).

1142 Art. 15 Loi vétérinaire (RS-NE 804.8).

1143 § 22 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1).

1144 PERRIN, RVJ 2010, N 23 ; CR CP II-DÉLÈZE, art. 335 N 6.

cantonaux ». Le second alinéa constitue en réalité une réserve impropre dans la mesure où cette compétence relève déjà du pouvoir des cantons en vertu de la Constitution fédérale[1145]. Ainsi, lorsque que les cantons sont compétents pour légiférer dans un domaine, en particulier administratif, le législateur peut adopter des dispositions de droit pénal en vue d'assurer l'observation des prescriptions édictées. Ces dispositions pénales relèvent alors du droit pénal accessoire[1146] ou, pour PERRIN, du droit pénal administratif matériel[1147].

677 Lorsqu'ils édictent des dispositions visées par l'article 335 al. 2 CP, les cantons ne sont pas tenus par la partie générale du code pénal, même si les législations cantonales s'y réfèrent souvent[1148]. Le législateur cantonal n'est par conséquent pas tenu par les limites des peines fixées par le code pénal fédéral. Il peut par conséquent prévoir des peines d'amende excédant le montant de Fr. 10'000.- fixé par l'article 106 CP.

678 Le législateur cantonal doit cependant respecter les principes constitutionnels, notamment le principe de légalité (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*) qui impose que la norme pénale soit suffisamment précise. Le principe de proportionnalité des sanctions doit également être respecté[1149].

679 Les conditions de poursuite, la détermination des autorités compétentes et les règles de procédure applicables sont déterminées par le droit pénal cantonal formel. En pratique, il convient de se référer en premier lieu aux règles spécifiques contenues dans les lois spéciales puis, à défaut d'indication ou de renvoi, aux dispositions générales prévues par le droit cantonal. Dans la mesure où le CPP n'est applicable qu'aux infractions prévues par le droit fédéral, celui-ci ne trouve application que dans la mesure (et l'étendue) où le droit cantonal y renvoie[1150]. Selon le choix du législateur cantonal, la compétence d'instruire et de juger les infractions de droit pénal cantonal peut relever de la compétence d'une autorité judiciaire ou d'une autorité administrative.

B. Aperçu des normes pénales cantonales applicables

680 La majorité des législations sanitaires cantonales répriment pénalement la violation du devoir d'observer le secret qu'elles imposent. Les dispositions

1145 Art. 3 et 54 à 135 Cst. ; PERRIN, RVJ 2010, N 24 ; STRÄULI/ETIER, *Les grandes notions de la responsabilité civile et pénale*, p. 28-29.

1146 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs, FF 1999 II 1787, 1965.

1147 PERRIN, RVJ 2010, N 24.

1148 TRITTEN, *Maltraitance des personnes âgées*, p. 191.

1149 Arrêt du TF 1P.513/2006 du 23 janvier 2007 c. 3.1.

1150 TRITTEN, *Maltraitance des personnes âgées*, p. 193.

pénales concernées ont pour objet des infractions au droit administratif cantonal et entrent dans la catégorie des dispositions visées par l'article 335 al. 2 CP.

681 Quelques cantons répriment la violation du secret de manière spécifique[1151] et d'autres plus largement la violation des devoirs professionnels[1152]. Toutefois, dans de nombreux cantons[1153], la répression pénale de la violation du secret repose sur une disposition générale punissant celui qui contrevient aux prescriptions imposées par la loi et, selon les cantons, à ses ordonnances d'exécution.

682 Dans les cantons d'Argovie et de Bâle-Ville, la violation du secret ne fait pas l'objet d'une répression pénale. Elle est uniquement punie par le biais de sanctions disciplinaires. Quant à la législation lucernoise, on l'a vu, elle n'impose pas explicitement le devoir d'observer le secret et la violation de celui-ci n'est par conséquent pas punissable par le biais d'une disposition pénale.

683 Par ailleurs, plusieurs lois cantonales sanitaires érigent spécifiquement en infraction la violation des devoirs d'annonce ou d'informer l'autorité[1154]. C'est notamment le cas dans les cantons de Bâle-Ville et de Lucerne, où les lois cantonales sanitaires répriment pénalement, de manière un peu paradoxale, l'omission d'informer l'autorité en cas de constatation d'une mort suspecte, mais pas la violation du secret en elle-même[1155].

684 Les législations sanitaires qui sanctionnent pénalement la violation du secret fondé sur le droit cantonal prévoient une peine d'amende. Seul le canton du Valais prévoit une peine privative de liberté jusqu'à trois mois, cumulable avec une amende. Le montant maximum de l'amende varie sensiblement selon les cantons. Il s'élève par exemple à Fr. 20'000.- dans le canton d'Appenzell Rhodes-Extérieures, mais atteint Fr. 500'000.- dans les cantons du Tessin ou Zurich (en cas de circonstances aggravantes). Dans certains cantons (ex. : OW, VS), le montant maximum de l'amende peut augmenter si l'infraction est répétée. Dans le canton de Vaud, l'autorité saisie d'une infraction peut au surplus ordonner la publication du prononcé ou du jugement aux frais de la personne condamnée[1156].

1151 FR, GE, NW, SZ.

1152 GL, OW, SH, SO, UR, ZH. On notera que le Tribunal fédéral a confirmé que les cantons avaient la compétence d'édicter du droit pénal pour réprimer la violation des règles relatives à la publicité pour les professions de la santé, arrêt du TF 1P.513/2006 du 23 janvier 2007 c. 3.2.

1153 Notamment dans les cantons suivants : AI, AR, BL, BE, GR, JU, NE, SG, TG, TI, VD, VS, ZG.

1154 Notamment les cantons suivants : BS, FR, GE, LU, OW, UR

1155 § 62 en lien avec § 28 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; § 61 en lien avec § 27 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800).

1156 Art. 188 al. 1 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

685 Dans le canton d'Obwald, la violation des devoirs professionnels par le détenteur d'une autorisation est uniquement punissable si elle est intervenue de manière grave[1157].

686 En principe, la violation du secret est uniquement punissable si elle est commise intentionnellement. Dans quelques cantons, l'infraction peut également être sanctionnée lorsqu'elle est commise par négligence[1158].

687 Certaines législations cantonales sanitaires répriment par ailleurs les actes de participation tels que la complicité[1159] ou l'instigation[1160].

688 La violation du secret fondé sur le droit cantonal sanitaire est toujours poursuivie d'office.

689 Enfin, certaines législations cantonales sanitaires réservent l'application des dispositions applicables du code pénal fédéral[1161], du droit fédéral[1162] ou plus généralement de dispositions pénales spéciales[1163]. Cependant, de nombreuses législations cantonales sanitaires ne connaissent pas de telles règles de conflits.

IV. Observations

690 Les obligations d'observer le secret médical prévues par le droit cantonal sanitaire revêtent un caractère autonome et doivent être interprétées à la lumière du droit applicable dans le canton concerné, indépendamment des interprétations données à la notion de « *secret* » au sens des articles 320 et 321 CP notamment (à tout le moins lorsqu'il n'est pas fait référence à ces dispositions)[1164]. Les dispositions de droit cantonal imposant aux soignants le devoir d'observer le secret sont toutefois peu précises quant aux contours de ces secrets. Il appartient dès lors aux juridictions cantonales de tracer ceux-ci.

1157 Art. 77 al. 1 let. b Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1).

1158 Notamment dans les cantons suivants : AR, BS (pour la violation du devoir d'annonce uniquement), SO, UR.

1159 Notamment dans les cantons suivants : AR, BS (pour la violation du devoir d'annonce uniquement), GE, NW, SH, SZ, TI, UR, VD, VS, ZH.

1160 Notamment dans les cantons suivants : OW, TI, VD, ZH.

1161 Notamment dans les cantons suivants : JU, VS

1162 Notamment dans les cantons suivants : NW, ZG.

1163 Notamment dans les cantons suivants : SO, TG, UR.

1164 Certaines juridictions cantonales ont toutefois tendance à interpréter les dispositions de droit cantonal imposant le secret professionnel à la lumière de l'article 321 CP, jurisprudence et doctrine comprises. Voir par exemple : Arrêt de la Cour administrative du Tribunal cantonal du canton de Fribourg du 16 février 2018, 603 2016 112 c. 4a), RFJ 2018 p. 324.

691 Certaines juridictions cantonales ont eu l'occasion de se prononcer sur la définition à donner aux secrets institués par le droit cantonal. A Genève, la Cour de Justice a par exemple défini le secret professionnel des soignants de la manière suivante : « *Il faut donc admettre que le secret consiste dans la possession exclusive de la connaissance de certains faits jointe à la volonté du détenteur du secret d'en rester seul possesseur. On peut également définir le secret comme une chose qui n'est pas de notoriété publique et qu'il y a intérêt à ne pas divulguer. Le secret est donc en principe la possession exclusive - voire avec un nombre limité d'autres personnes - de connaissances acquises dans l'exercice de la fonction ou de la profession. Le secret est absolu et il survit lorsque l'affaire est terminée* »[1165].

692 Dans les faits, la marge d'appréciation des juridictions cantonales est toutefois restreinte dans une large mesure par les contraintes imposées par l'obligation de réaliser les droits fondamentaux découlant de la Constitution fédérale ou du droit supranational (art. 35 Cst.). Outre l'obligation qui est faite aux cantons d'adopter une législation qui ménage des garanties appropriées pour empêcher la divulgation de données à caractère personnel sur la santé, les juridictions cantonales sont tenues d'interpréter les normes en question de manière conforme au droit supérieur. Elles doivent donc interpréter la notion de « *secret* » des soignants – ou quelle que soit la terminologie adoptée par le législateur cantonal – à la lumière des intérêts protégés notamment par les articles 13 Cst., 8 CEDH ou 10 al. 1 et 2 Convention d'Oviedo. La jurisprudence genevoise illustre d'ailleurs parfaitement ce point de vue. Alors que l'article 87 al. 2 de la loi genevoise sur la santé expose que le secret professionnel a pour seul but de « *protéger la sphère privée du patient* », la Cour de justice du canton de Genève a rappelé à plusieurs reprises que selon la jurisprudence de la CourEDH, le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé était capital « *non seulement pour protéger la vie privée des malades, mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général* ». Ainsi, « *l'obligation de respecter le secret médical ne protège donc pas uniquement la sphère privée de l'individu ou sa santé mais elle prend en considération la santé de la collectivité* »[1166]. En s'appuyant sur la jurisprudence de la CourEDH, la Cour de justice a ainsi élargi le champ des intérêts protégés par l'article 87 de la loi genevoise sur la santé, précisant au passage que cette disposition constituait le corollaire du droit de toute personne à la protection de la sphère privée, garanti par les articles 13 Cst. et 8 CEDH[1167].

1165 Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 10 avril 2001, ATA/240/2001 c. 7.

1166 *Cf.* notamment : arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 27 juin 2017, ATA 1006/2017 c. 3 ; arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 9 septembre 2014, ATF/717/2014 c. 10.

1167 Arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 27 juin 2017, ATA 1006/2017 c. 3.

693 Ce dernier exemple a d'ailleurs pour mérite de relativiser une incongruité des législations cantonales romandes. D'un point de vue historique (*cf. supra* N 46), les dispositions cantonales romandes imposant une obligation de garder le secret avant l'entrée en vigueur du code pénal fédéral étaient fortement influencées par le code pénal français de 1810, qui faisait prévaloir l'intérêt public à la sauvegarde du secret aux dépens de l'intérêt privé du patient. Or, aujourd'hui, les législations des cantons de Fribourg, Genève, Jura, Genève, Tessin et Vaud indiquent à l'inverse que le secret professionnel imposé par le droit cantonal tend à protéger de manière exclusive l'intérêt à la préservation de la sphère privée du patient. La prise en compte du droit supérieur, en particulier l'article 8 CEDH et la jurisprudence de la CourEDH qui s'y rattache, oblige ainsi les cantons à prendre en compte la protection d'intérêts publics plus larges.

694 Les juridictions cantonales ne peuvent pas appliquer directement les développements jurisprudentiels liés à l'article 321 CP en particulier dans le domaine du secret médical. Elles peuvent toutefois s'en inspirer dans la mesure où le Tribunal fédéral reconnaît que le secret médical est une institution importante du droit fédéral qui découle du droit constitutionnel à la protection de la sphère privée au sens des articles 13 Cst. et 8 CEDH et qui vise à protéger la relation de confiance particulière entre le médecin et son patient[1168].

695 A défaut de dispositions ou d'indices laissant présumer le contraire, il faut donc partir du principe que l'*objet* du secret imposé par les dispositions cantonales pertinentes est similaire à celui qui est protégé par l'article 321 CP, en matière médicale du moins. Les considérations développées précédemment quant à la portée matérielle et temporelle du secret protégé par l'article 321 CP peuvent donc être utilisées comme source d'inspiration (*cf. supra* N 413 ss et N 450 ss). En conséquence, l'obligation d'observer le secret imposée par le droit cantonal sanitaire concerne en principe des informations confiées ou apprises dans l'exercice de l'une des professions visées. Ces informations doivent par ailleurs être liées à des personnes identifiées ou identifiables et le patient doit avoir un intérêt à garder ces informations secrètes. Le secret ne connaît pas non plus de limite temporelle. Les développements relatifs aux modalités de la révélation illicite peuvent également être pris en compte (*cf. supra* N 458 ss).

696 Quant à la législation lucernoise qui se contente d'énoncer que les titulaires d'autorisation doivent exercer leur profession conformément aux fondements, à l'éthique et à l'économie, elle est à mon sens trop peu précise pour fonder une véritable obligation d'observer le secret médical à charge des soignants fondée sur le droit cantonal.

1168 ATF 141 IV 77 c. 4.4.

697 Enfin, quelques mots doivent être consacrés aux législations cantonales qui opèrent des renvois au droit fédéral. De telles dispositions sont problématiques à deux titres au moins :

— Lorsque ces dispositions prévoient que des professionnels non visés par l'article 321 CP sont soumis à l'article 321 CP (ou au code pénal fédéral en général), elles élargissent le champ d'application des dispositions pénales fédérales concernées. Or, la compétence de définir le cercle des professionnels soumis à l'article 321 CP appartient exclusivement au législateur fédéral, qui a choisi de limiter ce cercle de manière précise et exhaustive[1169]. De telles dispositions en droit cantonal contreviennent donc à mon sens au principe de primauté et de respect du droit fédéral consacré par l'article 49 Cst.
— La légalité de tels renvois est elle aussi discutable. Les lois cantonales visées procèdent en effet à des renvois généraux au code pénal fédéral ou plus précisément à l'article 321 CP. Il s'agit de renvois dits « *dynamiques* ». Les renvois dynamiques ont pour référent une norme spécifique dans sa dernière version en vigueur, qui est donc susceptible d'être modifiée dans le temps. Les renvois dynamiques sont en principe uniquement admissibles si l'autorité législative qui procède au renvoi est également l'autorité législative compétente pour légiférer sur le texte auquel il est fait référence. Ainsi, dans le domaine du secret médical, lorsque le droit cantonal sanitaire opère un renvoi dynamique au droit pénal fédéral, il existe un risque qu'une modification subséquente du droit pénal fédéral par le législateur fédéral modifie la situation juridique des soignants qui sont soumis au secret professionnel selon le droit cantonal, alors même que la compétence de légiférer dans ce domaine appartient au législateur cantonal. A mon sens, les renvois opérés par les législations sanitaires cantonales des cantons de Neuchâtel, du Jura et du Tessin ne sont donc pas valides.

698 Les législateurs cantonaux devraient par conséquent renoncer à procéder à des renvois dynamiques à l'article 321 CP ou au code pénal fédéral en général. Ils restent toutefois libres, s'ils le souhaitent, de procéder à des renvois statiques, c'est-à-dire à la version déterminée d'un acte, à une date fixée. Une telle solution paraît toutefois peu adaptée du point de vue de la clarté de la loi.

699 Du point de vue des professionnels soumis au secret fondé sur le droit cantonal, l'ensemble des législations cantonales sanitaires visent des professionnels qui excèdent le cercle des professions visées par l'article 321 CP. Il

1169 Dans ce sens : décision de la *Justizkommission* du canton de Zoug du 20 août 2009, GVP 2009 p. 298 c. 5.2.

serait toutefois erroné d'affirmer que ces cercles sont plus larges que celui de l'article 321 CP puisque certaines législations cantonales renoncent à régler le secret des professions qui entrent dans le champ d'application de l'article 321 CP. Le cercle des professions visé par le droit cantonal est par conséquent différent de celui fixé par l'article 321 CP.

700 Le choix de la méthode utilisée par le législateur pour désigner les professions réglées par le droit cantonal sanitaire a une influence sur la clarté et la sécurité juridique. Lorsqu'il est fait recours au concept d'autorisation de pratique, certaines incertitudes apparaissent, notamment pour déterminer si les professionnels de la santé qui sont en droit d'exercer leur profession sans autorisation formelle de pratique sont soumis ou non au secret. De ce point de vue, le recours à une terminologie générique précisée par une liste de professions, sans différenciation selon le type de pratique, semble préférable. En cas de recours au concept d'autorisation de pratique, le législateur devrait à tout le moins préciser clairement et explicitement quels types d'activités sont visés, à l'instar des dispositions adoptées par le législateur argovien[1170].

701 Je suis d'avis que la détermination précise du cercle des personnes soumises au secret n'est pas d'une clarté exemplaire lorsque certaines lois cantonales sanitaires procèdent à des renvois à d'autres actes législatifs (fournisseurs de prestations au sens de la législation fédérale sur l'assurance maladie ou autres), ou lorsque des soignants sont soumis au secret par le biais d'autres actes cantonaux. De telles formulations sont à mon sens contraires au principe de légalité, en particulier du point de vue de l'exigence de précision de la norme, lorsque la violation du secret est punissable pénalement.

702 Par ailleurs, je constate que certains législateurs cantonaux[1171] ont souhaité éviter les conflits de normes en excluant notamment les professions médicales universitaires du champ d'application des normes relatives aux devoirs professionnels. Toutefois, les normes en question n'ont pas été adaptées au regard de l'évolution des normes fédérales concernées (élargissement du cercle des professions médicales universitaires selon la LPMéd ou de l'article 321 CP) ou de l'adoption de nouvelles normes (LPsy et LPSan). D'un point de vue légistique, de telles situations sont pour le moins chaotiques et dénuées de toute logique. Elles laissent d'ailleurs conclure que les législateurs cantonaux souhaitant assurer une cohérence entre le droit cantonal et le droit fédéral en matière de secret médical peuvent difficilement adapter sans cesse leurs normes face aux développements continus du droit fédéral.

1170 § 13 Gesundheitsgesetz (RS-AG 300.100).

1171 Par exemple, Appenzell Rhodes-Intérieures.

Sous l'angle des conflits de normes, on soulignera aussi que la portée des obligations de confidentialité prévues par le droit cantonal sanitaire est susceptible d'être sensiblement réduite en application des règles de concours avec le devoir de discrétion institué par l'article 35 LPD. Ce dernier s'applique aux personnes privées qui traitent des données secrètes et sensibles portées à leur connaissance dans l'exercice de leur profession (l'exigence du caractère sensible des données disparaîtra suite à la révision totale de la LDP). En tant que disposition de rang fédéral, l'article 35 LPD s'applique donc aux soignants qui exercent dans un contexte privé et doit alors prévaloir sur les dispositions de rang cantonal (sur la question du concours entre ces normes, *cf. infra* N 1261). 703

L'examen du cercle concret des professions soumises au secret par le droit cantonal sanitaire frappe aussi par ses disparités. Alors que certaines professions sont visées par une large majorité de cantons, certaines ne sont soumises au secret par le droit cantonal que dans un nombre très restreint de cantons. Ce phénomène est particulièrement marqué en ce qui concerne les médecines alternatives et complémentaires. Ainsi, l'analyse des disparités cantonales laisse conclure qu'un nombre conséquent de professions sanitaires ne sont soumises à aucune obligation d'observer le secret fondée sur le droit cantonal sanitaire. Pour la plupart, ces professions ne sont pas non plus visées par l'article 321 CP. 704

Enfin, les sanctions pénales prévues par le droit cantonal sanitaire (si tant est qu'elles soient prévues) sont plus légères que les sanctions prévues par l'article 321 CP. Ces sanctions pénales varient par ailleurs sensiblement dans leur gravité selon les cantons puisqu'une violation du secret fondé sur le droit cantonal sanitaire peut être exemptée de toute condamnation pénale dans un canton ou, à l'inverse, être théoriquement sanctionnée par une peine privative de liberté de 3 mois ou une amende de Fr. 500'000.– dans un autre canton. 705

Chapitre 7 : Droit disciplinaire fédéral et cantonal

I. Caractéristiques du droit disciplinaire

706 Le droit disciplinaire est constitué des règles de comportement qui sont imposées aux personnes qui exercent une activité déterminée ainsi que les sanctions en cas de violation de ces règles[1172]. Selon les termes du Tribunal fédéral, les « *mesures disciplinaires* » (ou sanctions) ont quant à elles « *principalement pour but de maintenir l'ordre dans la profession, d'en assurer le fonctionnement correct, d'en sauvegarder le bon renom et la confiance des citoyens envers cette profession, ainsi que de protéger le public contre ceux de ses représentants qui pourraient manquer des qualités nécessaires. Les mesures disciplinaires ne visent pas, au premier plan, à punir le destinataire, mais à l'amener à adopter à l'avenir un comportement conforme aux exigences de la profession et à rétablir le fonctionnement correct de celle-ci* »[1173].

707 Le droit disciplinaire ne doit pas être confondu avec les règles de comportement ou des règles disciplinaires adoptées par des privés. Dans le domaine de la santé, la plupart des associations professionnelles se sont par exemple dotées d'un code de déontologie en vue de régler la conduite de leurs membres et assurer la dignité de leur profession (ex : FMH, FSP, ASI). Même si ces règles de comportement – qui contiennent souvent des prescriptions relatives à la confidentialité – revêtent une grande importance aux yeux des praticiens, elles ne déploient toutefois des effets qu'à l'égard des membres de l'association[1174]. La confusion entre droit disciplinaire et règles professionnelles est d'autant plus fréquente en pratique que de nombreux Etats étrangers délèguent la surveillance des professions de la santé aux associations professionnelles (ex. : France)[1175].

1172 CHRISTINAT/SPRUMONT, *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé*, p. 106.

1173 Arrêt du TF 2C_1062/2016 du 11 juillet 2017 c. 3.3 ; arrêt du TF 2C_500/2012 du 22 novembre 2012 c. 3.3.

1174 CHRISTINAT/SPRUMONT, *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé*, p. 107.

1175 Sur les sources de confusion : CHRISTINAT/SPRUMONT, *La surveillance disciplinaire dans le domaine de la santé*, p. 102 ss.

708 Que le droit disciplinaire des professionnels de la santé (autorisation, devoirs professionnels, sanctions) soit édicté par la Confédération ou par les cantons (*cf. infra* N 710), la surveillance du respect des devoirs professionnels relève en premier lieu de la compétence des cantons. Il leur incombe donc de régler l'organisation, la composition de l'autorité et les règles de procédure[1176]. Les cantons peuvent désigner une seule autorité de surveillance pour l'ensemble des professions de la santé ou confier cette tâche à plusieurs autorités. Sous réserve de règles spéciales, la procédure est régie par le droit administratif cantonal.

709 Les sanctions disciplinaires prévues par les différentes lois en cas de violation des devoirs professionnels sont des sanctions administratives qui peuvent être prononcées en parallèle d'une éventuelle sanction pénale. L'autorité administrative compétente n'est pas tenue par les faits constatés par l'autorité pénale, mais elle devrait seulement s'en écarter si elle a de bonnes raisons de le faire[1177]. Il est par ailleurs admis que l'autorité administrative ne devrait en principe pas se placer en contradiction flagrante avec la justice pénale[1178]. Une libération sur le plan pénal n'exclut pas pour autant le prononcé d'une éventuelle sanction administrative : la violation d'un devoir professionnel peut en effet survenir sans remplir les conditions d'une infraction pénale[1179].

II. Droit disciplinaire fédéral

710 Au cours des dernières années, le droit disciplinaire des professions de la santé au sens large a connu un processus d'uniformisation à l'échelon national avec l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd) en 2007, de la loi fédérale sur les professions de la psychologie (LPsy) en 2012 et de la loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan) en 2020. Ces trois législations fédérales imposent un catalogue de devoirs professionnels, dont fait notamment partie l'obligation d'observer le secret professionnel. Etant entendu que le législateur s'est largement inspiré du modèle de la LPMéd pour adopter la LPsy et la LPSan, un accent particulier est mis sur l'examen de l'obligation d'observer le secret contenu dans la LPMéd. Sauf mention particulière, les développements présentés pour la LPMéd peuvent être transposés à la LPsy et à la LPSan.

1176 Message LPMéd, FF 2005 157, 212 ; Arrêt du TF 2C_1062/2016 du 11 juillet 2017 c. 3.3.

1177 Arrêt du TF 2P.180/2002 du 12 août 2003 c. 7.1.

1178 BOINAY, RJJ 1998, p. 24.

1179 *Ibid.*

A. Loi fédérale sur les professions médicales universitaires

711 Le champ d'application de la LPMéd s'étend aux professions médicales universitaires. Sont considérées comme professions médicales universitaires selon l'article 2 LPMéd les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens et vétérinaires. Sous certaines conditions, le Conseil fédéral peut désigner d'autres professions de la santé comme étant des professions universitaires, en particulier si ces professions requièrent des compétences professionnelles comparables à celles qui sont requises pour les professions mentionnées par la loi[1180]. A ce jour, le Conseil fédéral n'a toutefois pas fait usage de cette faculté.

712 En ce qui concerne l'encadrement de l'exercice des professions médicales universitaires, la LPMéd se limite à régler l'activité déployée sous propre responsabilité du professionnel. L'exercice à titre *dépendant* est réglé par les cantons. En vertu de l'article 95 al. 1 Cst, les compétences de la Confédération pour légiférer en matière d'activités économiques se limitent en effet à l'exercice des activités économiques lucratives privées. Sont par conséquent exclues du champ de compétence de la Confédération les activités économiques qui ont valeur de tâches publiques ou de prestations de service public qui relèvent des cantons et des communes, en particulier les prestations consistant à traiter des malades dans un hôpital public[1181]. Jusqu'en 2018, la LPMéd utilisait la formulation d'exercice « *à titre indépendant* ». Celle-ci a été modifiée pour combler une lacune. Les critères utilisés pour délimiter l'activité dépendante de l'activité indépendante excluaient en effet du champ d'application de la LPMéd les médecins travaillant dans des cabinets constitués en société anonyme ou les pharmaciens employés par des officines[1182]. La formulation « *à titre d'activité économique privée, sous sa propre responsabilité professionnelle* », raccourcie ensuite en « *sous propre responsabilité professionnelle* », permet d'intégrer ce type d'exercice au champ d'application de la LPMéd.

713 L'article 40 LPMéd impose une série de devoirs aux professionnels qui exercent des professions médicales universitaires sous propre responsabilité. L'entrée en vigueur de la LPMéd en 2007 a permis d'uniformiser ces devoirs à l'échelle nationale et de leur conférer un caractère exhaustif[1183]. Parmi ces devoirs figure l'obligation d'« *observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables* » (art. 40 let. f LPMéd). Conformément à la jurispru-

1180 Art. 2 al. 2 LPMéd.

1181 Message LPsy, FF 2009 6235, 6275.

1182 Message modification LPMéd, FF 2005 5583, 5587.

1183 Message LPMéd, FF 2005 157, 211.

dence, l'article 40 let. f LPMéd n'a pas de portée propre mais opère seulement un renvoi aux dispositions pertinentes, en particulier à l'article 321 CP[1184].

714 La violation des devoirs disciplinaires, dont la violation du secret professionnel selon les dispositions applicables, peut être sanctionnée par l'éventail de mesures disciplinaires prévu par l'article 43 LPMéd. Celles-ci sont énoncées de la sanction la plus légère à la sanction la plus sévère, à savoir l'avertissement, le blâme, l'amende de 20'000 francs au plus, l'interdiction de pratiquer à titre indépendant pendant six anx au plus (interdiction temporaire) et l'interdiction définitive de pratiquer à titre indépendant pour tout ou partie du champ d'activité.

715 La poursuite disciplinaire est soumise à un délai de prescription de deux ans à compter de la date à laquelle l'autorité de surveillance a eu connaissance des faits incriminés et se prescrit dans tous les cas par dix ans à compter de la commission des faits incriminés (art. 46 al. 1 et 3 LPMéd). Toutefois, si la violation des devoirs professionnels constitue un acte puni par le droit pénal, le délai de prescription plus long prévu par le droit pénal est applicable (art. 46 al. 4 LPMéd).

B. Loi fédérale sur les professions de la psychologie

716 La LPsy énonce à son article 27 les devoirs professionnels que doivent respecter les personnes exerçant la psychothérapie sous propre responsabilité professionnelle. Par psychothérapeute, il faut entendre la personne titulaire d'un titre postgrade de psychothérapeute fédéral ou un titre étranger reconnu équivalent.

717 Dans une formulation similaire à celle utilisée par la LPMéd, la LPsy impose notamment aux psychothérapeutes concernés d'observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables, soit en particulier à l'article 321 CP qui impose le secret professionnel aux psychologues. Sur ce point, il est intéressant de souligner que le champ d'application de l'article 321 CP est donc plus large que celui de l'article 27 LPsy puisqu'il vise non seulement les professionnels titulaires d'un diplôme de psychothérapie, mais l'ensemble des professionnels exerçant sur la base d'un diplôme de psychologue au sens de la LPsy.

718 Les sanctions en cas de violation des devoirs professionnels sont similaires à celles prévues par la LPMéd (art. 43 LPsy) et sont prononcées par les

1184 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 3 (non publié dans ATF 142 II 256) ; Arrêt du TF 2C_1035/2017 du 20 juillet 2017, c. 4.2. Voir aussi : Message LPMéd, 212. KUHN/POLEDNA (édit.), *Arztrecht*, p. 250.

autorités cantonales de surveillance désignées par les cantons au sens de l'article 41 LPsy.

C. Loi fédérale sur les professions de la santé

La LPSan règle quant à elle la formation et l'exercice sous propre responsabilité des professions d'infirmier, physiothérapeute, ergothérapeute, sage-femme, diététicien, optométriste et ostéopathe. 719

De manière similaire à ce qui est prévu par la LPMéd et la LPsy, les professionnels de la santé qui exercent sous propre responsabilité professionnelle doivent « *observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables* » (art. 16 let. f LPSan). Parmi ces dispositions figure principalement le secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Les professions régies par la LPSan ont en effet été intégrées à la liste de l'article 321 CP lors de l'entrée en vigueur de la LPSan (1er février 2020), à l'exception des sages-femmes qui y figuraient depuis l'entrée en vigueur du code pénal en 1942 déjà. 720

Les mesures disciplinairs encourues par les professionnels qui violeraient leurs devoirs professionnels sont énoncées à l'article 19 LPSan. Elles sont similaires à celles qui sont prévues dans la LPMéd ou la LPsy. 721

III. Droit cantonal sanitaire

Parallèlement à d'éventuelles sanctions pénales, les législations cantonales sanitaires peuvent prévoir des sanctions d'ordre disciplinaire à l'encontre des professionnels de la santé qui ne respectent pas la législation sanitaire, en particulier les devoirs professionnels et le devoir d'observer le secret (pour une présentation des différentes obligations de confidentialité prévues par le droit cantonal sanitaire : *cf. supra* N 642 ss). 722

Les sanctions disciplinaires sont des sanctions de nature administrative, prononcées par une autorité administrative. La procédure, en particulier les questions liées à la compétence et aux voies de droit, est réglée par le droit de chaque canton. Certaines législations sanitaires cantonales se contentent de renvoyer aux règles générales de procédure administrative cantonale, alors que d'autres ont réglé précisément la procédure disciplinaire. A Fribourg par exemple, la loi cantonale sur la santé contient une série de dispositions dédiées spécifiquement à ces questions (ex. : autorité compétente, délais de prescription, qualité de partie ou encore instruction)[1185]. 723

1185 Art. 127a ss Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1).

724 La compétence des cantons de légiférer en matière disciplinaire dans le domaine de la santé a toutefois tendance à se restreindre en raison de l'adoption progressive de droit fédéral en la matière (LPMéd, LPsy, LPSan). En vertu du principe de primauté du droit fédéral, les dispositions disciplinaires relatives à la pratique sous propre responsabilité des professions soumises à la LPMéd, la LPsy et la LPSan prennent donc le pas sur les dispositions disciplinaires cantonales[1186].

725 Plusieurs législations cantonales sanitaires[1187] contiennent un catalogue de sanctions disciplinaires similaire à celui contenu dans la LPMéd, la LPsy ou la LPSan. L'existence d'un tel catalogue est courante dans les cantons romands. Les sanctions prévues varient selon les cantons. En principe, la sanction la plus légère est l'avertissement ou le blâme et la sanction la plus grave est l'interdiction définitive de pratiquer. Entre ces deux sanctions figure généralement l'amende, qui s'élève fréquemment à un montant maximum de Fr. 20'000.-. Certaines législations précisent qu'une amende peut être prononcée conjointement à une suspension ou un retrait d'autorisation de pratique[1188]. Le législateur de Bâle-Ville a spécifiquement limité à l'avertissement et au blâme les sanctions disciplinaires susceptibles d'être prononcées en cas de violation du secret professionnel[1189]. Parfois, la sanction disciplinaire prononcée peut être communiquée ou publiée. C'est par exemple le cas à Fribourg où l'autorité disciplinaire peut décider de publier les mesures disciplinaires dans la feuille officielle ou dans d'autres journaux[1190].

726 La législation sanitaire du canton de Berne définit les mesures disciplinaires prononçables à l'encontre des titulaires d'autorisation de pratique par le biais d'un renvoi à l'article 43 LPMéd[1191]. Quant à la législation de Bâle-Campagne, elle opère également un renvoi à la LPMéd pour la fixation du délai de prescription dans la cadre de la procédure disciplinaire[1192].

1186 En ce sens : ATF 143 I 352 c. 3.5, où le Tribunal fédéral affirme que : « *La législation vaudoise peut contenir une norme traitant des mesures disciplinaires ne correspondant pas à celle du droit fédéral, pour autant que le champ d'application matériel de ces deux lois ne soit pas le même (cf. supra consid. 3.1). Cependant, en l'espèce, le recourant, qui exerçait la profession de psychiatre à titre indépendant, ne peut être soumis, au regard de la primauté du droit fédéral, qu'aux mesures disciplinaires de l'art. 43 LPMéd et non pas à celles de l'art. 191 LSP.* »

1187 Notamment dans les cantons suivants : AG, BL, BS, FR, GE, NE, NW (catalogue qui se limite toutefois au blâme et au retrait de l'autorisation de pratique), VD, VS.

1188 Notamment dans les cantons suivants : BS, FR.

1189 § 62 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100).

1190 Art. 125 Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1).

1191 Art. 17a Loi sur la santé publique (RS-BE 811.01).

1192 § 16 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-BL 901).

A l'inverse, de nombreuses législations cantonales sanitaires ne connaissent pas de catalogue de sanctions disciplinaires[1193]. Seul fait alors office de sanction disciplinaire le retrait de l'autorisation de pratique, qui peut généralement être prononcé en cas de violation des devoirs professionnels. 727

En vertu du principe de primauté du droit fédéral, les régimes prévus par la LPMéd, la LPsy et la LPSan prennent le pas sur les sanctions disciplinaires prévues par le droit cantonal sanitaire[1194]. En d'autres termes, un médecin qui contrevient à son devoir professionnel d'observer le secret professionnel est soumis au régime disciplinaire prévu par la LPMéd et non par celui prévu par le droit cantonal sanitaire. 728

1193 Notamment dans les cantons suivants : AI, AR, GL, GR, JU, LU, OW, SG, SH, SZ, TG, UR, ZG, ZH.

1194 ATF 143 I 352 c. 3.5.

Chapitre 8 : Discrétion imposée par les législations sur la protection des données personnelles

I. Remarques liminaires

Le champ d'étude de la protection des données personnelles est non seulement vaste, mais il traverse une période de mutation importante liée aux développements des technologies de l'information et de la communication. Les collectes de données personnelles sont plus nombreuses, les communications se multiplient et les risques d'atteinte à la personnalité augmentent. Comme on l'a examiné, le système de soins n'est pas épargné par ces évolutions (*cf. supra* partie I, chap. 2). 729

Sur le plan international, les développements technologiques ont récemment conduit les législateurs à adopter de nouveaux cadres légaux, à commencer par l'adoption du Règlement général européen sur la protection des données (RGPD) par l'Union européenne. Le RGPD est entré en vigueur le 24 mai 2016 et est devenu applicable le 25 mai 2018. La Convention du Conseil de l'Europe à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981(Convention STE 108)[1195], qui a servi de base pour l'adoption de nombreuses lois nationales sur la protection des données, a récemment fait l'objet d'une modernisation par le biais d'un nouveau traité ouvert à la signature depuis le 10 août 2018 (Protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel ; *cf. supra* N 305 ss). 730

Sur le plan national, la LPD arrive au terme d'une procédure de révision totale menée dans le but de mieux prendre en compte les développements technologiques et de s'adapter aux réformes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne. A l'heure où ces lignes sont écrites, les débats parlementaires relatifs à cette révision totale de la LPD viennent d'aboutir[1196]. 731

1195 RS 0235.1.

1196 Pour la consultation des débats, voir l'objet n° 17.059 sur le site internet du Parlement fédéral.

732 Le cadre juridique suisse de la protection des données est donc pour le moins mouvant aujourd'hui. Les développements qui suivent se fondent essentiellement sur le droit en vigueur, tout en présentant les aspects les plus importants du droit futur lorsque cela est pertinent. Sauf indication contraire, les références au droit futur concernent des dispositions qui ont été adoptées par l'Assemblée fédérale (citées : n-LPD)[1197], étant entendu que la future loi n'est pas à l'abri d'un éventuel référendum populaire.

733 Le présent chapitre a pour objet principal l'examen des devoirs de discrétion imposés aux soignants par le biais des législations sur la protection des données personnelles. L'étude de cette question ne saurait cependant être menée sans présenter, même de manière succincte, quelques aspects généraux du droit de la protection des données. Seront ainsi abordés la détermination du droit applicable (délimitation entre droit fédéral et cantonal, RGPD), les concepts du droit de la protection des données les plus pertinents (données personnelles, traitements de données, données sensibles) ainsi que les principes généraux du droit de la protection des données.

734 Un aperçu, qui s'étend au-delà des seules dispositions imposant un devoir de discrétion, est non seulement essentiel pour appréhender correctement la portée de ces dispositions, mais s'impose également en raison du caractère transversal des législations sur la protection des données. En effet, bien qu'un nombre important de dispositions règlent ou autorisent des traitements de données dans dans une multitude de domaines spécifiques du droit, les règles imposées par le droit de la protection des données complètent et encadrent la mise en œuvre de ces dispositions. A titre d'exemple, lorsqu'une disposition légale autorise simplement un soignant soumis au secret professionnel à signaler des informations à une autorité, le droit de la protection des données va notamment délimiter l'étendue admissible de la communication de données (principe de proportionnalité). Qu'il s'agisse donc de taire une information ou d'examiner dans quelle mesure une information peut être communiquée, le droit de la protection des données joue un rôle d'encadrement essentiel.

II. Droit applicable

A. Délimitation entre droit fédéral et cantonal

735 En droit suisse, deux régimes juridiques distincts de protection des données personnelles coexistent : le droit fédéral de la protection des données et le droit cantonal de la protection des données.

1197 FF 2017 6565.

1. Champ d'application de la loi fédérale sur la protection des données

La loi fédérale sur la protection des données (LPD) régit les traitements de 736
données concernant des personnes physiques et morales effectués par des personnes privées ou des organes fédéraux[1198].

Le champ d'application de la LPD connaît toutefois un certain nombre 737
d'exceptions énoncées à son article 2 al. 2. A titre d'exemple, elle ne s'applique pas aux « *données qu'une personne physique traite pour un usage exclusivement personnel et qu'elle ne communique pas à des tiers* », « *aux procédures civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance* » ou encore « *aux données personnelles traitées par le Comité international de la Croix-Rouge* ».

Dans le domaine des soins, la LPD s'applique principalement aux per- 738
sonnes privées dans la mesure où la fourniture de soins par des personnes au service d'organes fédéraux est marginale.

2. Champ d'application des législations cantonales sur la protection des données

Parallèlement à la LPD, tous les cantons se sont dotés de lois cantonales sur 739
la protection des données personnelles. Ceux-ci doivent en effet respecter des standards minimaux en matière de protection des données imposés par le droit constitutionnel – en particulier l'article 13 al. 2 Cst. – et le droit international, notamment la Convention STE 108 du Conseil de l'Europe et son protocole additionnel[1199]. Les législations cantonales s'appliquent principalement aux traitements de données personnelles effectués par les organes de l'administration cantonale, même lorsqu'ils agissent en exécution du droit fédéral. En vertu du principe de primauté du droit fédéral, les législateurs cantonaux n'ont pas la compétence d'adopter des dispositions qui régleraient les traitements de données par des personnes privées ou des organes fédéraux, ce domaine étant réglé de manière exhaustive par la LPD[1200].

1198 Art. 2 al. 1 LPD.

1199 Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe 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, STE n° 181. A ce sujet : WALDMANN/OESCHGER, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 13 N 3.

1200 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 61.

740 En principe, il est relativement aisé de déterminer lequel du droit fédéral ou cantonal est applicable en établissant si le traitement de données est effectué par une autorité fédérale ou cantonale. Les législateurs cantonaux disposent toutefois d'une certaine marge de manœuvre pour définir les « *organes cantonaux* », ce qui peut engendrer un certain nombre de difficultés sur le plan juridique. Les organes cantonaux peuvent non seulement être définis d'un point de vue « *organisationnel* » (forme juridique de l'organe, soit l'ensemble des personnes juridiques de droit public ainsi que leurs unités organisationnelles), mais également d'un point de vue « *fonctionnel* » (voir aussi sur cette question les développements déjà présentés sur la notion de fonctionnaire au sens fonctionnel, *cf. supra* N 508 ss)[1201]. Comme l'explique RÜTSCHE, la notion « *fonctionnelle* » de l'organe « *repose* [...] *sur le fait qu'une personne assume une tâche publique, qu'il s'agisse d'une personne de droit public ou de droit privé. Les organes publics du canton seraient donc toutes les personnes et organisations que le canton charge d'assumer des tâches publiques* »[1202]. A cet égard, dans le contexte du droit de la protection des données, il importe peu que l'organe au sens fonctionnel exécute du droit fédéral ou cantonal, le critère pertinent étant de déterminer si l'organe effectue ou non une tâche publique qui relève du droit cantonal ou fédéral[1203].

741 La détermination du champ d'application des législations cantonales sur la protection des données doit être examinée au cas par cas, à la lumière des dispositions pertinentes de chaque législation cantonale. Même si des disparités existent entre les cantons, un examen général de ces dispositions montre qu'une large majorité de législateurs cantonaux a retenu une définition mixte – c'est-à-dire organisationnelle et fonctionnelle – des organes publics. En principe, les législations cantonales sur la protection des données s'appliquent donc non seulement aux traitements de données personnelles réalisés par des autorités proprement dites, mais également à ceux effectués par des personnes privées auxquelles la réalisation d'une tâche publique a été confiée[1204]. Certaines législations précisent que l'application de la loi se

1201 *Ibid.*

1202 *Idem*, p. 61-62.

1203 *Idem*, p. 62.

1204 *Cf.* par exemple : § 3 al. 1 let. c Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen (IDAG; RS-AG 150.700) : « *Öffentliche Organe sind* [...] *natürliche und juristische Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechts, die öffentliche Aufgaben erfüllen* » ; § 3 al. 1 Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG ; RS-BL 162) : « *Öffentliche Organe im Sinne dieses Gesetzes sind:* [...] *Private, soweit ihnen von Kanton oder Gemeinden die Erfüllung öffentlicher Aufgaben übertragen ist* » ; art. 2 al. 6 Loi sur la protection des données (LCPD ; RS-BE 152.04) : « *Sont considérés comme autorités au sens de la présente loi :* [...] *les organes des collectivités et*

limite à l'accomplissement desdites tâches[1205]. La loi cantonale genevoise vise au surplus les personnes morales ou organismes de droit privé sur lesquels des institutions publiques exercent une maîtrise effective par le biais d'une participation au capital, de subventionnements importants ou d'une délégation de représentants de l'Etat aux fonctions dirigeantes de la personne morale ou de l'organisme de droit privé[1206]. En dehors de ces cas, elle exclut cependant de son champ d'application les traitements de données personnelles effectués par une personne physique et morale de droit privé[1207].

742 Certains législateurs cantonaux ont par ailleurs décidé d'exclure du champ d'application du droit cantonal de la protection des données les organes publics qui se trouvent en situation de concurrence économique et qui n'agissent pas en tant qu'organe investi de la puissance publique[1208] ou dont les activités relèvent du droit privé[1209].

743 Deux questions doivent faire l'objet d'une attention particulière. La première consiste à définir ce qu'il faut entendre par « *délégation de tâche*

établissements ainsi que les personnes de droit privé dans la mesure où ils sont chargés d'une tâche publique. » ; art. 2 al. 1 Loi sur la protection des données (LPrD ; RS-FR 17.1) : « *La présente loi s'applique aux organes suivants :* [...] *b) les particuliers et les organes d'institutions privées, lorsqu'ils accomplissent des tâches de droit public* » ; art. 2 al. 1 Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE ; RS-NE 150.30) : « *La présente convention s'applique :* [...] *aux personnes physiques et morales et aux groupements de personnes de droit privé qui accomplissent des tâches d'intérêt public ou déléguées par une entité au sens des lettres a à c* » ; art. 2 al. 2 Legge sulla protezione dei dati personali (LPDP ; RS-TI 163-100) : « *Alla legge sottostanno il Cantone, i Comuni, le altre corporazioni e istituti di diritto pubblico e i loro organi. A questi sono parificate le persone fisiche e giuridiche di diritto privato, cui siano demandati compiti pubblici.* »

1205 *Cf.* par exemple : art. 3 al. 2 let. e Loi sur la protection des données personnelles (LPrD ; RS-VD 172.65) : « *les personnes physiques et morales auxquelles le canton ou une commune confie des tâches publiques, dans l'exécution desdites tâches* » ; art. 3 al. 1 let. a ch. 4 Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (LIPDA ; RS-VS 170.2) : « *les personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement des dites tâches* » ; § 3 let. c Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG ; RS-ZH 170.4) : « *Öffentliche Organe :* [...] *c. Organisationen und Personen des öffentlichen und privaten Rechts, soweit sie mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben betraut sind* ».

1206 Art. 3 al. 2 let. a LIPAD (RS-GE A 2 08).

1207 Art. 3 al. 4 LIPAD (RS-GE A 2 08). Voir aussi : CELLIER/WERLY, AJP/PJA 2018, p. 1131.

1208 *Cf.* par exemple : art. 2 al. 2 let. c LPrD (RS-FR 17.1) ; art. 2 al. 2 let. a Gesetz über den Schutz von Personendaten (DSG ; RS-GL I F/1) ; art. 1 al. 5 let. a Kantonales Datenschutzgesetz (KDSG ; RS-GR 171.100) ; art. 2 al. 2 ch. 1 Kantonales Datenschutzgesetz (kDSG ; RS-NW 232.1) ; art. 2 al. 2 let. a Datenschutzgesetz (DSG ; RS-SG 142.1) ; art. 2 al. 3 LPDP (RS-TI 184.100).

1209 *Cf.* par exemple : § 2 al. 2 let. a § 2 Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG ; RS-BS, RS 153.260) ; § 2 al. 3 IDAG (RS-AG 150.700).

publique ». La seconde vise à déterminer l'étendue des clauses d'exception en lien avec la concurrence économique.

a. Délégation d'une tâche publique

744 Tout comme c'est le cas dans d'autres domaines, le système de soins suisse connaît une tendance croissante à la privatisation. Or, la santé – et plus particulièrement la fourniture de soins – relève historiquement d'une tâche publique de l'Etat. Il faut donc déterminer si et à quelles conditions les fournisseurs de soins sont considérés comme des délégataires d'une tâche publique et, pour autant que le droit cantonal le prévoie, s'ils sont soumis au droit cantonal de la protection des données.

745 Dans le contexte de la santé, cette question a notamment été examinée par l'Office fédéral de la justice (OFJ) et par quelques auteurs, dont les positions les plus significatives peuvent être résumées ainsi :

— En 2005, l'OFJ a rendu un avis de droit sur le partage de compétences entre Confédération et cantons dans le contexte des données traitées par des services cantonaux et communaux de soins à domicile (Spitex)[1210]. Selon cet avis, l'existence d'une tâche publique réalisée par une personne privée pouvait s'examiner sur la base d'indices, notamment l'existence de mandats constitutionnels ou légaux, une restriction importante de la liberté contractuelle imposée par la loi, une obligation de respecter les principes de base du droit public (ex. : égalité de traitement et interdiction de l'arbitraire), l'existence d'un contrôle par la communauté ou encore des subventions publiques[1211]. Dans le cas examiné, l'OFJ a conclu que le service de soins à domicile constituait une tâche publique dans la mesure où cette tâche était prévue par la loi, qu'elle reposait sur une délégation de tâche ancrée dans la loi, que l'Etat réglait et finançait partiellement la manière dont les tâches étaient effectuées et, point important, que les tâches concernées étaient réalisées dans le cadre d'un mandat de prestations. L'OFJ a cependant souligné que chaque situation devait être examinée individuellement[1212].
— A la demande de la Conférence des Préposé(e)s suisses à la protection des données, Bernhard Rütsche a rendu en 2012 un avis de droit sur la surveillance de la protection des données dans les hôpitaux[1213]. Sur la

1210 OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, Expertise 051125 du 24 novembre 2005, JAAC 70.54.

1211 *Idem*, c. 3.

1212 *Ibid.*

1213 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux.

base de la jurisprudence du Tribunal fédéral[1214], l'auteur a dégagé trois critères définissant les tâches publiques : il s'agit (1) de tâches qui (2) sur mandat du pouvoir constituant ou législatif (3) *doivent* être accomplies (ces critères ont été examinés dans le cadre de la détermination des fonctionnaires au sens fonctionnel, *cf. supra* 510)[1215]. Rütsche estime que les critères suivants ne sont *pas déterminants* : forme de l'organisation, forme des prestations, régime en matière de responsabilité, obligation de tenir compte des droits fondamentaux, octroi de subventions, pilotage de l'Etat, surveillance de l'Etat, initiative étatique ou privée, concurrence ou subsidiarité de l'accomplissement des tâches[1216]. Après un examen minutieux de la nature juridique des prestations hospitalières, l'auteur constate que depuis la révision de la LAMal en 2007, les mandats de prestations au sens de l'article 39 al. 1 let. e LAMal (liste des hôpitaux et autres institutions admis à pratiquer à charge de l'AOS ; soins stationnaires) constituent « *de véritables mandats de prestations par lesquels sont déléguées des tâches publiques, en particulier les tâches cantonales relatives aux soins hospitaliers* »[1217]. En ce qui concerne les prestations hospitalières ambulatoires, il arrive au constat qu'il n'existe pas, dans ce secteur, de mandats de prestations relevant du droit fédéral permettant de concrétiser des tâches relatives aux soins. Il faut donc déterminer au cas par cas s'il existe des mandats de prestations cantonaux correspondants[1218]. Au final, Rütsche parvient à la conclusion qu'il existe une tâche

1214 Selon la revue de jurisprudence établie par RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, p. 69, le Tribunal fédéral a notamment considéré que les activités suivantes relevaient de tâches publiques : le traitement des patients dans les hôpitaux publics (ATF 122 III 101 c. 2a/aa, JdT 1996 I 616) ; la prise en charge de patients dans des cliniques psychiatriques constituées sous forme de sociétés anonymes privées dans la mesure où leurs activités sont basées sur un mandat de prestations du canton, qu'elles sont facturées selon des tarifs définis et que les institutions sont soumises à un contrôle public (ATF 122 I 153 c. 2e, JdT 1998 I 194) ; les tâches publiques dans le domaine de l'assurance de base assumées par les hôpitaux publics et les hôpitaux subventionnés par des fonds publics (ATF 132 V 6 c. 2.5.4, RDAF 2007 I 385) ; les expertises des centres d'observation médicale (COMAI) pour le compte d'assurances sociales peuvent relever d'une tâche publique, même si les centres sont constitués sous forme de société de capitaux à but lucratif (ATF 137 V 210 c. 2.4.3, JdT 2011 I 215). A l'inverse, l'activité médicale privée des médecins-chefs dans les hôpitaux publics ne constitue pas une tâche publique, même si leur activité peut être soumise à la responsabilité de l'Etat sous certaines conditions (ATF 111 II 149 c. 5, JdT 1986 I 17 ; ATF 112 Ib 334 c. 2, JdT 1987 I 182 ; ATF 115 Ib 175 c. 2, JdT 1989 I 613 ; ATF 122 III 101 c. 2a/aa, JdT 1996 I 616).

1215 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, N 27.

1216 *Idem*, N 41.

1217 *Idem*, N 79.

1218 *Idem*, N 87-88.

publique confiée – qui entraîne donc l'application du droit cantonal de la protection des données – dans les cas suivants :

— « *prestations hospitalières AOS dans les hôpitaux répertoriés dans le cadre de mandats de prestations relevant du droit de l'assurance-maladie ;*
— *prestations hospitalières dans le cadre d'autres assurances sociales (AI, AA, AM), pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;*
— *prestations ambulatoires, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal ;*
— *prestations des assurances complémentaires si une contribution de base de l'assurance obligatoire des soins est due en l'espèce ;*
— *prestations relevant de l'enseignement et de la recherche, pour autant qu'il existe des mandats de prestations correspondants relevant du droit cantonal (comme notamment dans les domaines de l'enseignement et de la recherche universitaires) ;*
— *services d'urgence dans le cadre de mandats de prestations.* »[1219]

— Epiney a examiné la délimitation des champs d'application des législations fédérale et cantonales sur la protection des données dans le contexte des hôpitaux privés, avec une focalisation sur les données relatives aux employés de ces institutions dans le canton de Berne[1220]. Dans les grandes lignes, elle partage la position de l'OFJ et estime qu'il faut non seulement examiner si l'institution à laquelle des tâches ont été confiées se trouve dans une position d'exercice de la puissance publique, mais aussi procéder à une appréciation globale de divers critères tels que le financement par des fonds publics, l'existence de mandats de prestations ou une influence particulière plus ou moins directe de l'Etat dans l'exercice des tâches accomplies[1221]. En principe, l'élément décisif consistera à déterminer s'il existe des tâches à réaliser sur la base du droit constitutionnel ou d'une loi et si ces tâches font l'objet d'une forme de délégation qui oblige le délégataire à les réaliser[1222]. En pratique, il est parfois difficile de déterminer si on se trouve en présence d'une délégation de tâche publique. A cela s'ajoute la possibilité qu'une même entité puisse exercer des

1219 *Idem*, N 111.

1220 EPINEY, Jusletter 2 mars 2015. EPINEY a également examiné la délimitation du champ d'application de la LPD et des lois cantonales sur la protection des données dans le domaine des réseaux de soins et des modèles de « *managed care* », *cf.* EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 106 ss.

1221 EPINEY, Jusletter 2 mars 2015, N 13 ; aussi : EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 108.

1222 EPINEY, Jusletter 2 mars 2015, N 13.

activités qui relèvent tantôt d'une tâche publique, tantôt d'activités privées. Pour autant que les données entre ces deux types d'activités puissent être séparées, deux régimes juridiques de protection des données (respectivement cantonal et fédéral) devraient s'appliquer concurremment[1223]. Cette situation juridique complexe est jugée insatisfaisante.

— Prieur a publié une réplique à la publication d'Epiney susmentionnée[1224]. Malgré des divergences de raisonnement, elle approuve sur le fond la position d'Epiney selon laquelle l'ensemble des hôpitaux figurant sur la liste du canton de Berne doivent être considérés comme des autorités au sens de la loi cantonale bernoise sur la protection des données, indépendamment de leur statut privé ou public[1225].

— Jöhri se contente enfin d'affirmer que le domaine de la santé publique et généralement les soins de santé, la lutte contre les maladies et le suivi des malades tombent traditionnellement dans le champ de compétence des cantons[1226]. Ces derniers peuvent donc soumettre au droit cantonal de la protection des données les institutions actives dans le domaine de la santé. Il en va de même pour les services de soins à domicile dans la mesure où ils ne découlent pas d'une tâche de la Confédération ni de l'exécution du droit fédéral[1227].

746 Malgré des avis divergents quant aux critères ou indices à prendre en compte, il faut retenir de ceux-ci qu'une délégation de tâche publique existe lorsque la réalisation de cette tâche découle de la Constitution ou d'une loi et qu'elle a été déléguée de telle manière à obliger le délégataire à la réaliser. Le caractère *obligatoire* de la tâche à réaliser joue un rôle important, puisqu'une tâche dont la réalisation serait facultative s'apparenterait plus à une concession qu'à une délégation de tâche. De manière générale, comme l'a rappelé l'OFJ dans son avis de droit, chaque situation doit faire l'objet d'un examen individuel. Cet examen doit notamment prendre en compte le type d'activité exercée, la formulation du champ d'application de la loi cantonale applicable et l'ensemble des éléments qui fonderaient l'existence d'une délégation de tâche publique.

b. Clauses d'exception en lien avec la concurrence économique

747 Un certain nombre de cantons excluent du champ d'application de leur législation cantonale sur la protection des données les organes publics qui se trouvent

1223 *Idem*, N 15.

1224 PRIEUR, Jusletter 18 mai 2015.

1225 *Idem*, N 23.

1226 JÖHRI, *Handkommentar DSG*, art. 3 N 102.

1227 *Idem*, art. 3 N 103.

en situation de concurrence économique et qui n'agissent pas en tant qu'organe investi de la puissance publique ou dont les activités relèvent du droit privé[1228]. Ont notamment adopté des dispositions en ce sens les cantons de Bâle-Ville[1229], Berne[1230], Glaris[1231], Grisons[1232], Nidwald[1233], St-Gall[1234], Soleure[1235], Uri[1236] ou Zurich[1237].

748 Dans les faits, ces exceptions excluent du champ d'application de la loi les autorités qui, sur leur propre initiative, prennent part à la concurrence privée en proposant sur le marché des produits et des prestations qui ne servent pas directement à assumer des tâches publiques[1238]. Elles visent à assurer une meilleure égalité entre les organes cantonaux qui prennent part à la concurrence privée et les autres concurrents privés[1239].

749 Une analyse plus poussée de la portée des exceptions en lien avec la concurrence économique excéderait le champ de la présente étude. Je me contente donc de reproduire ici la conclusion à laquelle parvient RÜTSCHE sur cette question au terme de son avis de droit sur la surveillance de la protection des données dans les hôpitaux :

« [...], *l'exception dans le droit de la protection des données concernant la participation à la concurrence économique est uniquement applicable aux activités des organes publics relevant du secteur de l'économie privée. Les organes publics doivent être exclus de la surveillance cantonale de la protection des données s'ils sont en situation de concurrence avec des prestataires privés et qu'ils agissent ainsi comme des personnes privées. Par contre, la condition de la*

1228 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, N 27.

1229 § 2 al. 2 let. a IDG, RS-BS 153.260.

1230 Art. 4 al. 2 let. a LCPD (RS-BE 152.04). La législation bernoise maintient toutefois l'application des dispositions cantonales relatives à la surveillance (art. 34 à 37) pour les autorités en concurrence économique avec des personnes de droit privé et qui n'agissent pas en tant qu'organe investi de la puissance publique.

1231 Art. 2 al. 2 let. a DSG (RS-GL I F/1).

1232 Art. 1 al. 5 let. a KDSG (RS-GR 171.100).

1233 Art. 2 al. 1 ch. 1 kDSG (RS-NW 232.1).

1234 Art. 2 al. 2 let. a DSG (RS-SG 142.1).

1235 § 2 al. 1 let. a Informations- und Datenschutzgesetz (InfoDG ; RS-SO 114.1), qui exclut toutefois uniquement l'application du chapitre 5 intitulé « *Der Schutz vor Missbrauch von Personendaten* » pour les autorités qui se trouvent en situation de concurrence économique et qui n'agissent pas en tant qu'organe investi de la puissance publique.

1236 Art. 2 al. 2 let. a Datenschutzgesetz (RS-UR 2.2511).

1237 § 2 al. 2 IDG (RS-ZH 170.4).

1238 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, N 13.

1239 BAERISWYL, *Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern*, p. 55-56 ; RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, N 15.

participation à la concurrence économique ne s'applique en aucun cas si des organes de l'administration accomplissent des tâches publiques. S'ils sont en situation de concurrence entre eux et le cas échéant avec des tiers, il ne s'agit pas de concurrence économique (privée) au sens de la législation cantonale sur la protection des données, mais de concurrence entre organes accomplissant des tâches publiques. Quiconque assume des tâches publiques sur mandat du canton est ainsi soumis au droit cantonal de la protection des données et, par conséquent, à la surveillance cantonale en la matière »[1240].

c. Difficultés

750 Comme l'ont souligné plusieurs auteurs, la délimitation des champs d'application des lois fédérale et cantonales sur la protection des données se révèle globalement insatisfaisante. Dans un domaine comme la santé où la réalisation de tâches publiques par des entités constituées sous une forme de droit privé est monnaie courante, la détermination du droit applicable nécessite des analyses juridiques complexes qui doivent être menées à la lumière des circonstances particulières de chaque cas d'espèce. Au-delà de la détermination du droit applicable, les législations actuellement en vigueur peuvent conduire à des situations inextricables. Ainsi, lorsque le droit cantonal est uniquement applicable « *dans les limites* » de la réalisation d'une tâche publique par exemple, il faut envisager des situations où une même entité privée serait soumise alternativement au droit cantonal pour ses activités qui relèvent d'une délégation de tâche publique et au droit fédéral pour ses activités qui ne relèvent pas d'une délégation de tâche publique. Bien que certains auteurs proposent de faire primer le droit public cantonal dans l'hypothèse où les fichiers de données d'une même entité ne pourraient pas être séparés et traités distinctement[1241], cette situation pose d'innombrables difficultés. Ces difficultés se révèlent d'autant plus complexes lorsque l'entité réalise des tâches publiques déléguées dans plusieurs cantons à la fois.

751 Face à la complexité de la situation, notamment dans le contexte des soins, le Préposé fédéral à la protection des données a estimé qu'on ne pouvait pas exiger d'un patient, en particulier lorsqu'il est traité dans un hôpital privé, qu'il procède à des recherches approfondies pour déterminer le droit de la protection des données applicable ainsi que l'autorité de surveillance compétente[1242]. En l'absence de décision judiciaire sur la question, le Préposé fédéral à la protection des données a affirmé qu'il continuerait à assumer

1240 RÜTSCHE, Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux, N 106.

1241 EPINEY, Jusletter 2 mars 2015, N 15.

1242 PFPDT, 21e Rapport d'activités 2013/2014.

ses tâches de contrôle auprès des hôpitaux privés, une affirmation qui n'a toutefois pas de valeur juridique propre puisque la compétence du Préposé fédéral à la protection des données est définie exclusivement par la loi.

B. Règlement général de l'Union européenne sur la protection des données (RGPD)

752 Le Règlement général européen sur la protection des données (RGPD)[1243] suscite de nombreux questionnements en Suisse. Applicable depuis le 25 mai 2018, il a en effet la particularité de déployer des effets extraterritoriaux et s'applique donc, sous certaines conditions, à des entités sises en Suisse[1244]. L'effet extraterritorial du RGPD vise à éviter qu'une entité traitant des données personnelles ne se délocalise hors de l'UE pour se soustraire à ses obligations[1245].

753 Selon son article 3 (2), le RGPD s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui « *se trouvent* » sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées :

a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes ; ou
b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.

754 Dans le premier cas, il faut déterminer si la personne qui traite des données envisage effectivement d'offrir des biens ou des services à des personnes qui se trouvent dans l'Union européenne (critère du lieu du marché[1246]). L'expression « *se trouvent* » n'est pas définie par le droit européen. Selon la doctrine, il n'est pas nécessaire que la personne concernée se trouve de manière durable dans l'Union. Il peut donc aussi s'agir de voyageurs ou d'étudiants en échange[1247]. Le simple fait d'avoir des clients dans l'Union européenne n'est

1243 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données personnelles et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données, RGPD).

1244 Pour de plus amples développements, indications, éléments d'interprétation et exemples sur l'application extraterritoriale du RGPD, se référer notamment à : EDPB, *Guidelines 3/2018 on the territorial scope of the GDPR (Article 3)*, version 2.1, 12 novembre 2019 ; PFPDT, *Le RGPD et ses conséquences sur la Suisse*, juillet 2018.

1245 MÉTILLE/ARASTEH, *RGPD et assureurs privés suisses*, p. 115.

1246 MÉTILLE/ACKERMANN, RGPD, p. 82.

1247 *Idem*, p. 83.

pas suffisant[1248]. Il faut bien plus avoir l'intention de viser le marché européen ou à tout le moins envisager que les services soient dirigés vers les résidents de l'Union européenne[1249]. L'offre de biens ou de services dans l'Union européenne se détermine dans chaque cas concret, sur la base d'indices (ex. : offres en euros, utilisation d'un nom de domaine en « *.fr* » ou « *.eu* », publicités spécifiques pour les citoyens européens, utilisation d'une langue uniquement parlée dans l'Union européenne, nature internationale de l'activité, indicatif international du numéro de téléphone)[1250].

755 Le second cas vise le suivi du comportement de personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne. A cet égard, le considérant nº 24 du RGPD offre les pistes d'interprétation suivantes : « *Afin de déterminer si une activité de traitement peut être considérée comme un suivi du comportement des personnes concernées, il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit* ». Selon MÉTILLE/ACKERMANN, le suivi de comportement visé ici est uniquement celui qui est mené sur internet[1251]. Les autres types de suivi en dehors d'internet ne devraient pas tomber dans le champ d'application extraterritorial du RGPD. A l'inverse de la première situation (offre de biens et services), il n'est pas nécessaire que le responsable du traitement ait forcément « *l'intention* » de suivre le comportement de personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne[1252]. Une application trop stricte de cette condition pourrait conduire à des résultats choquants[1253].

756 Si les conditions de l'application extraterritoriale du RGPD sont remplies, celui-ci ne déploie pas ses effets à l'égard de toutes les données traitées par le responsable du traitement. Seuls les traitements de données personnelles concernés par l'offre de biens ou services, ou par le suivi de comportement sont soumis au RGPD[1254].

1248 MÉTILLE/ACKERMANN, RGPD, p. 84 ; MÉTILLE/ARASTEH, *RGPD et assureurs privés suisses*, p. 116.

1249 EDPB, Lignes directrices 3/2018, p. 17 ; MÉTILLE/ACKERMANN, RGPD, p. 84.

1250 *Ibid*.

1251 *Idem*, p. 87. Voir toutefois EDPB, Lignes directrices 3/2018, p. 22, qui estime qu'un pistage par d'autres types de réseaux ou de technologies (ex. : dispositifs portables ou autres dispositifs intelligents) peut aussi entrer en ligne de compte.

1252 *Idem*, p. 86 ; EDPB, Lignes directrices 3/2018, p. 22.

1253 *Idem*, RGPD, p. 87-88.

1254 *Idem*, p. 92.

757 La mise en œuvre et l'exécution du RGPD sur territoire suisse (ex. : prononcé d'amendes à l'encontre de personnes en Suisse) laissent encore beaucoup de questions ouvertes[1255]. Il conviendra donc de suivre le développement des pratiques à l'avenir.

758 De mon point de vue, la grande majorité des traitements de données effectués par des soignants en Suisse ne tombe pas dans le champ d'application extraterritorial du RGPD. En effet, la plupart des établissements médico-hospitaliers et des professionnels de la santé exerçant sous leur propre responsabilité en Suisse ne visent pas spécifiquement une clientèle européenne. En général, ils ne déploient pas non plus d'activités de suivi de comportement de personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union européenne. A lui seul, le simple fait de recevoir et de traiter un patient qui résiderait habituellement sur le territoire de l'Union européenne ne suffit pas à soumettre l'établissement ou le professionnel de la santé au RGPD. La situation est toutefois différente dans l'hypothèse où une clinique privée installée en Suisse démarche volontairement une clientèle européenne. Les traitements de données liées à cette clientèle (et uniquement cette clientèle) pourraient tomber dans le champ d'application du RGPD.

759 Les établissements médico-hospitaliers et les professionnels de la santé doivent toutefois rester attentifs aux effets potentiels de l'application du RGPD, notamment en cas de recours à des outils connectés. Des services de télémédecine ou de surveillance médicale à distance proposés à des personnes dans l'Union européenne pourraient en effet entraîner l'application du RGPD.

760 Dans la mesure où l'application du RGPD devrait à mon sens rester marginale dans le domaine strictement lié à la fourniture de soins en Suisse, cette réglementation ne sera pas examinée plus en détail dans le cadre de la présente étude.

III. Traitements de données relatives à la santé

A. Données personnelles

761 Les législations fédérale et cantonales sur la protection des données ne s'appliquent pas aux traitements de toutes les données, mais seulement aux traitements de « *données personnelles* ». Sur le plan fédéral, les données personnelles sont définies à l'article 3 let. a LPD comme « *toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable* ». La LPD s'applique donc à l'ensemble des données personnelles et ne connaît pas d'exception qui

1255 *Idem*, p. 96.

exclurait de son champ d'application certaines catégories de données personnelles (« *freie Personendaten* »)[1256].

762 Une personne est « *identifiée* » lorsqu'il ressort directement des informations détenues qu'il s'agit d'une personne déterminée et d'elle seule[1257].

763 La notion de personne « *identifiable* » est plus complexe à appréhender. Selon le Conseil fédéral, une personne est identifiable lorsqu'elle peut être « *identifiée, directement ou indirectement, c'est-à-dire par corrélation d'informations tirées de circonstances ou du contexte (numéro d'identification, données de localisation, éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale). L'identification peut résulter d'un seul élément (numéro de téléphone, d'immeuble, numéro AVS, empreintes digitales) ou du recoupement de plusieurs informations (adresse, date de naissance et état civil). Comme c'est le cas actuellement, une possibilité purement théorique qu'une personne soit identifiée n'est pas suffisante. Ainsi, comme le relève le Conseil fédéral dans son message relatif à la LPD de 1988 "si l'identification nécessite des moyens tels que, selon le cours ordinaire des choses, aucun intéressé ne les mettra en œuvre (...), on ne peut guère parler de possibilité d'identification". Il convient de prendre en compte dans chaque cas d'espèce l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés pour identifier la personne. Le caractère raisonnable des moyens en question doit être évalué au regard de l'ensemble des circonstances, telles que le coût de l'identification et le temps nécessaire à celle-ci, en tenant compte des technologies disponibles au moment du traitement et de leur évolution* »[1258]. Dans sa pratique, le Tribunal fédéral a toutefois interprété la notion de personne identifiable de manière large en admettant par exemple que les adresses IP dynamiques constituaient des données personnelles au sens de l'article 3 let. a LPD[1259].

764 Par conséquent, les législations fédérale et cantonales sur la protection des données ne s'appliquent pas aux données anonymisées, auxquelles la loi assimile celles dont la réidentification ne pourrait se faire qu'au prix d'efforts disproportionnés[1260]. Dans la première catégorie, les données sont considérées comme anonymisées lorsque la méthode utilisée est irréversible. Quant à la seconde catégorie, certains auteurs la qualifient d'anonymisation « *de*

1256 BELSER/NOURREDINE, in BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht. Grundlagen und öffentliches Recht*, § 7 N 41.

1257 Message LPD, FF 1988 II 421, 452.

1258 Message révision LPD, FF 2017 6565, 6639-6640.

1259 ATF 136 II 508, c. 3, JdT 2011 II 446.

1260 Message révision LPD, FF 2017 6565, 6640 ; BELSER/NOURREDINE, in BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 7 N 41. Sur cette question, voir aussi : EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 12.

facto »[1261]. Dans ce cas, le degré d'anonymisation d'une donnée doit notamment être examiné au cas par cas, à la lumière des connaissances complémentaires du détenteur de la donnée, de l'importance des moyens à mettre en œuvre pour réattribuer la donnée à une personne déterminée, de l'état de la technique, de la durée de conservation et de l'intérêt propre de celui ou celle qui pourrait avoir un intérêt à réidentifier la personne[1262].

765 La pseudonymisation de données vise quant à elle à dissimuler les caractéristiques identifiantes d'une donnée en les remplaçant par un code, que ce soit par des liens de correspondance entre identités et pseudonymes ou par des algorithmes de cryptage à double sens[1263]. Seuls ceux ou celles qui disposent de la clé nécessaire sont alors en mesure de réattribuer les données à une personne déterminée[1264]. La pseudonymisation se caractérise donc par son caractère réversible. En théorie, le traitement de données pseudonymisées par des personnes qui ne possèdent pas la clé de réattribution échappe au champ d'application de la LPD si la pseudonymisation équivaut à une anonymisation « *de facto* »[1265]. Toutefois, le développement de l'état de la technique – notamment les technologies en lien avec le *big data* et l'intelligence artificielle – a tendance à faciliter les possibilités de réidentification de données par recours à des moyens de recoupements et d'analyse toujours plus performants[1266]. Il convient donc de faire preuve d'une prudence particulière, en particulier dans le domaine de la santé où ce danger est probablement plus marqué en raison de la singularité des données qui y sont traitées (données génétiques, données physiologiques ou autres types de données en lien avec la santé)[1267]. Pour certains, l'anonymisation totale de données ne

1261 MEIER, *Protection des données*, N 440 ss.

1262 MEIER, *Protection des données*, N 441-444 ; BSK DSG-BLECHTA, art. 3 N 12 ; pour l'intérêt de la personne à réidentifier une personne : RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 3 N 11.

1263 MEIER, *Protection des données*, N 446 ; BSK DSG-BLECHTA, art. 3 N 11.

1264 MEIER, *Protection des données*, N 446.

1265 MEIER, *Protection des données*, N 447 ; RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 3 N 14. Voir aussi AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 484, qui considèrent de manière moins nuancée que les données pseudonymisées doivent être qualifiées de données anonymes pour les traitements par des personnes qui n'ont pas accès à la clé de réattribution.

1266 RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 3 N 15 ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 515-517 ; AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 485. Plus détaillé : EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 14 ss ; BAERISWYL, *Big Data*, notamment p. 54 ss.

1267 AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 485. Pour les implications dans le domaine de la recherche sur l'être humain : JUNOD/ELGER, Jusletter 10 décembre 2018.

serait d'ailleurs tout simplement plus réalisable[1268], alors que pour d'autres l'état actuel de la technique permet d'atteindre des seuils d'anonymisation suffisants[1269]. Comme le mentionne à juste titre SPRECHER, cette problématique est d'autant plus marquée qu'il n'existe pas de standards d'anonymisation des données en Suisse, y compris dans le domaine de la santé[1270].

B. Traitements et communications de données

766 Les législations fédérale et cantonales sur la protection des données s'appliquent aux « *traitements* » de données personnelles. Ceux-ci doivent être interprétés au sens large. A titre d'exemple, l'article 3 let. e LPD définit le traitement comme « *toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données* ». A l'avenir, cette liste non exhaustive sera complétée par l'« *enregistrement* » et l'« *effacement* » (art. 5 let. d n-LPD).

767 La communication est définie par la LPD comme « *le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant* » (art. 3 let. f LPD). Elle constitue une catégorie particulière de traitement de données, que le législateur a jugé utile d'exemplifier en raison des dangers qui accompagnent cette phase du traitement de données[1271].

C. Données sensibles

768 Partant du principe que les menaces liées aux traitements de données ne découlaient pas seulement du but et de l'ampleur du traitement considéré, le législateur fédéral, tout comme les législateurs cantonaux d'ailleurs, ont estimé opportun de créer une catégorie de données dites « *sensibles* ». Celles-ci se caractérisent par leur importante répercussion sur la personnalité des personnes concernées[1272]. La loi confère aux données sensibles une protection

1268 Sur ce point, voir notamment les conclusions de l'Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques du Article 29 Data Protection Working Party du 10 avril 2014. Aussi : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 515-516 ; BAERISWYL, *Big Data*, p. 54.

1269 Pour une présentation des solutions d'anonymisation dans le contexte de la recherche sur des données de l'AOS anonymisées : BECK, Jusletter 27 avril 2020.

1270 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 516-517.

1271 Message LPD, FF 1988 II 421, 455.

1272 *Idem*, 453.

particulière, notamment par l'application rigoureuse des principes généraux de traitement. Elles bénéficient à ce titre d'un régime juridique spécifique[1273].

769 Les différentes législations sur la protection des données établissent des catégories de données considérées comme sensibles, indépendamment de leur potentiel concret d'atteinte à la personnalité (catégorisation formelle et abstraite)[1274]. La LPD établit à son article 3 let. c une liste exhaustive des catégories de données considérées comme sensibles. Sont notamment considérées comme telles les données personnelles relatives à « *la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race* » (dans le futur : « *données sur la santé, sur la sphère intime ou sur l'origine raciale ou ethnique* », art. 5 let. c ch. 2 n-LPD). Dans son message d'adoption de la LPD, le Conseil fédéral avait précisé que le terme de « *santé* » avait une acception plus étroite que l'expression « *état psychique, mental ou physique* » qui avait été utilisée dans le projet soumis à consultation. Cette dernière comprenait par exemple la taille et la couleur des yeux alors que la santé devait recouvrir « *toute information médicale qui peut donner une image négative de la personne concernée* »[1275]. La doctrine préconise toutefois une interprétation plus large et flexible de la notion de santé[1276]. La LPD révisée mentionnera également les données génétiques dans la liste des données sensibles (art. 5 let. c ch. 3 n-LPD). Les débats parlementaires relatifs à la révision de la LPD permettent toutefois de préciser que seules les données génétiques qui permettent d'identifier une personne doivent être considérées comme des données sensibles au sens de la n-LPD[1277].

1273 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 100.

1274 MEIER, *Protection des données*, N 474 ; RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 3 N 20.

1275 Message LPD, FF 1988 II 421, 453-454. Notons que certains législateurs cantonaux, vaudois notamment, ont préféré recourir à l'expression d' « *état psychique, mental ou physique* » pour désigner la catégorie de données sensibles relative à la santé, élargissant ainsi cette catégorie à toutes les données physiques indépendamment de leur impact potentiellement négatif sur la personne concernée (art. 4 al. 1 ch. 2 LPrD-VD).

1276 Par ex. : MEIER, *Protection des données*, N 486, 489, pour qui les données de santé sont « *toutes les informations qui permettent, directement ou indirectement, de tirer des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne* » ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 19 ; SPRECHER, *Datenschutz im Gesundheitsbereich*, p. 142 ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, qui compare à cet égard la définition plus large et précise adoptée en droit européen, énoncée au considérant 35 RGPD : « *Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée qui révèlent des informations sur l'état de santé physique ou mentale passé, présent ou futur de la personne concernée.* [...] ». Voir aussi : GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 92.

1277 Voir notamment l'intervention de la Conseillère fédérale KELLER-SUTTER, BO (CN) 2019, p. 1787.

Dans le domaine des soins, la médecine a toujours été accompagnée de la collecte de nombreuses données relatives au patient au cours des traitements. Ces données sont en premier lieu consignées dans le dossier médical du patient. 770

Bien que les législations cantonales sanitaires imposent aux soignants de tenir un dossier médical pour chaque patient, les dispositions concernées sont rarement précises quant au contenu du dossier[1278]. Dans une affaire de responsabilité contractuelle, le Tribunal fédéral a quant à lui esquissé les contours du devoir de documenter du médecin en jugeant que le dossier médical devait à tout le moins contenir les informations qui étaient indispensables d'un point de vue médical[1279]. 771

Le dossier médical comprend généralement toutes les informations consignées relatives au cas traité, notamment l'anamnèse, les mesures diagnostiques et thérapeutiques, la consignation des consultations et les données qui y sont relatives, les indications du patient concernant ses douleurs, l'évolution de la maladie ou encore les feuilles de consentement[1280]. Font également partie du dossier médical au sens large les annexes de celui-ci, par exemple les résultats d'imagerie médicale et les rapports y relatifs, les rapports de laboratoire, les protocoles d'anesthésie, et plus largement tout document écrit ou électronique qui se rapporte personnellement au patient, à sa maladie, à son diagnostic ou à sa prise en charge[1281]. En plus de sa fonction évidente d'instrument de travail du soignant, le dossier médical assure la bonne documentation du traitement, il sert potentiellement de source d'information en cas de changement de soignant, de base de décision pour la prise en charge par les assureurs ou encore de base pour les mesures de protection de l'adulte ou pénales[1282]. 772

Comme la présente étude se concentre essentiellement sur les obligations de confidentialité à charge des soignants, le dossier médical constitue un point d'ancrage essentiel pour la détermination des données examinées. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'en raison des développements technologiques récents, la majorité des données de santé sont aujourd'hui collectées hors du cadre des établissements de santé ou des milieux de recherche[1283]. 773

1278 Pour un examen détaillé des règles relatives à la tenue du dossier médical, en particulier sous l'angle de la législation tessinoise, voir : ALBERTINI, *Cartella sanitaria*.

1279 ATF 141 III 363 c. 5, JdT 2015 II 428. Sur cette question, notamment en lien avec le DEP, voir aussi : FELLMANN/ODERMATT, Jusletter 27 avril 2020, N 13 ss.

1280 RAMER, *Datenschutz*, p. 24.

1281 *Ibid*.

1282 GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 12.

1283 Sur cette question: VOKINGER, Jusletter 27 janvier 2020 ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 520 ; SPRECHER, *Datenschutz im Gesundheitsbereich*, p. 142.

Ces collectes interviennent principalement au moyen d'appareils portables connectés (ex. : smartphones) et concernent des données de la vie de tous les jours (*Real World Data*). Lorsqu'elles sont collectées en grand nombre, ces données *a priori* banales pourraient, selon certaines promesses, conduire à un grand nombre de découvertes, améliorer la qualité de certains traitements, augmenter les rendements de ceux-ci ou encore contribuer à réduire les coûts de la santé. A ce propos, il est intéressant de noter qu'il est prévu que les individus ayant souscrit au dossier électronique du patient (DEP) soient en mesure d'alimenter directement celui-ci avec des données qu'ils auront eux-mêmes collectées au moyen de leurs appareils mobiles (*cf. supra* N 167). Il faut ainsi partir du constat que les développements technologiques ont pour effet d'effacer progressivement la frontière entre données de santé et autres données personnelles[1284].

774 L'interprétation large des données de santé au sens des législations sur la protection des données et leur classement dans une catégorie générale et indifférenciée de données sensibles a fait l'objet de quelques critiques en doctrine. Ainsi, MONTAVON déplore la tendance à élargir la définition des données de santé sensibles et soutient que ces dernières devraient idéalement faire l'objet de traitements différenciés selon leur gravité (ex. : rhume des foins et SIDA)[1285]. Selon lui, la notion de donnée sensible devrait être basée de préférence sur un critère qualitatif plutôt que quantitatif. Une protection restreinte mais efficace des données véritablement sensibles serait plus efficace et mieux à même d'être respectée qu'une application générale « *à toutes sortes d'ennuis de santé du quotidien* »[1286]. Les difficultés liées à l'hétérogénéité des données de santé (données très sensibles, moins sensibles ou même banales) ont également été soulignées par GUILLOD qui se demande s'il est adéquat de qualifier toutes les données médicales de la même manière du point de vue juridique, en particulier compte tenu du principe de proportionnalité[1287]. Dans le même sens, EPINEY/BLASER préconisent de distinguer, dans certains cas, les données médicales « *simples* » des données médicales « *complexes* »[1288]. Ces dernières se caractériseraient par leur nature à engendrer des préjudices aux personnes concernées si elles ne sont pas protégées convenablement.

775 Sur cette question, il paraît opportun de mentionner la solution retenue dans la loi genevoise sur le réseau communautaire d'informatique médicale

1284 En ce sens : SPRECHER, *Datenschutz im Gesundheitsbereich*, p. 143.

1285 MONTAVON, RFJ 2015, p. 238.

1286 MONTAVON, RFJ 2015, p. 238.

1287 GUILLOD, *Réflexions introductives*, p. 77.

1288 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 100.

(e-Toile ; LRCIM-GE)[1289]. L'article 16 LRCIM-GE répartit les données concernant le patient en cinq catégories, selon leur degré de sensibilité : données administratives, utilitaires, médicales, stigmatisantes et secrètes. La catégorisation d'une donnée définit en particulier les conditions d'accès à cette donnée. La LDEP connaît elle aussi un système de niveaux de confidentialité des données mises à disposition du dossier électronique du patient[1290]. Les trois niveaux de confidentialité sont « *normal* », « *restreint* » et « *secret* ». Toutefois, la législation ne précise pas quelles informations relèvent d'une catégorie particulière. Il revient au patient d'attribuer un niveau de confidentialité à ses données. A défaut, le niveau de confidentialité est « *normal* », sauf si le professionnel de la santé attribue un niveau de confidentialité « *restreint* »[1291].

776 Par ailleurs, la jurisprudence a de son côté opéré certaines distinctions parmi les données de santé. Dans le cadre de la transmission de données à l'assurance maladie, le TAF a par exemple jugé que les données devaient nécessairement être transmises au médecin-conseil de l'assurance lorsque la maladie était « *délicate* », respectivement lorsqu'elle était considérée comme stigmatisante par une part (considérable) de la population[1292]. Quant à la CourEDH, elle a elle aussi procédé à certaines distinctions, notamment en reconnaissant *de facto* un régime de protection renforcé aux informations relatives à la séropositivité, des données qu'elle a qualifiées d'« *extrêmement intimes et sensibles* »[1293].

777 Si l'idée d'une sous-catégorisation des données de santé semble judicieuse, voire nécessaire, elle n'en reste pas moins difficile à mettre en œuvre. Dans le domaine de la santé, une donnée *a priori* banale et sans potentiel visible d'atteinte à la personnalité peut, selon l'évolution du contexte, se révéler soudainement sensible. La sensibilité des données de santé peut donc généralement être qualifiée de « *flottante* ». Par ailleurs, comme le relève à juste titre BLECHTA, la sensibilité d'une donnée ne relève pas seulement de sa qualification formelle (ex. : anamnèse, diagnostic, radio), mais aussi dans une large mesure de son contexte de traitement, du but du traitement et des transmissions envisagées pour ne citer que ces éléments[1294].

1289 RS-GE K 3 07.

1290 Art. 9 al. 2 LDEP, art. 1 ODEP.

1291 Art. 1 ODEP.

1292 TAF C-6570/2007 c. 5.1.1.

1293 Arrêt de la CourEDH *Z c. Finlande* du 25 février 1997, requête n° 22009/93, § 96 ; arrêt de la CourEDH *C.C. c. Espagne* du 6 octobre 2009, requête n° 1425/06, § 40. Voir aussi sur cette question : GAMBARDELLA, Revue de droit sanitaire et social 2016, p. 278 ss.

1294 BSK DSG-BLECHTA, art. 3 N 28. Aussi en ce sens : EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 101.

IV. Principes généraux du droit de la protection des données personnelles

778 La LPD et les législations cantonales sur la protection des données consacrent un certain nombre de principes qui doivent être respectés lors de tout traitement de données personnelles. Ces principes, qui concrétisent dans les faits certains grands principes constitutionnels, forment la base du droit de la protection des données[1295]. Les législations fédérale et cantonales concordent dans une large mesure sur ces principes. La présente section se basera donc essentiellement sur les principes énoncés par l'article 4, 5 et 7 LPD, à savoir les principes de licéité, bonne foi, proportionnalité, finalité, reconnaissabilité, exactitude et sécurité. Le consentement est parfois également érigé en principe du droit de la protection des données. Celui-ci sera examiné dans le contexte plus spécifique des motifs justificatifs à la communication de données. Dans la future LPD, les principes du droit de la protection des données devraient être contenus dans deux articles (art. 6 et 7 n-LPD) sans subir de modification notable.

779 Malgré leur formulation large, les principes généraux de protection des données sont directement applicables[1296]. Ils doivent être respectés lors des traitements de données individuels, mais également dans le cadre de la politique globale des traitements de données par une entité[1297]. La violation d'un principe qui intervient dans le cadre d'un traitement de données par une personne privée entraîne la reconnaissance d'une atteinte illicite à la personnalité (art. 12 al. 2 let. a LPD ; art. 30 al. 2 let. a n-LPD), qui peut toutefois être levée par l'existence de motifs justificatifs[1298]. Les grands principes de la protection des données doivent également être respectés par les organes publics, même lorsqu'il existe une base légale autorisant un traitement de données. Un organe public peut y déroger dans la mesure où une base légale le permet[1299].

A. Licéité

780 Les traitements de données personnelles doivent être licites (art. 4 al. 1 LPD ; art. 6 al. 1 n-LPD). Ce principe s'applique non seulement aux modalités des

1295 EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 3.

1296 *Idem*, § 9 N 4.

1297 MEIER, *Protection des données*, N 632.

1298 *Idem*, N 626.

1299 *Idem*, N 628.

traitements, mais aussi au principe et à l'étendue de ceux-ci[1300]. L'illicéité ne s'examine pas seulement à la lumière des dispositions des normes de protection des données, mais plus largement à la lumière de toute norme juridique contraignante en vigueur en Suisse pour autant qu'elle vise, directement ou indirectement, la protection de la personnalité[1301]. Du point de vue de l'application du principe de licéité, certains auteurs procèdent à une distinction entre les organes publics et les personnes privées[1302].

1. Organes publics

781 Conformément à l'article 5 Cst. (« *le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat* »), le traitement de données personnelles par un organe public fédéral ou cantonal doit en principe reposer sur une base légale qui le prévoit[1303]. Par ailleurs, les restrictions de droits fondamentaux des particuliers – susceptibles d'intervenir à l'occasion d'un traitement de données personnelles – doivent respecter les conditions habituelles posées par l'article 36 Cst. Sauf exception (*cf.* par ex. *infra* N 784), la LPD et les législations cantonales sur la protection des données n'offrent pas directement de base fondant un organe public à traiter des données[1304].

782 A défaut de base légale suffisante fondant un traitement de données par un organe public, le traitement de données est illicite[1305]. Une base légale matérielle suffit en principe. Toutefois, conformément à l'article 17 al. 2 LPD (art. 34 al. 2 let. a n-LPD), le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité par des organes fédéraux doit reposer, sauf exception prévue par la loi[1306], sur une loi au sens formel. Le degré de précision nécessaire de la base légale dépend des circonstances, notamment de « *la gravité de l'atteinte aux libertés de l'administré, la nature des données traitées, le cercle des*

1300 *Idem*, N 639.

1301 Arrêt du TAF du 19 mars 2019 A-3548/2018, c. 5.4. Dans cet arrêt, le TAF a jugé que les articles 61 et 62 LAMal (primes des assurés) n'étaient pas destinés à protéger la personnalité. Un traitement de données opéré en vue d'effectuer un acte potentiellement contraire à ces dispositions n'est donc pas en lui-même illicite au sens de l'art. 4 al. 1 LPD.

1302 Ex. : BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 6-16 ; EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 111-117.

1303 Pour les organes fédéraux : art. 17 LPD ; art. 34 al. 1 n-LPD. Des dispositions similaires sont prévues dans les législations cantonales sur la protection des données.

1304 *Cf.* art. 17a, 19 et 22 LPD (art. 35 et 36 n-LPD) pour les organes fédéraux ; EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 112.

1305 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 112.

1306 Pour une présentation des exceptions à l'exigence d'une base légale pour les traitements et les communications de données par des organes fédéraux, *cf.* HERTIG PEA, *Protection des données*, N 273 ss.

personnes concernées, la structure du système informatique ou, le cas échéant, la participation des services cantonaux ou de personnes privées au traitement »[1307]. Bien qu'il faille éviter de se montrer trop strict en raison de la grande variété des traitements effectués par l'administration, la base légale fondant un traitement de données par l'administration doit en principe définir « *le but du traitement, décrire, dans les grandes lignes, son importance, et désigner les organes qui y participent* »[1308].

783 Dans le domaine de la santé, les données traitées sont en principe des données sensibles. Leur traitement par les établissements sanitaires de droit public (et ceux qui y sont assimilés) doit donc reposer sur une base légale formelle, qui doit au moins définir les grandes lignes de ce traitement[1309]. Par ailleurs, comme le soulignent à juste titre EPINEY/BLASER, l'absence d'une base légale formelle ne saurait être compensée par le consentement de la personne concernée, eu égard aux exigences constitutionnelles[1310]. Les législations cantonales sanitaires contiennent généralement des dispositions sur le traitement des données par les établissements médico-hospitaliers.

784 Comme évoqué, la loi permet parfois aux organes publics de traiter des données en l'absence de base légale suffisante. En 2020, les autorités fédérales se sont par exemples appuyées sur l'article 17*a* LPD pour mettre en œuvre une application mobile de traçage de proximité en vue de mieux lutter contre la pandémie du COVID-19. Selon cette disposition, le Conseil fédéral peut autoriser par voie d'ordonnance, pour une durée limitée, le traitement de données sensibles sous certaines conditions, notamment si une phase d'essai est indispensable avant l'entrée en vigueur d'une loi au sens formel. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence doit avoir été consulté au préalable. L'« Ordonnance COVID-19 essai pilote traçage de proximité »[1311] a été adoptée pour la période du 14 mai 2020 au 30 juin 2020 et visait à mener un projet pilote d'application mobile informant les personnes potentiellement exposées au coronavirus, selon un système décentralisé. Les obligations de confidentialité des soignants n'ont cependant pas été directement touchées par cette ordonnance, car le rôle de ces derniers se limitait à informer le patient qu'il avait été infecté par le virus. Le patient avait alors le choix d'indiquer cette information sur son application mobile, de telle manière à informer anonymement les personnes avec qui il avait préalablement été en

1307 Message LPD, FF 1988 II 421, 473.

1308 *Idem*, 473-474.

1309 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 114 ; GUNTERN, *Datenschutz*, p. 11.

1310 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 114 ; GUNTERN, *Datenschutz*, p. 11, pour qui le consentement peut être admis s'il s'agit d'un cas exceptionnel.

1311 RS 818.101.25.

contact (traçage des contacts rapprochés antérieurs par l'activation de la fonction *Bluetooth* sur les appareils mobiles).

2. Personnes privées

785 Lorsque des données sont traitées par une personne privée, la licéité d'un traitement s'examine à la lumière des normes impératives prévues hors de la LPD et qui protègent directement ou indirectement la personnalité[1312]. En cas de violation du principe de licéité, une atteinte illicite à la personnalité de la personne concernée est présumée[1313]. Dans ce contexte, l'article 12 al. 2 let. c LPD précise que personne n'est en droit de communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité sans motifs justificatifs[1314]. Les motifs justificatifs prévus sont en effet réservés à l'article 13 LPD (art. 31 n-LPD). Il s'agit du consentement de la victime, de l'intérêt prépondérant privé ou public et de la loi.

B. Bonne foi

786 Les données personnelles doivent être traitées conformément au principe de bonne foi (art. 4 al. 2 LPD ; art. 6 al. 2 n-LPD). Mis à part sa fonction de rappel du principe de bonne foi généralement appliqué dans l'ordre juridique suisse[1315], ce principe fait le lien entre le droit de la protection des données, la protection de la personnalité consacrée par l'article 28 CC et le principe de bonne foi énoncé à l'article 2 CC[1316]. Il doit être appliqué aussi bien dans le domaine privé que public[1317].

787 En application du principe de bonne foi, la personne qui traite des données doit agir de manière loyale et digne de confiance. Le traitement doit par ailleurs répondre à un intérêt raisonnable[1318]. Une personne qui conserverait une copie de données censées être détruites adopterait un comportement

1312 TAF A-3548/2018 du 19 mars 2019 c. 5.4 (Helsana+) ; MEIER, *Protection des données*, N 639 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 9 et 11.

1313 Art. 12 al. 1 et 2 LPD.

1314 La formulation sera légèrement modifiée dans la LPD, qui prévoira que la communication de données sensibles à des tiers constituera une atteinte à la personnalité, qui devra être justifiée pour être licite (art. 30 al. 2 let. c et 31 al. 1 n-LPD).

1315 L'article 5 al. 3 Cst. énonce que « *Les organes de l'Etat et les particuliers doivent agir de manière conforme aux règles de la bonne foi* » et l'article 9 Cst. que « *Toute personne a le droit d'être traitée par les organes de l'Etat sans arbitraire et conformément aux règles de la bonne foi.* »

1316 MEIER, *Protection des données*, N 646-647.

1317 BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 17 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 8.

1318 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 248.

contraire au principe de la bonne foi[1319]. De manière générale, le principe de la bonne foi impose également d'informer les personnes concernées en cas de fuite de données et de collecter les données directement auprès des personnes concernées sans passer par l'intermédiaire de tiers[1320].

C. Proportionnalité

788 Le principe de proportionnalité est énoncé à l'article 4 al. 2 LPD (art. 6 al. 2 n-LPD). Il joue un rôle central dans le domaine de la protection des données, en particulier lorsque des données sensibles telles que celles relatives à la santé sont en jeu. Alors que le principe de proportionnalité est incontournable en droit public (art. 36 al. 3 Cst.), son inscription parmi les principes généraux de la protection des données a pour effet de le transposer dans une large mesure en droit privé[1321].

789 Le principe de proportionnalité se compose traditionnellement de trois volets[1322] :

— L'aptitude : le moyen mis en œuvre doit être apte à atteindre le but visé.
— La nécessité : lorsqu'il existe plusieurs moyens d'atteindre le but, il faut choisir celui qui porte le moins atteinte aux intérêts en cause.
— La proportionnalité au sens étroit : après la pesée de tous les intérêts en jeu, le moyen mis en œuvre doit être admissible à la lumière du but visé.

L'application des trois principes au domaine de la protection des données est synthétisée ainsi par MEIER : « *l'exploitant ne peut collecter et traiter que les données qui sont aptes, mais surtout objectivement nécessaires pour atteindre le but poursuivi, pour autant que le traitement demeure dans un rapport raisonnable entre le résultat (légitime) recherché et le moyen utilisé, tout en préservant le plus possible les droits des personnes concernées* »[1323].

790 L'examen de la proportionnalité, c'est-à-dire la vérification des conditions qui s'y rattachent, doit être examiné individuellement pour chaque cas particulier et ne connaît pas de réponse générale[1324]. Pour mener à bien cet

1319 *Ibid.*

1320 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 117-118.

1321 MEIER, *Protection des données*, N 664 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 252.

1322 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 9 ; MEIER, *Protection des données*, N 665 ; ERARD/AMEY, *Destruction du dossier médical*, p. 286-287.

1323 MEIER, *Protection des données*, N 666.

1324 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 118 ; MEIER, *Protection des données*, N 666.

examen, la détermination préalable du but du traitement est essentielle[1325]. En présence de plusieurs buts du traitement, l'examen de la proportionnalité doit être mené pour chacun de ces buts[1326].

791 Bien qu'il soit également applicable aux traitements de données effectués par des personnes privées, le principe de proportionnalité se révèle particulièrement important en cas de traitements de données effectués par des organes publics, car les bases légales fondant de tels traitements sont souvent énoncées de manière particulièrement large[1327]. L'application du principe de proportionnalité permet donc d'interpréter ces normes et de compenser leur manque de précision. En d'autres termes, son application permet de tracer, dans chaque cas individuel et de manière plus fine, dans quelles limites un traitement de données est admissible. Comme le relèvent EPINEY/BLASER, un traitement de données réalisé par un organe public peut donc reposer sur une base légale sans toutefois se conformer au principe de proportionnalité[1328]. Le traitement est alors illicite[1329].

792 L'augmentation du nombre d'acteurs du système de soins (nouveaux modèles de soins, réseaux de soins, spécialisations, établissements médico-hospitaliers de grande taille, assurances, etc.) nécessite un recours toujours plus large au principe de proportionnalité. Dans ces constellations toujours plus complexes, ce principe doit systématiquement être mis en œuvre pour déterminer l'étendue et les modalités des communications des données de santé. Il doit non seulement être mis en œuvre lorsqu'une base légale autorise un traitement, mais aussi lorsque les communications reposent sur le consentement du patient et plus particulièrement lorsqu'il consent à la levée du secret professionnel. Même lorsqu'un patient consent à une communication de données, seules les communications nécessaires, aptes et raisonnables peuvent être opérées.

793 Le principe de proportionnalité joue également un rôle du point de vue de la collecte, de la conservation et de la destruction des données. Au début

1325 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 118.

1326 MEIER, *Protection des données*, N 667.

1327 ERARD/AMEY, *Destruction du dossier médical*, p. 287.

1328 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 119.

1329 Comme nous l'examinerons dans le cadre des développements relatifs aux communications de données de santé, le Tribunal fédéral s'est parfois montré plutôt souple quant à l'application du principe de proportionnalité en matière de données de santé. Par le passé, il a notamment jugé que les assureurs-maladie pouvaient exiger des EMS qu'ils leur fournissent de manière systématique des informations particulièrement larges en vue d'évaluer le niveau de soins requis, à savoir ceux afférents au rapport de soins et au contrôle des signes vitaux. Il a de surcroît jugé que les demandes de communications ne nécessitaient pas de motivation pour chaque cas particulier (ATF 133 V 539).

d'un traitement, seules les données objectivement nécessaires et utiles peuvent être collectées auprès du patient[1330]. Les traitements de données de santé doivent en principe être limités d'un point de vue temporel[1331]. Les données doivent ensuite être détruites lorsqu'il n'existe plus d'intérêt à la préservation de ces données, dans le respect des dispositions légales sur la préservation des dossiers médicaux[1332]. Lorsque des motifs justificatifs autorisent une conservation plus longue de données médicales, le sous-principe de nécessité impose d'adopter les mesures qui réduisent dans la meilleure mesure possible les atteintes à la personnalité des personnes concernées (ex. : anonymisation des données). Dans le futur, la LPD révisée matérialisera l'aspect temporel du principe de proportionnalité : les données personnelles devront être détruites ou anonymisées dès qu'elles ne seront plus nécessaires au regard des finalités du traitement (art. 6 al. 4 n-LPD).

794 La proportionnalité se trouve également au centre des communications de données aux assurances en vue du remboursement des soins. Dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins, cette question fait l'objet de tensions récurrentes. L'article 42 LAMal devrait idéalement concrétiser le principe de proportionnalité. Il énonce notamment que « *le fournisseur de prestations doit remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible. Il doit aussi lui transmettre toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation* »[1333] et que « *l'assureur peut exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical* »[1334]. Enfin, si les circonstances l'exigent ou si l'assuré le demande, le fournisseur de prestations ne fournit les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assureur[1335] (les communications de données de patients aux assureurs sociaux feront l'objet de développements, *cf. infra* N 1091 ss).

D. Finalité

795 Aux termes de l'article 4 al. 3 LPD, les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances. La LPD révisée précisera que les

1330 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 119.

1331 BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, N 147.

1332 Sur la question de la destruction des dossiers médicaux dans un contexte de droit public, *cf.* ERARD/AMEY, *Destruction du dossier médical*.

1333 Art. 42 al. 3 LAMal.

1334 Art. 42 al. 4 LAMal.

1335 Art. 42 al. 5 LAMal.

données collectées devront également être traitées ultérieurement de manière compatible avec les finalités pour lesquelles elles ont été collectées (art. 6 al. 3 n-LPD).

796 Conformément au principe de finalité, les personnes dont les données sont collectées doivent connaître dès le départ – c'est-à-dire dès la récolte – le but pour lequel leurs données seront traitées et savoir que leurs données ne seront pas utilisées dans un but étranger[1336].

797 Le principe de finalité présente deux composantes :

— la détermination du but impose que le but du traitement soit déterminé ou déterminable selon les circonstances, au plus tard au début de la collecte de données[1337]. L'exigence du but déterminé ou déterminable s'oppose aux collectes de données sans but ou dont les buts sont vagues[1338].
— l'immutabilité du but s'oppose à une modification ultérieure du but du traitement existant lors de la collecte. Une modification ultérieure du traitement est toutefois admissible si elle est autorisée par la loi ou si elle repose sur un motif justificatif valable tel que le consentement de la personne ou un intérêt prépondérant si le traitement est effectué par une personne privée[1339]. On parle alors d'« *utilisation secondaire* » de données.

798 En cas de transmission de données à un tiers, l'obligation de respecter le but initial du traitement subsiste à l'égard du destinataire des données[1340].

799 Dans le domaine de la santé, l'utilisation secondaire de données récoltées dans le cadre d'un traitement est un phénomène relativement courant, notamment pour des utilisations ultérieures dans le cadre de la recherche sur l'être humain. Pour être licites, de telles utilisations doivent respecter le cadre légal en vigueur[1341]. Toutefois, comme déjà abordé précédemment, le développement de certaines technologies nouvelles – notamment celles liées au *big data* – suscite des difficultés d'adéquation avec le principe de finalité. Dans ce contexte, il existe en effet un intérêt à analyser de grands volumes de

1336 EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 29.

1337 MEIER, *Protection des données*, N 723 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 14.

1338 MEIER, *Protection des données*, N 723 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 253.

1339 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 48.

1340 MEIER, *Protection des données*, N 726 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 16 ; EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 36 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 47.

1341 Pour la levée du secret professionnel en matière de recherche sur l'être humain, *cf.* art. 321bis CP et son renvoi aux conditions posées par l'art. 34 LRH.

données existantes en vue de déceler des schémas (« *patterns* ») jusqu'alors inconnus, sans forcément connaître le but du traitement à l'avance (corrélation et non causalité)[1342]. Pour parer à ces difficultés, SPRECHER et EPINEY proposent par exemple de restreindre l'utilisation concrète des applications *big data* et des algorithmes à une finalité suffisamment spécifiée[1343].

E. Reconnaissabilité ou transparence

800 Selon l'article 4 al. 4 LPD (art. 6 al. 3 n-LPD), la collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Ce principe a été introduit dans la LPD le 1er janvier 2008[1344], suite à l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur la transparence en 2006. Il était auparavant déduit du principe de la bonne foi[1345]. Le principe de reconnaissabilité, dont le but est le renforcement de la transparence[1346], signifie qu'une personne donnée peut déduire des circonstances qu'un traitement de données la concernant existe ainsi que le but de ce traitement de données[1347].

801 Bien que le principe de reconnaissabilité n'implique pas un devoir actif d'informer, la LPD contient deux dispositions spécifiques en la matière. L'article 14 LPD impose un devoir d'information particulier à charge d'une personne privée lorsqu'elle collecte des données sensibles et des profils de la personnalité. Quant à l'article 18*a* LPD, il oblige plus généralement les organes fédéraux à informer les personnes concernées de toutes collectes les concernant. Cette obligation d'informer cesse de déployer ses effets lorsque l'enregistrement ou la communication des données sont prévus par la loi ou si le devoir d'informer est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés[1348]. Que ce soit pour les privés ou les organes fédéraux, les devoirs d'informer se limitent aux « *collectes* » de données et non pas aux traitements[1349].

1342 Sur cette question : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 503-508.

1343 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 506-508 ; EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 27. Voir aussi MEIER, *Big Data*, p. 47 ss.

1344 RO 2007 4983 ; FF 2003 1915.

1345 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 254 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 16a.

1346 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 51.

1347 BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 16a.

1348 Art. 18*a* al. 4 LPD.

1349 EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 120.

802 Dans la LPD révisée, le devoir d'informer des personnes privées et des organes publics fédéraux fera l'objet d'une disposition unique (art. 18 n-LPD). Les dérogations à ce devoir seront quant à elles condensées dans une autre disposition plus complète et plus précise que la législation actuelle (art. 19 n-LPD).

803 Les législations cantonales contiennent généralement des dispositions sur le devoir d'informer les personnes concernées en cas de traitement de données sur leur compte[1350].

F. Exactitude

804 Le principe d'exactitude impose à toute personne qui traite des données personnelles de s'assurer qu'elles sont correctes et de prendre les mesures appropriées pour effacer ou rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées (art. 5 al. 1 LPD ; art. 6 al. 5 n-LPD). Des données sont considérées comme exactes « *lorsqu'elles reflètent de manière correcte, actuelle et objective les faits ou autres circonstances se rapportant à la personne concernée* »[1351]. La jurisprudence a cependant relativisé le principe d'exactitude, en précisant que le devoir de la personne qui traite des données personnelles de s'assurer elle-même que les données sont exactes dépend des conditions cadre du traitement (finalité, sensibilité des données, mesure dans laquelle elles sont communiquées à des tiers)[1352].

805 L'article 5 al. 2 LPD prévoit un droit de rectification des données inexactes au bénéfice de toute personne concernée. Ce droit est inconditionnel, gratuit et ne doit souffrir aucun délai[1353].

G. Sécurité

806 Le principe de sécurité des données est consacré à l'article 7 LPD (art. 8 n-LPD). Les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement non autorisé par des mesures organisationnelles et techniques appropriées. Pour certains auteurs de doctrine, le principe de sécurité sous-tend trois aspects[1354] :

1350 *Cf.* par exemple : art. 13 et 14 LPrD-VD.

1351 MEIER, *Protection des données*, N 745.

1352 Arrêt du TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017 c. 7 (Moneyhouse SA), dans lequel le TAF a jugé que Moneyhouse SA était tenue de vérifier l'exactitude des données communiquées pour 5% des requêtes en ligne.

1353 *Idem*, N 761 ss.

1354 Art. 8 al. 1 OLPD ; EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 51 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 7 N 7 ; MEIER, *Protection des données*, N 786.

— la confidentialité des données, c'est-à-dire que seules les personnes autorisées à accéder à des données peuvent être en mesure d'accéder à ces données ;
— la disponibilité des données, c'est-à-dire que les informations doivent être accessibles dans la forme souhaitée, au moment souhaité et au lieu souhaité ;
— l'intégrité des données : les données doivent être correctes et elles doivent être protégées contre les modifications indues, par le biais d'attaques informatiques par exemple.

807 Il est nécessaire de souligner qu'il n'est pas possible de prétendre à une sécurité absolue des données, illusoire dans le monde informatisé. Le principe de sécurité des données vise donc avant tout à sanctionner l'absence de sécurité ou l'adoption de mesures insuffisantes[1355]. La jurisprudence a elle aussi reconnu que les mesures de sécurité devaient être appropriées à chaque cas particulier et qu'une protection absolue ou maximale ne pouvait être obtenue[1356].

808 La LPD ne définit pas les mesures organisationnelles et techniques appropriées et charge le Conseil fédéral d'édicter des dispositions plus détaillées sur les exigences minimales en matière de sécurité des données (art. 7 al. 2 LPD). Sur cette base, le Conseil fédéral a adopté plusieurs dispositions d'exécution sur les mesures de sécurité techniques et organisationnelles aux articles 8 à 12 OLPD (traitements par des personnes privées) et aux articles 20 à 23 (traitements par les organes fédéraux). En ce qui concerne les personnes privées, les systèmes doivent notamment être protégés contre les destructions accidentelles ou non autorisées, la perte accidentelle, les erreurs techniques, la falsification, le vol, les utilisations illicites, les modifications, les copies, les accès ou autres traitements non autorisés[1357]. L'article 9 OLPD énonce une série d'objectifs de contrôle à réaliser. De manière plus générale, les responsables de traitements de données sont tenus de mettre en place un concept de sécurité globale[1358].

1355 MEIER, *Protection des données*, N 782. Voir aussi : BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, N 160 ss qui mentionne en plus les aspects d'authenticité, de fiabilité, de possibilité de révision, de transparence et de sécurité, ainsi que les différents buts de contrôle mentionnés par l'article 9 OLPD.

1356 Arrêt du TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017 c. 9.2 (Moneyhouse SA). Dans cet arrêt, le TAF a examiné les mesures techniques de sécurité adoptées par la plateforme en ligne Moneyhouse SA et a jugé que la plateforme était tenue de vérifier l'existence de preuves d'intérêt suffisant d'un demandeur d'informations sur la solvabilité d'une personne dans 3% des cas.

1357 Art. 8 al. 1 OLPD.

1358 Arrêt du TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017 c. 9.2 (Moneyhouse SA).

Lorsque des données sensibles ou des profils de personnalité sont traités, l'article 10 al. 1 OLPD oblige le maître du fichier à journaliser les traitements automatisés de données si les mesures préventives ne suffisent pas à garantir la protection des données. Les procès-verbaux de journalisation doivent être conservés durant une année. 809

Malgré ces dispositions, les législations sur la protection des données ne règlent pas en détail les mesures de sécurité. De telles mesures seraient en effet rapidement obsolètes au regard de l'évolution rapide des technologies et des nouvelles menaces qui les accompagnent. Plus généralement, les traitements de données présentent tous des particularités spécifiques et leur grande diversité semble s'opposer à toute législation générale et détaillée[1359]. On notera toutefois l'existence de standards internationaux en la matière, en particulier plusieurs normes ISO[1360] auxquelles la doctrine recommande de se référer[1361]. 810

Il faut par ailleurs souligner que la LPD révisée obligera le responsable du traitement à assurer une protection des données dès la conception du système et par défaut (art. 7 n-LPD). La protection dès la conception impose à celui qui conçoit un traitement d'intégrer dès l'origine les prescriptions relatives à la protection des données (*privacy by design*). La protection par défaut implique quant à elle que les préréglages du système de traitement garantissent que le volume de données traitées soit réduit au minimum requis pour atteindre la finalité du traitement (*privacy by default*). 811

Au niveau cantonal, des standards en matière de sécurité informatique découlent parfois indirectement du droit sanitaire. Ainsi, dans le canton de Vaud, la reconnaissance de l'intérêt public d'un établissement sanitaire est notamment conditionnée au recours à un prestataire de services informatiques agréé par le Département de la santé et de l'action sociale pour la gestion de son système d'information[1362]. 812

1359 MEIER, *Protection des données*, N 781.

1360 Notamment normes ISO n° 27001, 27002, 27003, 27018, 9000 ss.

1361 PRIEUR, Pflegerecht 2018, p. 136.

1362 Art. 4 al. 1 let. d Loi vaudoise sur la planification et le financement des établissements sanitaires d'intérêt public (LPFES-VD ; RS-VD 810.01).

V. Devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données

A. Article 35 LPD

1. Généralités

813 L'article 35 al. 1 LPD réprime la violation du devoir de discrétion ainsi : « *La personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données, est, sur plainte, punie de l'amende* ». Ce devoir de discrétion s'applique de la même manière à l'égard des personnes qui exercent pour le compte d'une personne soumise à l'obligation de garder le secret que lors de leur formation chez elle (art. 35 al. 2 LPD). Les révélations illicites concernées restent punissables même lorsque les rapports de travail ou de formation ont pris fin (art. 35 al. 3 LPD).

814 Dans le cadre des travaux préparatoires de la LPD, le Conseil fédéral avait pris acte du phénomène de spécialisation des activités professionnelles et de la sophistication croissante des technologies de traitement de l'information. Il avait tiré le constat que le champ d'application personnel de la norme pénale réprimant la violation du secret professionnel (art. 321 CP) était devenu trop étroit et lacunaire[1363]. Il avait donc jugé nécessaire de soumettre au devoir de discrétion certaines activités professionnelles non régies par l'article 321 CP. Même si la liste des professions visées par ce dernier est aujourd'hui plus large qu'à l'époque de l'adoption de la LPD (1992), de nombreuses professions de soins n'y figurent toujours pas. La fonction de comblement de lacune assurée par l'article 35 LPD garde aujourd'hui encore tout son sens.

815 Dans son message relatif à la LPD, le Conseil fédéral avait par ailleurs précisé qu'il renonçait volontairement à élargir le cercle des professions soumises à l'article 321 CP en modifiant cette disposition[1364]. Une telle modification aurait eu pour effet d'élargir le droit de refuser de témoigner octroyé à l'époque à certaines professions par les droits de procédure fédéraux et cantonaux. Or, un élargissement de ce droit par le biais du droit de la protection des données n'était pas souhaitable.

1363 Message LPD, FF 1988 II 421, 491.

1364 *Ibid.*

816 Pour une partie de la doctrine, l'article 35 LPD protège principalement la protection de la sphère secrète des personnes dont les données sont traitées[1365]. Toutefois, dans la mesure où l'article 35 LPD punit uniquement la révélation illicite de données secrètes et sensibles, il semble plus précis de considérer avec MEIER que cette disposition protège « *certains pans de la vie privée de l'individu, qui se «matérialisent» par des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité* »[1366].

817 Dans la LPD révisée, l'infraction de la violation du devoir de discrétion figurera dans une version légèrement remaniée : « *Est, sur plainte, puni d'une amende de 250 000 francs au plus quiconque révèle intentionnellement des données personnelles secrètes portées à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données* » (art. 62 al. 1 n-LPD). Les données concernées ne se limiteront donc plus aux données secrètes et sensibles, mais à toutes les données secrètes. La LPD révisée instituera de surcroît une nouvelle infraction : la violation du devoir de diligence (art. 61 n-LPD). Cette dernière permettra de punir les personnes privées qui communiquent des données personnelles à l'étranger ou qui confient le traitement de données à un sous-traitant en violation des dispositions spécifiques de la LPD sur ces questions. Elle permettra aussi de punir ceux qui ne respectent pas les exigences minimales en matière de sécurité édictées par le Conseil fédéral.

818 Dans son message relatif à la révision totale de la LPD, le Conseil fédéral a établi quelques parallèles entre le devoir de discrétion tel qu'il est prévu dans le projet et les articles 321 ou 320 CP[1367]. Il a précisé que l'article 56 du projet (art. 62 n-LPD) « *permet de combler les lacunes qui résultent du cercle restreint des auteurs touchés par les art. 320 et 321 CP (délits propres). C'est pourquoi il impose un devoir de discrétion également aux personnes qui ne tombent pas sous le coup des art. 320 ou 321 CP.* » Il a également pris acte des questions de concours qui peuvent se poser, notamment avec les articles 320 et 321 CP. Le Conseil fédéral a toutefois jugé que cette situation ne devrait pas poser de problèmes particuliers dans la mesure où elle existe déjà dans le droit actuel.

2. Auteur

819 Bien que le champ d'application personnel de l'article 35 LPD soit sensiblement plus large que celui de l'article 321 CP, il n'en reste pas moins limité. Il s'agit en l'occurrence des personnes qui prennent connaissance de données

1365 BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 3 ; PÄRLI, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 35 N 7.

1366 MEIER, *Protection des données*, N 1974.

1367 Pour les motifs de ce choix, *cf.* Message révision LPD, FF 2017 6565, 6717.

personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité dans l'exercice « *d'une profession qui requiert la connaissance de telles données* ». Il s'agit donc d'un délit propre[1368].

820 L'intégration ou non d'une profession dans le champ d'application de l'article 35 LPD soulève parfois des difficultés[1369]. La situation semble cependant relativement claire dans le domaine des soins. En effet, l'exercice des professions de soins exige normalement la prise de connaissance de données sensibles et secrètes. Sont donc non seulement visées les professions de soins traditionnelles (ex. : podologue, technicien en radiologie), mais en principe aussi les professions de médecine alternative (ex. : naturopathe, acupuncteur).

821 Le devoir de discrétion s'applique également aux personnes qui exercent pour le compte d'une personne soumise à l'obligation de garder le secret ou lors de leur formation chez elle (art. 35 al. 2 LPD). Dans son message, le Conseil fédéral qualifiait ces personnes d' « *auxiliaires* » de la personne soumise à l'obligation de garder le secret et indiquait qu'il s'agissait concrètement des employés et des apprentis[1370].

822 La doctrine n'est pas unanime sur la question de savoir si les tiers à qui des traitements de données sont confiés sur la base de l'article 10*a* LPD sont également soumis au devoir de discrétion au sens de l'article 35 LPD. Pour certains auteurs, le champ d'application de l'article 35 LPD ne saurait être élargi par le biais des dispositions générales de la loi et exclut les tiers au sens de l'article 10*a* LPD[1371]. Cette approche paraît toutefois peu convaincante. Sans avoir à déterminer si ces tiers sont des « *auxiliaires* », il faut considérer qu'ils sont soumis à l'article 35 LPD s'ils remplissent les conditions posées par cette disposition, c'est-à-dire s'ils prennent connaissance de données sensibles et secrètes en traitant, dans le cadre de leur profession, des données pour le compte de la personne soumise à titre principal à la LPD[1372].

3. Données personnelles secrètes et sensibles ou profils de sa personnalité

823 Dans sa version actuelle, l'article 35 LPD punit la révélation de « *données personnelles secrètes et sensibles ou de profils de la personnalité* ». Les données personnelles concernées doivent donc être à la fois secrètes et sensibles.

1368 MEIER, *Protection des données*, N 1977 ; BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 8-9 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 6.

1369 A ce sujet : MEIER, *Protection des données*, N 1998.

1370 Message LPD, FF 1988 II 421, 492.

1371 POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, N 268 ; BERGER KURZEN, *E-Health und Datenschutz*, N 279.

1372 En ce sens : MEIER, *Protection des données*, N 2009 ; BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 12.

824 Les données personnelles « *sensibles* » sont définies à l'article 3 let. c LPD et se rapportent notamment à la santé ou la sphère intime (*cf. supra* N 768 ss). La LPD ne définit toutefois pas ce qu'il faut entendre par données « *secrètes* ». Pour la doctrine, la notion doit être interprétée de la même manière que le « *secret* » inscrit à l'article 321 CP[1373]. La définition du secret au sens de l'article 321 CP retenue pour la présente étude est la suivante : le secret porte sur des faits qui ne sont pas publics, notoires ou déjà connus et doit être fondé sur un élément subjectif qui se concrétise, selon les situations, par un intérêt digne de protection et/ou par la volonté du maître du secret de garder le fait secret (*cf. supra* N 446).

825 En droit actuel, la protection conférée par l'article 35 LPD (données sensibles et secrètes) est donc plus restreinte que celle conférée par l'article 321 CP puisque ce dernier protège les « *secrets* », sans autre forme de précision.

826 Cette situation va toutefois changer dans le futur, car l'exigence du caractère sensible des données sera supprimée dans la LPD révisée. Le devoir de discrétion s'appliquera alors à toutes les données « *secrètes* », sensibles ou non. Selon le Conseil fédéral, le caractère secret pourra s'examiner à la lumière de la notion matérielle du droit pénal retenue pour l'application des articles 320 et 321 CP[1374].

4. Données portées à la connaissance de l'auteur dans l'exercice de la profession

827 Le devoir de discrétion imposé par l'article 35 LPD s'applique aux données qui ont été portées à la connaissance de l'auteur dans l'exercice de sa profession. La prise de connaissance dans l'exercice de la profession doit être interprétée de la même manière que la notion inscrite à l'article 321 CP, en dépit du recours à une formulation différente (« *un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci* »)[1375]. En principe, l'article 35 LPD ne trouve donc pas application lorsque les données concernées ont été confiées à titre purement privé à une personne habituellement soumise au devoir de discrétion dans le cadre de sa profession. Je renvoie pour le surplus aux développements sur ce point dans le cadre de l'examen de l'article 321 CP (*cf. supra* N 454 ss).

828 Il n'est pas nécessaire que les données confiées soient directement utiles à l'exercice des professions visées, dans chaque cas individuel[1376]. Le critère

1373 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 688 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 9.

1374 Pour les motifs de ce choix, *cf.* Message révision LPD, FF 2017 6565, 6717.

1375 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 11 ; MEIER, *Protection des données*, N 1992.

1376 MEIER, *Protection des données*, N 1999.

examiné ici sert principalement à déterminer le cercle des professionnels soumis à l'article 35 LPD et non l'étendue des données soumises au devoir de discrétion[1377].

5. Révélation

829 L'infraction pénale est consommée lorsque l'auteur révèle d'une manière illicite les données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité. Contrairement aux textes francophone et italien qui se réfèrent, comme à l'article 321 CP, à la notion de révélation (« *rivela* »), le texte germanophone emploie les termes « *bekannt gibt* ». Il fait donc référence à la notion de communication (« *Bekanntgabe* ») au sens de l'article 3 let. f LPD, définie comme « *le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant* ». C'est à cette définition qu'il convient de se référer[1378].

830 La communication de données à des personnes qui disposent déjà de ces données ne constitue donc pas une révélation punissable[1379]. Tout comme pour l'article 321 CP, il convient toutefois de faire preuve de prudence dans ce contexte. A mon sens, la confirmation d'une information auprès d'un destinataire qui ne la tient pas pour certaine constitue une violation du devoir de discrétion.

831 Pour être punissable, la révélation des données sensibles ou secrètes doit être illicite. Elle n'est pas illicite lorsqu'elle repose sur un motif justificatif prévu par la LPD[1380]. Lorsque les données sont traitées par une personne privée, les motifs justificatifs sont le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public ou une disposition légale autorisant la divulgation des données (art. 13 al. 1 LPD). S'il s'agit d'organes publics fédéraux, la communication de données sensibles doit se conformer au cadre posé par l'article 17 LPD et doit, sauf exception, reposer sur une base légale formelle.

6. Elément subjectif

832 Comme pour l'article 321 CP, la violation du devoir de discrétion nécessite l'intention ou à tout le moins le dol éventuel[1381].

1377 Vraisemblablement d'un avis contraire : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 689.

1378 MEIER, *Protection des données*, N 2005.

1379 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 13.

1380 MEIER, *Protection des données*, N 2006.

1381 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 15 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 692 ; BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 52.

7. Poursuite et peine

L'infraction est uniquement poursuivie sur plainte. 833

Elle est punie d'une amende selon les règles générales du CP, c'est-à-dire qu'elle peut s'élever Fr. 10'000.- au plus[1382]. A l'heure actuelle, la peine prévue par l'article 35 LPD pour la violation du devoir de discrétion est donc sensiblement moins lourde que celle prévue par l'article 321 CP (peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire). 834

La peine encourue à l'avenir pour la violation du devoir de discrétion sera augmentée (Fr. 250'000.- au plus). Lors des débats, certains parlementaires auraient souhaité s'aligner sur le droit européen (art. 83 RGPD) et prévoir des amendes de l'ordre de Fr. 20'000'000.- ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial, mais ces propositions ont été rejetées[1383]. Cette solution avait déjà été préalablement rejetée par le Conseil fédéral, qui avait plus précisément renoncé à prévoir un système de sanctions administratives pécuniaires dont l'exécution aurait relevé de la compétence du Préposé fédéral à la protection des données (modèle européen). Il avait notamment estimé que les sanctions punitives devaient relever du seul droit pénal[1384]. Il a toutefois reconnu la nécessité de renforcer le système de sanctions pénales de la LPD, en particulier pour assurer que la protection offerte par la réglementation suisse soit jugée suffisante par l'Union européenne. Malgré cette volonté, le système de sanctions proposé par le Conseil fédéral et adopté par les Chambres (amende de Fr. 250'000.-) semble peu dissuasif, notamment pour faire face aux dérives des plus grands acteurs. 835

Notons par ailleurs que l'avant-projet de révision totale de la LPD établi par l'OFJ prévoyait initialement une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire, de telle manière à effacer le décalage entre les peines prévues entre l'article 321 CP et le devoir de discrétion imposé par l'article 35 LPD[1385]. Du point de vue de la gravité, il existait donc une volonté de placer sur un pied d'égalité les deux infractions, mais cette solution a été abandonnée[1386]. 836

1382 PÄRLI, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 35 N 17 et art. 34 N 5 ss.

1383 BO (CN) 2019, 1831.

1384 Pour les motifs de ce choix, *cf.* Message révision LPD, FF 2017 6565, 6714.

1385 Avant-projet de Loi fédérale sur la protection des données (LPD).

1386 OFJ, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, 21 décembre 2016, p. 82.

B. Violation de devoirs imposés par le droit cantonal de la protection des données

837 Sur le plan cantonal, bon nombre de législations sur la protection des données contiennent des dispositions pénales. Dans la majorité des cas, ces dispositions ont une portée limitée puisque les personnes soumises aux législations cantonales sur la protection des données agissent au service d'un organe public cantonal ou communal et revêtent donc en principe le statut de fonctionnaire. Elles sont donc déjà soumises au secret de fonction au sens de l'article 320 CP[1387]. Pour autant qu'elles aient été inscrites dans la législation cantonale sur la protection des données[1388], les dispositions pénales sanctionnent généralement des comportements qui se distinguent de la violation du secret de fonction au sens de l'article 320 CP et complètent donc cette disposition[1389].

838 Un grand nombre de cantons[1390] ont adopté des dispositions pénales sanctionnant les révélations ou les traitements de données illicites commis

1387 WALDMANN/OESCHGER, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 13 N 164 et réf. citées. *Cf.* toutefois HERTIG PEA, pour qui une personne révélant illicitement des données sensibles peut être poursuivie à la fois sur la base des dispositions pénales des lois cantonales sur la protection des données et sur celle de l'article 320 CP (concours parfait d'infractions) : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 696.

1388 Certaines législations cantonales sur la protection des données ne contiennent pas de dispositions pénales, à l'image des législations d'Appenzell Rhodes-Intérieures (Datenschutzgesetz ; RS-AI 172.800), Appenzell Rhodes-Extérieures (Datenschutzgeset ; RS-AR 146.1) ou Valais (LIPDA ; RS-VS 170.2).

1389 Notons que le législateur vaudois a intégré dans sa législation sur la protection des données une disposition pénale sur la violation du devoir de discrétion qui se recoupe largement avec la portée de l'article 320 CP : « *Toute personne ayant révélé intentionnellement, d'une manière illicite, des données personnelles ou sensibles qui ont été portées à sa connaissance dans l'exercice de sa fonction, sera punie d'une amende* » (art. 41 al. 1 LPrD ; RS-VD 172.65). La portée de cette disposition est évincée dans une large mesure par l'article 320 CP. La convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel contient une disposition similaire, mais réserve expressément les dispositions spéciales du droit fédéral ou cantonal (art. 55 al. 1 CPDT-JUNE ; RS-NE 150.30).

1390 Notamment les cantons d'Argovie (§ 41 IDAG ; RS-AG 150.700), Bâle-Campagne (§ 49 al. 1 IDG ; RS-BL 162), Bâle-Ville (§ 51 al. 1 IDG ; RS-BS 153.260), Glaris (art. 6 al. 4 DSG ; RS-GL I F/1), Grisons (art. 10a KDSG ; RS-GR 171-100), Lucerne (§ 24a Gesetz über den Schutz von Personendaten, DSG ; RS-LU 38), Neuchâtel et Jura (art. 55 al. 1 CPDT-JUNE ; RS-NE 150.30), Obwald qui est le seul canton punissant la violation de certains comportements commis par un tiers traitant des données pour le compte d'un organe public d'une peine privative de liberté de trois ans au plus (art. 16 Datenschutzgesetz ; RS-OW 137.1), Saint-Gall (art. 40 DSG ; RS-SG 142.1), Schaffhouse (art. 28 Kantonales Datenschutzgesetz ; RS-SH 174.100), Soleure (§ 42 InfoDG ; RS-SO 114.1), Schwytz (§ 38 let. c Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz ; RS-SZ 140.410), Thurgovie (§ 24a Gesetz über den Datenschutz ; RS-TG 170.7), Tessin (art. 32 LPDP ; RS-TI 163.100), Uri (art. 24a al. 1 let. c DSG ; RS-UR 2.2511), Vaud (art. 41 al. 2 LPrD ; RS-VD 172.65), Zurich (§ 40 IDG, RS-ZH 170.4).

par des tiers externes traitant des données pour le compte d'organes soumis à la législation cantonale sur la protection des données. Ces dispositions visent en particulier les prestataires informatiques externes auxquels les organes publics cantonaux auraient recours. L'article 320 CP peut effet se révéler lacunaire sur ce point dans la mesure où, à l'inverse de l'article 321 CP, il vise uniquement les comportements de fonctionnaires (ou membres d'une autorité) et non de leurs auxiliaires. Un projet de modification de l'article 320 CP en vue de soumettre les auxiliaires au secret de fonction est actuellement débattu à l'Assemblée fédérale (*cf. supra* N 494)[1391].

839 Certaines législations cantonales sur la protection des données sanctionnent l'utilisation de données à des fins étrangères à l'accomplissement de tâches légales[1392] ou l'utilisation de données dans un but contraire aux buts pour lesquelles elles peuvent être traitées[1393]. Enfin, les législations des Grisons et de Zoug sanctionnent de manière générale la violation des dispositions du droit cantonal de la protection des données[1394].

VI. Synthèse

840 Comme cela a été indiqué au début du présent chapitre, le droit de la protection des données est un domaine en pleine mutation. Les constatations effectuées ainsi que les conclusions auxquelles je parviens doivent donc être lues avec prudence et comparées avec les évolutions législatives les plus récentes. Les principales constatations du présent chapitre peuvent être synthétisées ainsi :

— La délimitation du champ d'application respectif de la LPD et des législations cantonales sur la protection des données peut se révéler complexe lorsqu'un soignant ou un établissement privé accomplit une tâche publique sur délégation. Dans ces situations, la détermination du droit applicable nécessite un examen individuel minutieux de chaque situation à la lumière des dispositions légales cantonales applicables. Une délégation de tâche publique existe lorsque la réalisation de cette tâche découle de la Constitution ou d'une loi et qu'elle a été déléguée de telle manière

1391 Sur la question de l'utilisation des *clouds* par l'administration, voir : MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 609 ss.

1392 Notamment le canton de Genève (art. 64 LIPAD ; RS-GE A 2 08).

1393 Notamment les cantons de Nidwald (art. 34 kDSG ; RS-NW 232.1), Obwald (art. 16 Datenschutz ; RS-OW 137.1), Saint-Gall (art. 40 al. 1 let. b DSG ; RS-SG 142.1), Schwytz (§ 38 Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz ; RS-SZ 140.410).

1394 Art. 10a KDSG (RS-GR 171.100) ; § 24 IDG (RS-ZG 170.4).

à obliger le délégataire à la réaliser. Dans la mesure où elles sont prévues par le droit cantonal, les clauses d'exception en lien avec la concurrence économique doivent également être prises en compte. En raison de sa nature souvent hybride entre droit privé et droit public, le domaine des soins est particulièrement touché par les difficultés de détermination du droit applicable. Globalement, cette situation est insatisfaisante dans la mesure où elle crée des incertitudes juridiques importantes.

— Les effets extraterritoriaux du RGPD ont, selon mon opinion, une portée limitée dans le domaine des soins en Suisse. Mis à part les cas où des soignants ou cliniques visent spécifiquement une clientèle européenne, les traitements de données effectués dans le domaine des soins en Suisse ne devraient pas être soumis au RGPD, même lorsqu'un patient européen se rend en Suisse pour y suivre un traitement. Il est toutefois nécessaire de rester attentif à cette problématique (télémédecine, publicité au niveau international, etc.).

— Les législations sur la protection des données personnelles s'appliquent uniquement aux données « *personnelles* », c'est-à-dire celles qui se rapportent à des personnes identifiées ou identifiables et non aux données anonymisées. Les développements technologiques ont toutefois rendu l'anonymisation des données plus difficile, en particulier dans le domaine de la santé. Il convient donc de faire preuve d'une attention particulière à cette question.

— La notion de « *données sensibles* » au sens des législations sur la protection des données fait généralement l'objet d'une définition très large et couvre, en pratique, l'ensemble des données en lien avec la santé. Cette tendance est parfois critiquée en doctrine, notamment parce qu'un très grand nombre de données du quotidien (« *Real World Data* ») peuvent aujourd'hui être liées à la santé et qu'un élargissement excessif de la notion de données sensibles aurait potentiellement pour effet d'affaiblir la protection des données de santé véritablement sensibles, par effet de banalisation. En pratique, les distinctions entre données de santé sensibles et moins sensibles se révèlent toutefois délicates.

— Les soignants qui traitent des données personnelles doivent respecter les principes généraux du droit de la protection des données, en particulier les principes de licéité, bonne foi, proportionnalité, finalité, reconnaissabilité ou transparence, exactitude et sécurité.

— Dans le domaine de la santé où les communications de données sont nombreuses et généralement peu réglementées (ex. : communications au sein d'un établissement), le principe de proportionnalité joue un rôle important. Il permet en particulier de limiter les communications et

leur étendue à ce qui est concrètement nécessaire pour la prise en charge du patient.

— Les développements technologiques (*big data* notamment) s'accordent parfois mal avec certains principes du droit de la protection des données (ex. : finalité, proportionnalité).
— Le devoir de discrétion imposé par l'article 35 LPD s'applique principalement aux personnes privées qui prennent connaissance de données personnelles secrètes et sensibles dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données, ainsi qu'aux personnes qui exercent pour le compte de telles personnes ou lors de leur formation chez elles. L'article 35 LPD contribue à combler les lacunes en imposant un devoir de discrétion aux soignants qui ne sont pas soumis au secret par d'autres dispositions (notamment : art. 320 et 321 CP ou droit cantonal sanitaire).
— Aujourd'hui, le devoir de discrétion imposé par l'article 35 LPD s'applique seulement aux données sensibles et secrètes. La doctrine prône toutefois une interprétation du secret similaire à celle appliquée au « *secret* » de l'article 321 CP. La LPD révisée étendra cependant le devoir de discrétion aux données « *secrètes* », sans qu'elles soient nécessairement « *sensibles* » (art. 62 n-LPD). Les sanctions pour la violation du devoir de discrétion seront aggravées (amende de Fr. 250'000.- au plus), mais resteront peu dissuasives.
— Sur le plan cantonal, les dispositions pénales imposant un devoir de discrétion ont une portée limitée puisque ces législations s'appliquent principalement aux fonctionnaires, déjà soumis à l'article 320 CP. Bon nombre de cantons ont toutefois adopté des dispositions pénales visant à sanctionner certains comportements commis par les prestataires informatiques externes qui traiteraient des données pour le compte d'organes publics cantonaux (et qui ne seraient donc pas soumis au secret de fonction). Par ailleurs, certaines législations cantonales contiennent d'autres types de dispositions pénales, sanctionnant par exemple l'utilisation de données à des fins étrangères au but pour lesquelles elles devraient être traitées ou plus largement l'ensemble des comportements contraires aux législations sur la protection des données.

Troisième Partie :
Limitations du secret médical

Chapitre 1 : Introduction

I. Réflexions introductives sur les limitations du secret médical

Le tour d'horizon mené dans la deuxième partie a permis de mettre en lumière le grand nombre d'obligations de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants. Ces devoirs peuvent découler du droit international, du droit pénal fédéral, des législations sanitaires cantonales, du droit disciplinaire fédéral ou cantonal, ou encore des législations fédérale ou cantonales du droit de la protection des données. L'étude des éventuelles obligations découlant du droit contractuel ou du droit général de la protection de la personnalité a été volontairement laissée de côté. 841

Si toutes ces obligations ont un but commun, celui d'imposer le silence, elles diffèrent toutefois sous l'angle de leur champ d'application personnel, de leur portée matérielle (informations protégées), de leurs conditions de poursuite ou encore des sanctions encourues. Avant d'examiner comment ces normes s'articulent entre elles, notamment sous l'angle des concours de normes, et de procéder à une analyse critique du système normatif en vigueur, il convient d'analyser le « *corollaire* » de ces obligations, soit les limites posées à ces devoirs. En effet, même si le secret médical est justifié en soi (théorie des intérêts et justifications éthiques, *cf. supra* N 240 ss) et consacré comme un principe important du droit suisse, il n'est pas absolu et peut être amené à fléchir lorsqu'il est opposé à des intérêts suffisamment importants. Un secret médical dénué d'exceptions se révélerait impraticable et même contre-productif, que ce soit du point de vue du patient ou du système de santé[1395]. 842

A titre liminaire, il paraît utile de rappeler que les traitements de données de patients, par nature personnelles et intimes, entrent dans le champ d'application du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle construit sur la base des articles 10 al. 2 et 13 al. 2 Cst. (*cf. supra* N 324 ss). Cette obligation de respecter le droit à l'autodétermination informationnelle ne s'applique pas uniquement aux organes de l'Etat, mais aussi de manière indirecte 843

1395 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1736.

aux particuliers puisque le législateur est tenu de veiller à ce que la protection des données soit aussi garantie entre les particuliers par le biais de l'article 35 al. 1 et 3 Cst.[1396]. La première observation à prendre en compte pour l'étude des limitations aux devoirs de confidentialité des soignants est par conséquent double :

1. Les atteintes portées par des organes étatiques doivent être justifiées par les conditions posées par l'art. 36 Cst. Elles doivent ainsi reposer sur une base légale, être justifiées par un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité ;
2. Le législateur est tenu d'adopter un cadre légal qui assure le respect des droits fondamentaux des patients en matière d'autodétermination informationnelle dans les rapports entre personnes privées.

844 Aujourd'hui, comme on l'a examiné, un certain nombre de phénomènes « *extra-juridiques* » tendent à mettre sous pression le secret médical, voire à redéfinir sa portée (*cf. supra* N 63 ss).

845 Parallèlement, les différents devoirs de confidentialité imposés aux soignants (selon leur situation : art. 321 CP, art. 320 CP, droit cantonal sanitaire, devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données, etc.) font tous l'objet de restrictions imposées ou autorisées par la loi. La présente partie se concentre sur l'étude de ces différentes limites.

846 La limitation du secret médical peut être appréhendée comme une équation complexe qui met en jeu une pluralité d'intérêts contradictoires et dont la solution – révéler ou ne pas révéler des informations couvertes par le secret – nécessite de procéder à une pesée soigneuse de tous les intérêts en présence[1397]. En faveur de la protection du secret se trouvent (1.) l'intérêt individuel du patient à sa santé et à la protection de sa sphère privée et intime, (2.) l'intérêt public à la santé publique ainsi que (3.) l'intérêt éventuel de tiers à la protection de leur sphère privée et intime (*cf. supra* N 240 ss). En d'autres termes, il faut partir du principe qu'une atteinte au secret médical est susceptible de rompre la relation de confiance entre le patient, les tiers concernés ou le public d'une part et le corps médical d'autre part. Par conséquent, un affaiblissement du secret médical est non seulement susceptible d'engendrer toute une série d'effets négatifs sur la protection de la santé et de la sphère privée des individus, mais il peut aussi porter atteinte à la santé publique, voire causer des risques de discrimination, d'augmentation des coûts de la santé ou l'apparition d'une médecine à deux vitesses (*cf. supra* N 247 ss).

1396 GLASER, *Avis de droit*, p. 5.

1397 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1736.

A l'inverse, les intérêts qui pourraient s'opposer au secret médical sont si nombreux et divers qu'il semble vain d'en dresser une liste abstraite, forcément incomplète. Ceux-ci peuvent notamment relever de la santé publique, de la sécurité publique, d'intérêts économiques, d'intérêts de proches ou d'héritiers, voire de la santé du patient lui-même. On constatera que le législateur a mis en évidence un certain nombre d'intérêts dont la protection a été par principe présumée comme supérieure au maintien du secret[1398] (ex. : pour protéger la santé publique, la législation oblige le médecin à signaler certaines maladies transmissibles[1399]). Face à d'autres intérêts, le législateur s'est contenté d'affaiblir la portée du secret en laissant le soignant libre de décider de communiquer ou non des informations à un tiers s'il l'estime opportun (ex. : pour parer aux risques liés à la circulation routière, le médecin a la faculté de signaler à l'autorité compétente qu'un patient n'est pas apte à conduire en toute sécurité[1400]). 847

Les intérêts en jeu ne se limitent jamais à la confrontation bilatérale de deux intérêts opposés. Ils sont multiples et impliquent une appréciation globale de la situation, souvent délicate en pratique. Une autre difficulté a trait à la nature ambivalente de ces intérêts. Parfois, de manière paradoxale, un même intérêt peut à la fois être avancé pour plaider le maintien du secret et pour justifier sa limitation. L'intérêt individuel à la santé du patient peut par exemple être avancé pour justifier le respect du secret (ex. : le patient doit pouvoir se confier librement à son soignant pour obtenir les meilleurs soins possibles) et pour justifier la communication d'informations couvertes par le secret à des tiers (ex. : des informations doivent être communiquées à d'autres soignants, voire à des proches, pour que le patient reçoive les meilleurs soins possibles). En synthèse, les pesées d'intérêts en matière de secret sont complexes parce qu'elles mettent en jeu des intérêts multiples et ambivalents. 848

L'objet du secret médical, c'est-à-dire l'information couverte par celui-ci, pose également des difficultés en raison de sa nature. Contrairement au transfert d'un bien matériel qu'il suffirait ensuite de réclamer en retour pour en annuler les effets, la révélation d'un secret est difficilement réversible. Le simple acte de révélation du secret brise généralement de manière définitive le secret à l'égard du destinataire. L'information a cela de particulier qu'elle est composée de données, par nature duplicables, fluides et réutilisables. Lorsqu'il s'agit de déterminer si le secret médical doit ou non être levé dans un contexte particulier, il faut donc impérativement prendre en compte le 849

1398 COMTESSE, Revue pénale suisse 1942, p. 267.

1399 Art. 12 LEp.

1400 Art. 15*d* LCR.

sort potentiel des informations communiquées. Selon les situations, des informations initialement couvertes par le secret médical peuvent être communiquées à des personnes qui ne sont soumises à aucune forme de secret (ex. : proches), voire à des personnes qui pourraient être tentées de réutiliser des données en vue d'une finalité différente (ex. : recherche biomédicale). Ces personnes pourraient d'ailleurs à leur tour être contraintes de communiquer les informations reçues à d'autres tiers dans le futur (ex. : stockage des données reçues sur un serveur situé dans la juridiction d'un Etat qui obligerait la révélation des données dans certaines situations). Pour déterminer si le secret médical doit être limité dans une situation particulière, il faut donc non seulement procéder à une pesée globale des intérêts en jeu, mais aussi envisager et prendre en compte les possibilités de réutilisation des données concernées.

850 Une fois les intérêts en conflit identifiés, il s'agit de procéder à leur mise en balance pour déterminer si les intérêts contraires au secret doivent l'emporter sur ce dernier, l'hypothèse du consentement du patient à la révélation étant réservée. En Suisse, selon le devoir de confidentialité et le type de situation en cause, cet exercice est effectué par le législateur (adoption d'exceptions légales au secret), par l'autorité de levée du secret compétente, voire par le soignant lorsque la loi l'autorise à communiquer certains faits aux autorités ou à des tiers. Il n'existe pas de règle fixée pour la manière de procéder à la mise en balance des intérêts. Pour GRAVEN, « *le verdict de la balance pourrait se résumer ainsi : toute violation du secret professionnel est injustifiée si l'intérêt sauvegardé par cette violation n'est au moins aussi important que l'intérêt auquel elle porte atteinte* ». Nous verrons que dans le cas de la levée du secret professionnel par l'autorité au sens de l'article 321 ch. 2 CP, la jurisprudence bien établie du Tribunal fédéral indique que la levée du secret ne peut être ordonnée qu'en présence d'un « *intérêt public ou privé clairement prépondérant* »[1401]. Il s'agit toutefois d'un cas particulier de dérogation qui vise à lever le secret hors des cas prévus par la loi, justifiant certainement l'exigence d'un intérêt particulièrement important. D'un point de vue éthique, BEAUCHAMP/CHILDRESS appréhendent essentiellement les transgressions de la confidentialité médicale à la lumière des risques encourus par des tiers dans une situation donnée[1402]. Pour ce faire, ils préconisent de prendre en compte deux critères : le degré du dommage qui pourrait être causé aux tiers en cas de maintien de la confidentialité (majeur ou mineur) et la probabilité que ce risque survienne (faible ou haute). La présence d'un risque grave et probable

1401 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2 et réf. citées ; ATF 142 II 307 c. 4.3.3 (pour le secret professionnel de l'avocat).

1402 BEAUCHAMP/CHILDRESS, *Principles of Biomedical Ethics*, p. 307.

pour des tiers tend à fonder une dérogation à la confidentialité alors qu'un risque faible et peu probable plaide à l'inverse pour un maintien de la confidentialité. En présence de risques majeurs mais de probabilité faible ou de risques mineurs mais de haute probabilité, il convient d'examiner les circonstances particulières du cas d'espèce, notamment la possibilité d'éviter la survenance du risque par l'intervention d'un soignant. BEAUCHAMP/CHILDRESS reconnaissent toutefois que ces calculs sont souvent difficiles à opérer en pratique.

Il n'existe donc pas de « *marche à suivre* » ou de schéma général qui permettrait de résoudre les conflits d'intérêts en matière de secret médical[1403]. 851
Rappelons encore que les études historiques sur le secret médical démontrent que cette pesée d'intérêts évolue dans le temps et dépend directement du contexte historique, social, technologique ou encore économique (*cf. supra* N 60). Malgré ces difficultés, il est toutefois impératif que la loi offre une protection du secret médical qui assure un équilibre satisfaisant entre sécurité juridique et souplesse. La sécurité juridique, dans le sens où la loi détermine de manière suffisamment précise et prévisible dans quelles situations surviendront des divulgations d'informations couvertes par le secret médical, contribue directement à renforcer l'institution du secret médical[1404]. Elle favorise en effet l'autonomie du patient qui, en théorie du moins, pourrait choisir de communiquer ou non des informations au soignant (voire de consulter ou non un soignant) à la lumière du sort des données qu'il confiera. A l'inverse, une insécurité juridique pourrait vider le secret médical de son sens, le patient n'étant plus à même de déterminer si la confidentialité prévaut ou non dans une situation donnée. Si elle est trop importante, l'incertitude créée pourrait entamer la confiance du patient et/ou du public envers les professions de soins, ce que vise précisément à préserver l'institution du secret médical. Parallèlement, le système légal doit toutefois aussi être suffisamment souple pour appréhender la multitude de situations susceptibles de se présenter et qui pourraient justifier une dérogation au secret médical. En d'autres termes, le secret médical ne doit pas entraver de manière excessive la fourniture des soins.

1403 La conclusion est également valable d'un point de vue philosophique, *cf.* MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 32 s.

1404 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 21.

II. Méthode

852 En droit suisse, le secret médical repose sur une pluralité de devoirs de confidentialité imposés aux soignants selon leur profession et leur statut. S'ils ont tous pour but fondamental d'imposer le silence aux soignants, ces devoirs connaissent des limites différentes. Leur application – fréquemment en concours – est complexe et source de nombreuses incertitudes. Le but de la présente partie consiste à systématiser et décrire les limitations respectives des différents devoirs de confidentialité des soignants. Cet exercice se révélera utile pour l'analyse des conflits de normes.

853 Seront passées en revue les limitations des principaux devoirs de confidentialité « *propres* » (c'est-à-dire qui ne se limitent pas à renvoyer à l'application d'une autre disposition), à savoir : le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP), les devoirs de garder le secret imposés par le droit cantonal sanitaire, les devoirs de discrétion imposés par les législations fédérale et cantonales sur la protection des données[1405] ainsi que le secret imposé par la LAVI[1406]. Les limites aux devoirs disciplinaires ne seront pas abordées ici. Le fondement matériel des devoirs en lien avec la confidentialité repose en effet généralement sur d'autres normes par le biais de renvois (ex. : art. 321 CP). On se limitera à souligner que le juge administratif n'est toutefois pas lié par le jugement pénal, même s'il ne devrait pas se mettre en contradiction flagrante avec la justice pénale[1407].

854 Les rares études menées sur le secret médical au sens large en droit suisse ont analysé les différents devoirs de confidentialité et leurs limites de manière séparée, devoir par devoir[1408]. Or, comme ces différents devoirs sont fréquemment appliqués en concours, il semble opportun d'examiner s'il est

1405 La violation des devoirs de confidentialité imposés par les législations cantonales sur la protection des données est en bonne mesure réprimée par l'article 320 CP (secret de fonction). Il convient toutefois de prendre en compte ces législations dans la mesure où elles déterminent plus généralement comment les organes cantonaux peuvent ou non communiquer des informations.

1406 Pour rappel, les « *autres devoirs* » de garder le secret fondés sur des lois fédérales se limitent à renvoyer aux devoirs de confidentialité imposés par les articles 321 ou 320 CP (ex. : art. 3c LStup, art. 2 al. 1 LCCG), c'est pourquoi seules les limites au devoir de confidentialité imposé par la LAVI sont examinées dans le cadre de la présente partie. Les limites au devoir de confidentialité imposé par l'art. 33 LPGA ne sont pas non plus examinées ici dans la mesure où il a été décidé de limiter le champ de la présente étude aux devoirs de confidentialité imposés aux soignants au sens étroit.

1407 BOINAY, RJJ 1998, p. 24.

1408 *Cf.* par exemple : JENDLY, *Coexistence des secrets*, qui, dans son étude sur le secret médical en milieu carcéral, a d'abord passé en revue le secret de fonction et ses limites (p. 130 ss), puis le secret professionnel et ses limites (p. 157 ss), en y incluant un aperçu du secret médical sous l'angle des législations cantonales romandes (p. 197 ss).

possible de classer leurs différentes limitations par type, puis de les regrouper pour les examiner de manière transversale. Une telle méthode permettra de mettre en lumière les similarités et disparités entre les limites respectives des devoirs de confidentialité.

Classées par devoirs, les différentes limitations peuvent être synthétisées de la manière suivante : 855

— Secret professionnel (art. 321 CP) : consentement, levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance, loi.
— Secret de fonction (art. 320 CP) : consentement (admis sous certaines conditions par la doctrine), levée du secret par l'autorité supérieure, loi.
— Devoirs de garder le secret imposés par les législations sanitaires cantonales : consentement, levée du secret par l'autorité supérieure, loi.
— Devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données (art. 35 LPD et législations cantonales) : consentement, intérêt privé ou public, loi ou essentiellement la loi lorsque les données sont traitées par un organe public.
— Obligation de garder le secret selon la LAVI : consentement, loi.

La majorité des devoirs de confidentialité susmentionnés sont par ailleurs institués sous la forme d'infractions pénales[1409]. Il faut donc ajouter aux limitations mentionnées les motifs justificatifs généraux du code pénal fédéral, en particulier l'état de nécessité licite (art. 17 CP), la légitime défense (art. 15 CP), les actes autorisés par la loi (art. 14 CP) ou encore la protection d'intérêts légitimes.

A l'exception de règles posées par le droit cantonal de la protection des 856
données (solutions diverses selon les cantons) et du secret imposé par la LAVI (pas de mécanisme de levée du secret), les différentes limitations aux devoirs de confidentialité examinés présentent des similarités notables. Le consentement de l'intéressé permet en principe de déroger à tous les devoirs de confidentialité (solution admise par la doctrine sous certaines conditions pour le secret de fonction). La plupart des devoirs de confidentialité peuvent par ailleurs être limités par un mécanisme de pesée des intérêts en présence, que ce soit par une décision de levée prise par une autorité désignée (ex. : art. 321 ch. 2 CP)

1409 On réservera la plupart des législations cantonales sur la protection des données, car elles visent essentiellement des fonctionnaires en principe déjà soumis au secret de fonction (art. 320 CP). Certaines législations imposent toutefois un devoir de discrétion sanctionné pénalement aux personnes susceptibles de traiter des données personnelles pour le compte de l'Etat (*cf. supra* N 837 ss). On réservera par ailleurs les quelques législations sanitaires qui se limitent à imposer un régime de nature disciplinaire pour réprimer la violation du secret médical ou qui ne prévoient pas d'obligation de garder le secret (*cf. supra* N 642 ss).

ou par l'obligation faite à la personne qui communique des données de déterminer s'il existe un motif prépondérant justifiant la communication (ex. : communications de données sensibles au sens des art. 12 et 13 LPD). Enfin, il est également possible de déroger aux différents devoirs de confidentialité par l'adoption de dispositions légales.

857 La systématique « consentement – pesée des intérêts – dérogations légales » peut être comparée à la systématisation générale prévue en droit suisse pour la justification aux atteintes à la personnalité[1410]. L'article 28 CC ou plus spécifiquement l'article 13 LPD dans le domaine de la protection des données personnelles prévoit en effet qu'une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée « *par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* ». Les limitations aux différents devoirs de confidentialité imposés aux patients pourraient ainsi être regroupées selon les critères de cette systématique légale en vue d'être comparées. Toutefois, cette méthode de comparaison – qui place les trois types de limitation sur un pied d'égalité – n'apparaît pas idéale, car elle ne met pas suffisamment en évidence le facteur lié à la gravité des atteintes portées au secret médical en fonction du type de motif justificatif.

858 Une première distinction fondamentale doit à mon sens être opérée entre les limitations admises sur la base du consentement du patient (ou de la personne intéressée) et celles imposées contre sa volonté, voire sans son consentement. Même en admettant que le secret médical serve de manière prépondérante un intérêt public, le consentement du patient comme fait justificatif à la révélation d'un secret a un impact négatif moins important sur les intérêts protégés par le secret médical. En effet, le consentement du patient – pour autant qu'il soit donné de manière efficace, c'est-à-dire qu'il soit libre et éclairé – ne porte en principe pas atteinte au lien de confiance qui sous-tend la relation thérapeutique ni la confiance du public à l'égard du personnel soignant. Le consentement est même l'expression la plus forte de l'autonomie du patient (le patient peut décider s'il veut consulter un soignant et peut décider si des informations seront communiquées à des tiers). A l'inverse, les limitations au secret médical imposées contre la volonté du patient sont susceptibles de porter une atteinte directe aux intérêts protégés par le secret. Elles sont notamment susceptibles d'entamer la confiance des individus et du public à l'égard du personnel soignant. Il semble donc opportun de distinguer le consentement à la communication de données couvertes par le secret d'une part et les exceptions au secret admises sans ou contre le consentement

1410 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 29, qui souligne le parallélisme des limites civiles et pénales de la protection du secret.

de la personne concernée d'autre part. Le chapitre 2 de la présente partie sera ainsi dédié aux limitations des devoirs de confidentialité qui reposent sur le consentement de la personne intéressée.

859 Le chapitre 3 de la présente partie sera quant à lui consacré aux limitations des devoirs de confidentialité sans ou contre le consentement de la personne intéressée. De ce point de vue, il est possible de s'en tenir aux distinctions susmentionnées que sont les dérogations légales d'une part et les mécanismes de pesée des intérêts dans un cas concret d'autre part. Les dispositions légales qui imposent aux soignants de signaler aux autorités des faits qu'ils constatent dans le cadre de leur pratique constituent des exceptions générales et abstraites. Cela signifie que le législateur a procédé à une pesée des intérêts préalable à l'issue de laquelle il a présumé que dans certaines situations données, un intérêt suffisamment important l'emportait sur les intérêts protégés par le secret médical. A l'inverse, la décision d'une autorité de levée du secret professionnel constitue une limitation fondée sur un cas individuel et concret. Les dispositions légales qui autorisent les soignants à communiquer des informations sans toutefois les y obliger doivent être considérées comme hybrides. Elles doivent en effet être prises sur la base de situations concrètes, mais le législateur a préalablement décidé d'affaiblir la portée du secret en laissant les soignants libres de choisir s'ils estiment opportun d'outrepasser le secret ou non.

860 La distinction entre dérogations légales et mécanismes de pesée des intérêts dans le cas concret a essentiellement un effet sur la sécurité juridique. Les limitations générales et abstraites offrent une meilleure prévisibilité et une meilleure sécurité juridique. Elles préservent donc mieux les intérêts protégés par le secret médical puisque le patient peut appréhender la relation thérapeutique avec une meilleure connaissance du sort de ses données[1411]. Quant aux limitations fondées sur une appréciation de chaque cas particulier, elles sont moins prévisibles puisque le patient ignore non seulement si les informations qu'il confie seront ou non divulguées à des tiers dans le futur, mais aussi à quelles conditions elles seront divulguées puisque cette question dépend en bonne partie des circonstances particulières qui justifieront la divulgation dans le futur. Les limitations fondées sur l'analyse du cas individuel et concret permettent toutefois une analyse plus fine du contexte ainsi qu'une meilleure préservation et optimisation de tous les intérêts en présence[1412].

861 Du point de vue de la structure, le chapitre 3 abordera dans un premier temps les mécanismes légaux de pondération des intérêts dans des cas

1411 MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 288.

1412 *Ibid*.

concrets (chap. 3.I). La seconde section du chapitre sera consacrée aux principales dérogations légales aux devoirs de confidentialité (chap. 3.II). J'ai décidé de traiter dans une seule et même section les obligations et les facultés d'annonce. Ce choix est certes dicté par des considérations d'ordre pratique, mais il se justifie aussi par le fait que l'inscription des « *facultés* » d'annonce dans la loi leur confère déjà une certaine prévisibilité. La distinction entre dérogations obligatoires et facultatives fera toutefois l'objet d'une attention particulière. Comme les différents devoirs de confidentialité en jeu ont pour la plupart un fondement de nature pénale, les motifs justificatifs généraux du code pénal feront également l'objet d'un examen distinct sous la section dédiée aux dérogations légales. Enfin, le quatrième et dernier chapitre sera consacré à la synthèse et à l'analyse des résultats obtenus tout au long de la présente partie.

Chapitre 2 : Limitations du secret par le(s) consentement(s)

I. Consentement et secret professionnel (art. 321 CP)

862 Le « *consentement* » à la levée du secret professionnel est le premier des motifs justificatifs spéciaux mentionnés par l'article 321 CP. Il confère une portée relative au secret, par opposition à la conception absolue selon laquelle seul le professionnel a le pouvoir de déterminer si le secret doit être révélé ou non. Lors des travaux d'adoption du code pénal, une minorité de parlementaires influencés par le droit français alors en vigueur avait souhaité supprimer la possibilité du consentement. Cette proposition avait été écartée, tout comme la proposition de soumettre le consentement à la forme écrite (*cf. supra* N 351).

863 Le bien-fondé du consentement en tant que motif justificatif à la dérogation du secret professionnel est aujourd'hui unanimement admis. Sous l'angle pénal, il est une concrétisation du principe général *volenti non fit iniuria* selon lequel un acte n'est en principe pas répréhensible si la victime y a consenti[1413]. Outre le fait qu'il concrétise le droit à l'autodétermination du patient (art. 10 al. 2 et 13 Cst.), il se justifie déjà pour la simple et bonne raison que le patient – maître du secret – peut lui-même décider de communiquer son secret à des tiers ou même de le rendre public[1414]. Le patient peut donc unilatéralement décider de faire perdre la qualité de secret aux informations concernées.

864 Aujourd'hui, le consentement constitue le motif de dérogation au secret professionnel le plus fréquent. Le soignant qui entend communiquer des informations couvertes par le secret professionnel à des tiers devrait en premier lieu tenter d'obtenir le consentement du maître du secret. Ce procédé est celui qui porte le moins atteinte à la relation thérapeutique. Il est donc préférable d'un point de vue déontologique. Certains auteurs parlent à cet

1413 ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 9.

1414 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 43.

égard de « *règle d'or* »[1415]. L'article 321 CP reste toutefois muet quant aux modalités du consentement et il appartient donc à la jurisprudence de déterminer ses contours.

A. Droit de consentir

865 Selon la lettre de l'article 321 ch. 2 CP, le droit de consentir à la levée du secret professionnel appartient à « *l'intéressé* ». La doctrine assimile généralement la notion d'intéressé à celle de « *maître du secret* »[1416]. D'ordinaire, le maître du secret est le patient qui se confie à son soignant.

1. Les tiers

866 La situation devient toutefois plus complexe à partir du moment où d'autres personnes entrent en jeu. Différents types de situations sont envisageables :

1. Plusieurs personnes consultent ensemble un soignant et lui confient ensemble des informations secrètes. Ces informations peuvent concerner un, plusieurs ou l'ensemble des membres du groupe.
2. Un patient ou un groupe de patients confie au soignant des informations secrètes concernant un ou des tiers non parties à la relation thérapeutique.
3. Un tiers confie au soignant des informations secrètes concernant un patient ou un groupe de patients.

867 En 1971, le Tribunal fédéral avait affirmé que seul le patient était maître du secret[1417]. Il s'agissait d'une affaire de divorce dans laquelle l'épouse demanderesse souhaitait faire témoigner son médecin sur les relations entre les parties, soit des faits constatés par le médecin dans le cadre de sa pratique. Contrairement à la solution adoptée par la dernière instance cantonale, le Tribunal fédéral a jugé que pour témoigner, le médecin n'avait pas à se faire délier du secret par l'époux défendeur dans la mesure où ce dernier n'était pas le patient[1418]. Aujourd'hui, la doctrine majoritaire rejette cette solution

1415 MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2048 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 146 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 28 ; TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 10.

1416 STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 461 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 28 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 38.

1417 ATF 97 II 370.

1418 ATF 97 II 370 : « *Die Auffassung der Vorinstanz, wonach die Zustimmung des Ehemannes der Patientin notwendig wäre, um ihren Arzt vom Berufsgeheimnis zu entbinden, erscheint indessen als abwegig. Durch das Arztgeheimnis geschützt ist allein der Patient, hier also die Klägerin. Der Patient ist der Berechtigte.* »

et prône l'élargissement de la notion de « *maître du secret* » aux tiers concernés par le secret, à juste titre[1419]. Sous l'angle du secret médical à tout le moins, nier la qualité de maître du secret aux tiers pourrait en effet avoir des conséquences fâcheuses et susciter une méfiance du public à l'égard des professions de soins. Notons d'ailleurs que, à l'époque déjà, les sources citées par le Tribunal fédéral à l'appui de son raisonnement ne soutenaient pas la solution choisie par ce dernier[1420].

868 L'analyse de la doctrine sur cette question permet de mettre en évidence deux critères susceptibles d'être pris en compte pour déterminer qui doit être considéré comme maître du secret et donc qui peut ou doit consentir à la levée du secret. Le premier critère est celui de l'intérêt dans le sens où une personne devient maître du secret dès qu'elle est concernée par le secret et qu'elle a un intérêt à ce que les faits concernés restent secrets. Le second critère est celui de la personne du « *confident* », dans le sens où le maître du secret est celui qui a confié les faits secrets.

869 Certains auteurs recourent uniquement au critère de l'intérêt et désignent comme maître du secret toute personne intéressée à garder le secret, sans qu'il s'agisse nécessairement de la personne qui a communiqué l'information[1421]. Ainsi, lorsqu'il y a plusieurs intéressés, le consentement de tous les intéressés serait nécessaire, sans égard au fait qu'ils revêtent ou non le statut de patient[1422]. Dans ce type de situations, chacune des personnes concernées par les faits secrets dispose donc d'un droit de veto sur la révélation des faits[1423]. A l'inverse, d'autres positions doctrinales généralement plus anciennes se fondent principalement sur le critère du « *confident* » pour affirmer que seul celui qui a confié l'information (patient ou tiers) est en droit de consentir à la levée du secret[1424]. GRAVEN, qui préconise cette solution, réserve toutefois

1419 Parmi d'autres : JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 167 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 138 s.

1420 Dans l'ATF cité 75 IV 75 c. 3, le Tribunal fédéral avait uniquement constaté que la seule présence d'un tiers lors d'une consultation ne permettait pas à ce tiers de devenir maître du secret et de délier le médecin à la place du patient. Par ailleurs, LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. 321 N 8, également cité par le Tribunal fédéral, se contente d'expliquer que l'intéressé est « *celui qui a droit au secret : par exemple le client de l'avocat ou le patient du médecin astreint au secret professionnel* » (souligné par moi-même).

1421 Par exemple : CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 44 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, p. 461 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 137 s ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 35 ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 20 ss.

1422 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 167 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 196 ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 35.

1423 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 196.

1424 HEIM, *Le secret médical dans le Code pénal suisse*, p. 92 ; GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1739. Pour une solution assez alambiquée, mais qui se base principalement sur le critère du confident : LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 74.

les cas où l'information n'aurait pas été confiée mais découverte par le soignant, auquel cas c'est la personne concernée par l'information (patient ou tiers) qui peut consentir[1425]. Un troisième groupe d'auteurs préconise de recueillir dans tous les cas le consentement du patient et, si un tiers est directement touché par le secret, le consentement de ce tiers également[1426]. Ces auteurs mettent en avant la nécessité de protéger le lien de confiance entre le patient et le soignant. Même si les informations ne concernent pas directement le patient, le lien de confiance établi avec son soignant serait mis à mal si le soignant divulguait des informations recueillies dans le cadre de la relation qui le lie avec son patient.

870 L'avis du troisième groupe d'auteurs apparaît comme le plus convaincant. A partir du moment où le secret confié concerne plusieurs personnes (patient(s) et/ou tiers), il doit être qualifié de « *collectif* » (sur cette question, *cf. infra* N 236 ss). Dans ce contexte, les tiers qui ont un intérêt suffisant à ce que les informations qui les concernent soient gardées confidentielles doivent eux aussi être qualifiés de maîtres du secret et doivent donc consentir à la levée du secret[1427]. Leur nier ce droit entamerait directement la confiance du public envers les professions de la santé. Parallèlement, il est important que le soignant qui souhaite communiquer des informations recueillies dans le contexte de la relation thérapeutique de base obtienne le consentement du patient s'il entend communiquer ces informations. Lorsque le patient confie à son soignant des informations relatives à des tiers, il le fait dans le contexte privilégié de la relation thérapeutique. Si le soignant se passe du consentement du patient pour révéler de telles informations, il porte directement atteinte à la relation de confiance établie avec son patient. Avant de communiquer une information secrète qui concerne un tiers, il semble donc nécessaire de recueillir cumulativement les consentements du patient et du tiers.

871 L'exigence du double consentement du patient et du tiers intéressé ne saurait toutefois être appliquée de manière absolue et des exceptions doivent être admises dans deux cas au moins. Ainsi, le consentement du patient à la révélation d'un secret n'est pas nécessaire lorsque ce secret a été confié par

1425 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1739.

1426 Notamment : MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 148 s et réf. citées. Dans un sens apparemment similaire : REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 348 s, qui se contente d'affirmer que si un tiers est concerné par les faits, son consentement doit aussi être obtenu. KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 138, reconnaît cette problématique et estime souhaitable d'obtenir le consentement du patient sans toutefois en faire une condition de validité de la levée du secret.

1427 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 36, qualifie ces tiers de « *maîtres du secret par procuration* ».

un tiers et qu'il concerne exclusivement ce tiers. En effet, dans ce cas, la divulgation de faits qui concernent uniquement le tiers ne porte pas atteinte à la relation thérapeutique entre le patient et le soignant. Lorsque le soignant souhaite communiquer des informations confiées par le tiers, qui concernent à la fois le tiers et le patient et dont le patient n'a pas connaissance, le soignant devrait toutefois obtenir le double consentement du tiers et du patient. Le soignant s'apprête en effet à divulguer des informations qui concernent aussi le patient. Si le patient n'a pas connaissance des informations concernées, le soignant devrait d'abord demander au tiers s'il peut porter celles-ci à la connaissance du patient avant de requérir le consentement du patient à leur communication[1428].

872 Par ailleurs, pour des raisons essentiellement pratiques, le consentement du tiers devrait uniquement être exigé lorsque le tiers présente un intérêt suffisamment important à garder secrètes les informations qui le concernent. A cet égard, il apparaît opportun de se montrer plus strict pour la reconnaissance du statut de « *maître du secret* » à l'égard des tiers que pour celui du patient. Dans la pratique, les soignants collectent en effet un nombre d'informations important sur les proches et l'exigence de recueillir le consentement des proches pour toutes les informations qui concernent ces derniers entraverait de manière excessive le bon fonctionnement du système de soins.

873 En appliquant ce raisonnement, les trois situations préalablement présentées devraient à mon sens être résolues de la manière suivante :

1. Lorsque plusieurs personnes consultent ensemble un soignant et lui confient ensemble des informations secrètes, chacune d'entre elles doit être considérée comme « *patient* » (secret collectif avec pluralité de maîtres du secret). Comme le lien de confiance est établi entre le soignant et ces personnes comprises comme un groupe, le consentement de chacune d'entre elles est nécessaire. Dans certaines thérapies de groupe, notamment les thérapies familiales, il arrive que le soignant entende les personnes ensemble et séparément. Lorsque des informations sont confiées en aparté, le soignant peut se contenter du consentement de la personne qui les a confiées si ces informations ne concernent que cette personne. Si les informations confiées concernent

1428 Cette manière de faire est ainsi compatible avec la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle « *les informateurs peuvent également faire valoir un intérêt légitime à ce que les renseignements qu'ils ont donnés au médecin traitant de la clinique soient tenus secrets. Ils doivent pouvoir compter que ces informations versées au dossier médical ne seront pas systématiquement dévoilées au patient et qu'il ne leur en sera pas tenu rigueur par la suite* » : ATF 122 I 153 c. 6c, JdT 1998 I 194.

aussi les autres patients du groupe, le soignant doit obtenir le consentement des autres patients concernés. Cette solution peut certes causer des difficultés pratiques, mais une communication sans consentement des autres patients concernés est difficilement admissible.

2. Lorsqu'un patient ou un groupe de patients confie au soignant des informations secrètes concernant un ou des tiers non parties à la relation thérapeutique, le soignant qui entend révéler les informations relatives au tiers doit obtenir le double consentement du patient (ou du groupe de patients) et du tiers. Le soignant doit veiller à ne pas violer le secret lorsqu'il tente d'obtenir le consentement du tiers. Dans ce type de situation, le tiers doit toutefois présenter un intérêt suffisamment élevé à garder le secret, faute de quoi le soignant peut se contenter du consentement du patient (ou du groupe de patients).
3. Lorsqu'un tiers confie au soignant des informations secrètes concernant un patient ou un groupe de patients, le soignant doit obtenir le consentement des patients concernés par l'information s'il entend les divulguer. Si l'information concerne aussi le tiers et que ce tiers possède un intérêt suffisamment élevé au secret, le soignant doit également obtenir le consentement du tiers.

874 Notons que les conclusions qui précèdent s'appliquent essentiellement au secret « *médical* ». Dans le cadre du secret de l'avocat par exemple, des solutions différentes pourraient s'appliquer eu égard aux intérêts spécifiquement protégés par ce secret. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé que le secret professionnel de l'avocat se limitait à la protection du lien de confiance entre l'avocat et son client[1429]. La doctrine s'est toutefois montrée critique face à cette décision et plaide généralement pour l'élargissement de la protection du secret de l'avocat à des tiers dans certaines situations[1430]. Eu égard aux différences d'intérêts protégés par le secret de l'avocat et par le secret médical, il semble toutefois difficile d'appliquer *mutatis mutandis* les solutions trouvées pour un secret ou pour l'autre.

2. Capacité de discernement et représentation

875 Le consentement à la levée du secret professionnel est un droit strictement personnel au sens de l'article 19*c* CC[1431]. Il est donc valablement donné par

1429 Arrêt du TF 1B_596/2012 du 14 février 2013 c. 2.4.

1430 Sur cette question, voir en particulier : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 113.

1431 Parmi beaucoup d'auteurs : MEIER, RMA 2018, p. 457 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 141 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 40 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 140 ;

une personne mineure ou qui fait l'objet d'une mesure de protection de l'adulte dès lors que cette personne est capable de discernement[1432]. La capacité de discernement est présumée (art. 16 CC). La personne concernée doit être capable de discernement au moment où elle donne son consentement, c'est-à-dire qu'elle doit être capable de comprendre la signification de la levée du secret et être en mesure de décider si elle veut consentir à celle-ci[1433]. En pratique, le respect de la volonté d'un mineur de garder le secret à l'égard de ses parents est parfois difficile à mettre en œuvre, notamment en raison du fait que le contrat d'assurance-maladie est conclu par les parents[1434].

876 En cas d'incapacité de discernement, le consentement peut être donné par le représentant légal. Cette question a fait l'objet de controverses par le passé[1435], mais la doctrine largement majoritaire admet aujourd'hui que le droit de lever le secret professionnel est un droit strictement personnel susceptible de représentation[1436]. Quelques auteurs estiment toutefois que le consentement ne devrait pas pouvoir être donné par le représentant légal lorsque la communication porte sur la sphère intime du maître du secret[1437]. Avec GUILLOD et MEIER, j'estime que ce point de vue n'est pas fondé en matière de secret médical[1438]. La nature des informations traitées dans le contexte médical est en principe intime. En suivant un tel raisonnement, on exclurait la possibilité de consentir à la levée du secret par un tiers. Le représentant légal devrait toutefois uniquement être autorisé à délier le soignant s'il entend

BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 37-38 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 196 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 140.

1432 MEIER, RMA 2018, p. 457 ; PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 207 ; BÜCHLER/HOTZ, AJP/PJA 2010, p. 568 s ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 196 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 40 ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 24 ; BRANDA, Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese 1998, p. 410 ; CEREGHETTI, Revue médicale suisse 2006, p. 684.

1433 FILLI, BJM 1987, p. 64 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 140.

1434 JUNOD, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 36 ss.

1435 *Cf.* par exemple : HAFTER, *Strafrecht*, vol. 2, p. 857 et LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, p. 782, qui jugeaient douteux que le représentant légal puisse consentir à la levée du secret en raison de la nature hautement personnelle du droit de délier le détenteur du secret.

1436 MEIER, RMA 2018, p. 457 et réf. citées en note 7 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 166.

1437 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 45 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 40 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 28.

1438 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 197, pour qui il paraît « *préférable de ne pas limiter* a priori *la faculté du représentant légal de délier le médecin, mais d'exiger strictement de sa part qu'il ne le fasse que pour protéger des intérêts prépondérants du patient* » ; MEIER, RMA 2018, p. 457-458.

protéger des intérêts clairement prépondérants du patient[1439]. Dans ce cadre, le représentant légal doit veiller à respecter les droits de la personnalité de la personne incapable et prendre en compte sa volonté présumée[1440].

877 Reste encore à déterminer qui doit être considéré comme représentant apte à consentir à la levée du secret professionnel. Il est nécessaire à cet égard que le droit de consentir à la levée du secret entre dans le champ des pouvoirs de représentation[1441]. Pour les mineurs incapables de discernement, il s'agit des détenteurs de l'autorité parentale. Pour les majeurs incapables de discernement, le pouvoir de consentir à la levée du secret professionnel pour le compte d'une personne représentée peut reposer sur différents fondements. Dans le domaine médical, il peut d'abord reposer sur des directives anticipées ou un mandat pour cause d'inaptitude, dès lors que ces différents instruments attribuent un tel droit dans le cas particulier[1442]. Le pouvoir de consentir à la levée du secret doit pouvoir être déduit de ces instruments, le cas échéant par voie d'interprétation. Il peut également reposer sur une mesure de curatelle, pour autant toutefois que la curatelle englobe un tel droit de représentation. C'est toujours le cas en présence d'une curatelle de portée générale. Pour les autres types de curatelles, le droit de consentir à la levée du secret doit pouvoir être déduit des tâches confiées, étant entendu que la seule mention d'une représentation dans le domaine médical par référence aux articles 377 et 378 CC ne suffit en principe pas[1443]. Cette affirmation doit être rattachée à la question controversée de savoir si les proches représentants au sens de l'article 378 al. 1 ch. 2-7 CC sont autorisés ou non à consentir à la levée du secret professionnel pour le compte du patient incapable de discernement. Selon la lettre de l'article 378 al. 1 CC, les proches représentants mentionnés dans la liste en cascade de cette disposition sont « *habilités à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel* ». MEIER a procédé à une analyse approfondie sur l'interprétation à donner à cette formulation[1444]. Il parvient à la conclusion que la levée du secret professionnel n'est pas comprise dans les pouvoirs des proches représentants légaux au sens de l'article 378 al. 1 ch. 3-7, à l'exception des cas où la levée du secret est précisément en lien avec la décision médicale

1439 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 197.

1440 MEIER, RMA 2018, p. 458.

1441 *Ibid*.

1442 *Idem*, p. 467.

1443 *Ibid*.

1444 *Idem*, p. 462 ss.

à prendre (ex. : consentement à la communication de données pour permettre la prise en charge par un spécialiste). En d'autres termes, le proche représentant peut délier le soignant à la place du patient incapable de discernement si cela entre dans sa mission de « *consentir ou non aux soins médicaux* » (art. 378 al. 1 CC). Le fait que les tiers représentants soient autorisés à être renseignés sur les aspects pertinents du traitement envisagé (art. 377 al. 2 CC) ne les autorise pas non plus à consentir à la levée du secret. Cette interprétation proposée par MEIER est restrictive et comporte des problèmes pratiques indéniables, notamment du point de vue de la bonne prise en charge des personnes incapables de discernement qui n'ont pas (encore) de représentants disposant du pouvoir de lever le secret en leur nom. Elle doit toutefois être suivie dans la mesure où elle s'accorde avec la volonté du législateur de limiter la représentation à l'acte de consentir ou non aux soins médicaux. L'extension du pouvoir du tiers au droit de consentir à la levée du secret professionnel en dehors des cas étroitement liés à la décision médicale semble en effet difficilement compatible avec le droit en vigueur et nécessiterait une modification législative en ce sens. Enfin, comme le souligne encore MEIER, il faut garder à l'esprit que depuis le 1er janvier 2019, l'autorité de protection de l'adulte peut elle-même requérir la levée du secret professionnel du soignant auprès de l'autorité compétente[1445]. Elle pourra notamment le faire lorsqu'un proche du patient le requiert. Cela devrait rendre moins compliquées les situations de blocage.

878 Etant donné son caractère strictement personnel, le droit de consentir à la levée du secret professionnel ne peut pas être exercé par les proches ou les héritiers d'une personne décédée[1446].

B. Objet, limites et vices du consentement

879 En théorie du moins, le consentement à la levée du secret doit être libre et éclairé (sur cette notion, *cf.* au surplus les développements sur le consentement libre et éclairé prévu par la LPD, *infra* N 913 ss). Ces critères sont assimilables à ceux qui s'appliquent en matière de consentement aux soins[1447]. Ainsi, pour consentir valablement, le patient (ou son représentant habilité à consentir à sa place) doit en principe « *connaître* » l'objet de la révélation, l'identité des parties à la communication (notamment le destinataire), ainsi que le

1445 *Idem*, p. 467.

1446 ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 30 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 599.

1447 KUHN, BMS 2001, p. 1710.

but et les conséquences de la communication. A la lumière de ces éléments, il doit ensuite « *vouloir* » délier le soignant de son secret[1448]. Le patient est donc entre autres libre de déterminer l'étendue des informations révélées[1449].

880 Puisqu'il doit par principe intervenir de manière libre et éclairée, le consentement à la levée du secret ne doit pas être affecté d'un vice de la volonté. La menace, la tromperie, la contrainte, la ruse, l'erreur grave sur le contenu du secret ou sa révélation constituent par exemple des vices susceptibles d'invalider ce consentement[1450].

881 Le consentement ne doit pas non plus être contraire au droit ou aux bonnes mœurs. Il ne saurait donc être constitutif d'un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC. Il s'agit à mon sens d'une condition de validité du consentement à la levée du secret professionnel sous l'angle pénal[1451]. La détermination de ce qui constitue ou non un engagement excessif en matière de levée du secret professionnel (et médical en particulier) est une question controversée[1452]. Celle-ci se pose notamment pour déterminer si un patient est habilité à consentir à une renonciation générale au secret médical. Sur cette question, les positions doctrinales peuvent être systématisées ainsi :

— Un premier groupe d'auteurs soutient qu'une levée générale du secret professionnel déliant tous les médecins présents et futurs pour le présent et l'avenir serait contraire à l'article 27 al. 2 CC et donc nulle[1453]. Pour ces auteurs, une renonciation totale au secret serait imprévisible et donc contraire à la protection de la personnalité. La levée du secret doit donc intervenir dans une situation concrète. Les avis exprimés sont

1448 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 166 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 197 ; KUHN, BMS 2001, p. 1710.

1449 A cet égard, le Tribunal fédéral a par exemple rappelé que le médecin-conseil auquel faisait appel un employeur pour évaluer la capacité de travail d'un employé était soumis au secret professionnel et que la communication de son rapport à l'employeur dépendait de l'existence du consentement du travailleur et de son étendue : ATF 143 IV 209 c. 1.2, JdT 2017 IV 367.

1450 ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 30 ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 38 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 140.

1451 ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 43.

1452 Pour un examen approfondi de cette question en particulier : ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 33 ss.

1453 BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 39 s ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 34 ; BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 151 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 141 ; SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 88 s ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 155 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 597 ; POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, p. 153 s ; ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 13-14 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 349.

généralement plus anciens que ceux du second groupe d'auteurs, mais ils sont pour la plupart contenus dans des publications plus approfondies sur la question spécifique du secret médical.

— Un second groupe d'auteurs fait à l'inverse mention de la possibilité de donner un consentement sans réserve (« *vorbehaltlose Einwilligung* »)[1454]. Pour ces auteurs, l'exigence de limiter le consentement à des faits particuliers et à une situation particulière s'applique seulement si le maître du secret n'a pas renoncé complètement au secret. Dans cette dernière hypothèse, l'élément constitutif de l'existence d'un secret ferait défaut et la protection du secret sortirait du champ de protection conférée par le droit pénal.

L'argumentation du premier groupe d'auteurs apparaît comme la plus convaincante. L'admission d'une renonciation totale au secret médical pour le présent et l'avenir porte non seulement une atteinte difficilement justifiable à la personnalité du patient, mais elle heurte aussi directement les intérêts publics protégés par le secret médical. Ainsi, admettre que des soignants puissent communiquer ou publier des informations relatives à la santé de leurs patients alors même que ces patients n'avaient pas connaissance de tels faits ou ne pouvaient pas envisager ceux-ci au moment du consentement est propre à entamer la confiance du public envers les professions de soins. Il faut donc admettre que le consentement à la levée du secret professionnel ne peut pas être donné sans limites, mais doit se limiter à des situations particulières. Une clause contenue dans les conditions générales d'un contrat d'assurance par laquelle l'assuré/patient s'engage de manière générale à délier tous ses médecins à l'égard de l'assurance dans le futur doit par conséquent être qualifiée de nulle[1455]. Cela n'empêche toutefois pas un patient de consentir à des communications futures, même lorsqu'elles sont répétées sur une longue période. Il faut toutefois que le patient soit en mesure d'envisager les communications concernées et leur contexte avec un degré de précision suffisant. Enfin, la problématique du consentement général à la levée du secret ne doit pas être confondue avec la renonciation à garder un fait secret. Ainsi, un patient peut décider de publier son dossier médical sur internet et lui ôter la qualité de secret[1456]. L'acte de publier un dossier médical n'équivaut toutefois

1454 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 28 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 598 s ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, § 61 N 22 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 22.

1455 GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 96 ; PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 205.

1456 TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 10.

pas à une renonciation à garder secrets des faits qui surviendraient dans le futur et dont le patient n'a pas connaissance. Les deux situations ne peuvent donc pas être assimilées.

882 Dans le contexte du consentement à la levée du secret, la conséquence d'un engagement excessif au sens de l'article 27 al. 2 CC est la nullité, et non la révocabilité[1457]. Cette nullité doit être partielle s'il est possible de distinguer la partie excessive de l'engagement de sa partie admissible. Le cas échéant, il faut encore examiner si le patient aurait consenti à la levée du secret pour la partie admissible. Cette volonté doit s'examiner par voie d'interprétation, non seulement sur la base de la manifestation réelle du consentement, mais également à la lumière du contexte général.

883 L'exigence du consentement libre et éclairé suscite des difficultés pratiques. Dans le domaine médical en particulier, il n'est pas rare que le patient dispose seulement d'une connaissance incomplète ou erronée du contenu de son dossier médical (ou de ses dossiers médicaux) en raison des modalités d'accès à celui-ci et de la nature scientifique des informations contenues. Il faut encore mentionner les situations où le patient ne connaît pas l'information médicale parce qu'il aurait exercé son « *droit de ne pas savoir* ». Bien qu'elle se révèle critiquable sous un angle purement dogmatique, il faut admettre, pour des raisons pratiques, que le patient peut délier le médecin de son secret pour la communication d'informations dont il ne connaît pas entièrement le contenu. Pour consentir valablement, le patient devrait néanmoins être en mesure d'envisager à qui ces informations sont communiquées et dans quel but (ex. : prise en charge d'un traitement par une assurance).

884 En pratique, de nombreuses communications de données couvertes par le secret médical reposent sur le consentement du patient. Il en va par exemple ainsi des communications au sein du personnel d'un même établissement en vue de la bonne prise en charge du patient. Dans ces cas, notamment lorsque le consentement est donné de manière tacite, il est difficile de déterminer si le patient est en mesure d'envisager les enjeux des communications ou même les destinataires de celles-ci.

C. Forme et destinataire du consentement

885 Le consentement à la levée du secret professionnel est une manifestation de volonté unilatérale soumise à réception[1458] pour laquelle aucune exigence

1457 A ce sujet : ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 44 ss.

1458 FILLI, BJM 1987, p. 64 ; ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 9.

de forme n'est prévue[1459]. Le consentement peut donc être donné par écrit, par acte authentique, par oral, par actes concluants ou de manière tacite[1460]. A des fins de preuve et si les circonstances l'exigent, le soignant serait bien avisé de consigner dans le dossier médical les consentements donnés sous une forme non écrite[1461].

886 Le consentement écrit doit indiquer quelles informations sont concernées et à qui elles peuvent être révélées. Il peut valablement figurer dans un formulaire préimprimé à la condition que la clause de libération du secret apparaisse particulièrement en évidence[1462]. Idéalement, la clause devrait être spécifiquement approuvée par l'apposition d'une signature figurant à côté de la clause, de telle manière à s'assurer que le signataire a bien été rendu attentif à son contenu.

887 Le consentement par actes concluants est par exemple donné lorsque le patient requiert le témoignage de son médecin[1463] ou lorsqu'il entre dans un établissement médico-hospitalier en vue d'y être admis. En agissant de la sorte, le patient accepte par actes concluants que des informations le concernant soient échangées entre le personnel médical ou non de l'établissement en vue d'assurer sa prise en charge. Comme l'a jugé le Tribunal fédéral, on ne peut toutefois pas déduire du seul fait qu'un employé se soumette à l'expertise d'un médecin-conseil mandaté par l'employeur que l'employé consent sans autre à ce que l'ensemble des constatations médicales – en particulier le diagnostic – soient transmises à l'employeur[1464]. On peut toutefois déduire du fait qu'un employé se soumette à une expertise qu'il consent à ce que les informations nécessaires pour atteindre le but visé par l'expertise (et seulement ces données) soient communiquées à l'employeur[1465]. Par exemple, si l'expertise vise à déterminer la capacité de travail d'un employé, l'expert doit se contenter de communiquer à l'employeur le degré et la durée de l'incapacité, la possibilité d'exécuter certaines tâches ou le type d'incapacité (maladie, accident ou maternité)[1466].

1459 ATF 98 IV 217 ; arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.3.1. Parmi beaucoup d'auteurs : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 144 ; RUSSEK, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 45 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 144 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 28.

1460 ATF 98 IV 217 c. 2. GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 144 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 168.

1461 PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 205 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 349.

1462 PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 205.

1463 ATF 97 II 369.

1464 ATF 143 IV 209 c. 2.3, JdT 2017 IV 367.

1465 SCHULTHEISS/LEHMANN, Jusletter 27 août 2018, N 17.

1466 *Ibid.*

888 En principe, le patient qui ne s'oppose pas à une communication qui lui est annoncée consent de manière tacite. Pour que le consentement tacite soit efficace, il faut que le patient soit en mesure de s'opposer à la communication sans rencontrer d'entrave trop importante. Un consentement tacite peut ainsi être retenu lorsqu'un soignant informe le patient qu'il va transmettre son dossier à un médecin spécialiste et que le patient ne réagit pas. Ce qui caractérise le consentement par actes concluants et le consentement tacite, c'est que dans les deux cas le patient a connaissance de la communication ou, à tout le moins, peut l'envisager avec un certain degré de certitude.

889 Dans l'hypothèse où le patient n'a pas connaissance de la communication, l'admission d'un consentement pourrait uniquement intervenir par le biais d'un consentement présumé (hors des communications autorisées par la loi). L'admission du consentement présumé comme motif justificatif à la révélation du secret professionnel est une question discutée en doctrine. Par principe, le consentement présumé ne devrait pas être admis, même lorsqu'il intervient dans l'intérêt du patient, car il n'offre pas au patient la possibilité de se déterminer sur la communication et de protéger son intérêt individuel au maintien du secret[1467]. La doctrine l'admet toutefois sous certaines conditions, en particulier dans les situations d'urgence où le patient est inconscient[1468]. Selon KELLER[1469], le consentement présumé à la levée du secret est uniquement admissible si, pour des raisons factuelles, il n'est pas possible de l'obtenir auprès du patient (ex. : le patient est inconscient) et que le patient aurait consenti à la levée s'il avait été en mesure de s'exprimer. De son côté, le soignant doit également se limiter à agir dans l'intérêt du patient. En pratique, il est souvent difficile de déterminer si le patient aurait consenti ou non à une communication ou si l'intérêt du patient dicte effectivement une communication. Sauf circonstances particulières, on admet généralement qu'un soignant peut communiquer aux personnes les plus proches du patient que ce dernier a subi un accident et qu'il a été hospitalisé dans un état inconscient. Il ne peut toutefois pas communiquer un diagnostic grave à des proches plutôt qu'au patient[1470]. Un soignant peut en principe également fournir des

1467 En ce sens : GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198.

1468 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 351 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 145 s ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 156 ; TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 10 s ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 48 s ; AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 464 s ; FILLI, BJM 1987, p. 56 ; GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 95, qui excluent pour leur part le consentement présumé pour les communications aux proches s'il n'existe pas d'indices concrets d'une telle volonté.

1469 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 145 s.

1470 AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 19.

renseignements à la police lorsque le patient a été victime d'une infraction suite à laquelle il a été hospitalisé dans un état inconscient et que la communication de renseignements est urgente pour l'enquête[1471]. Ces exceptions ne doivent toutefois être admises qu'avec une grande retenue, et uniquement à titre subsidiaire[1472]. La seule existence d'un intérêt à ce que des informations soient communiquées à des tiers n'est pas suffisante[1473]. On ne saurait par exemple recourir au consentement présumé pour justifier des communications à un prestataire informatique externe, à des professionnels de santé externes ou à des proches (ex. : les parents d'un patient mineur capable de discernement) dans une situation qui ne présente pas de circonstances particulières[1474]. Il ne faut pas perdre de vue que le secret professionnel ne protège pas seulement l'intérêt individuel du patient, mais aussi la confiance du public envers les professions de la santé.

890 Dans une conception classique, le patient ou son représentant autorisé délie le professionnel de son secret en lui adressant directement son consentement. La loi reste toutefois muette sur le destinataire du consentement et le patient peut également adresser son consentement à un tiers qui pourra ensuite s'en prévaloir auprès du soignant soumis au secret pour se faire remettre des informations[1475]. De telles pratiques sont courantes en matière d'assurance.

D. Moment du consentement

891 Le consentement doit en principe être donné avant la communication. Jurisprudence et doctrine reconnaissent toutefois qu'il peut également être donné après la révélation du secret, sous forme de ratification[1476]. Cette possibilité de ratifier *a posteriori* une communication d'informations couvertes par le secret professionnel doit toutefois être maniée avec une grande prudence. En l'absence de consentement, l'auteur de la communication prend en effet le risque de s'exposer à des poursuites pénales puisqu'au jour de la communication,

1471 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 351.

1472 De manière critiquable, certains auteurs ont parfois tendance à l'admettre assez facilement : voir par exemple GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 43 ss.

1473 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198.

1474 *Contra* pour les communications à l'égard de professionnels de la santé exernes : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 598.

1475 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 139 ; ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 9.

1476 Arrêt du Tribunal cantonal fribourgeois du 16 février 2018, RFJ 2018, p. 324, c. 4b). CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 146 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 44 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198.

cette dernière ne repose sur aucun motif justificatif. Le consentement doit donc en principe être obtenu avant la communication.

892 Le consentement peut être révoqué en tout temps. La révocation ne déploie toutefois d'effet que pour l'avenir et dans la limite des informations qui n'ont pas déjà été communiquées au moment de la révocation[1477]. Elle prend effet au moment où le professionnel soumis au secret en prend connaissance[1478].

E. Effets du consentement

893 Il existe une controverse sur la question de savoir si le soignant valablement délié du secret professionnel par le maître du secret est obligé ou seulement autorisé à divulguer les informations couvertes par le secret. Pendant longtemps, la doctrine majoritaire a privilégié la solution selon laquelle le soignant délié est seulement autorisé – et donc non obligé – de divulguer les faits secrets, du moins aussi longtemps qu'aucune loi spéciale n'oblige la divulgation[1479]. Les auteurs qui soutiennent ce point de vue avancent parfois des arguments de nature paternaliste. Par exemple, les patients ne seraient pas à même de se rendre compte de l'étendue ou des conséquences de la levée du secret[1480]. Les soignants devraient alors refuser de communiquer des informations si cela préserve les intérêts du patient. D'autres auteurs sont moins catégoriques et admettent que le soignant valablement délié par son patient peut certes refuser de communiquer les informations, mais uniquement s'il peut invoquer des raisons importantes en ce sens[1481]. Enfin, certains auteurs

1477 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 146 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198.

1478 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 44.

1479 En ce sens, voir par exemple : BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 50 ss ; SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 88 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 29 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 43 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 148 s ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 350 ; FILLI, BJM 1987, p. 66 ; GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1739.

1480 BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 50 s ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 148. Pour RUSSEK, *Das ärzltiche Berufsgeheimnis*, p. 47, une communication sans restriction est justifiée du point de vue contractuel, mais pas sous l'angle de l'éthique médicale. Le médecin doit donc taire des informations si cela est susceptible de causer des inconvénients au patient.

1481 MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2048 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 168 ; PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 207 s. Dans un sens similaire : CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 50, explique qu'on admet généralement que le professionnel reste libre de révéler ou non le secret, mais qu'on peut toutefois « *se demander s'il n'engagerait pas sa responsabilité, sur le plan civil, dans l'hypothèse où il refuserait de parler en agissant manifestement contre l'intérêt et la volonté de son client, sans que cette attitude ne trouve aucune justification* ».

estiment que le médecin est en principe obligé de parler[1482]. GUILLOD, qui soutient ce dernier point de vue, explique qu'il faut distinguer l'effet pénal et l'effet contractuel du consentement. Sous l'angle pénal, le consentement ne fait que rendre licite la communication, sans la rendre obligatoire. Toutefois, sous l'angle du contrat de mandat qui lie le soignant à son patient, le consentement s'apparente à une instruction donnée par le patient que le soignant est tenu de respecter (art. 397 CO)[1483]. Le consentement à la levée du secret revêt donc un effet impératif à l'égard du soignant. Cette dernière argumentation est la plus convaincante. L'argument selon lequel le patient peut difficilement appréhender les conséquences et les risques d'une révélation relèvent d'un paternalisme aujourd'hui dépassé, en particulier à une époque où l'accès du patient à son dossier – ainsi que le droit de s'en faire remettre une copie – a fait de grandes avancées. Une rétention d'informations de la part du soignant porterait par ailleurs une atteinte difficilement justifiable au droit à l'autodétermination informationnelle du patient[1484]. Le consentement du patient à la levée du secret a donc pour effet d'obliger le soignant à communiquer les informations concernées. Comme le consentement doit être donné de manière éclairée, le soignant veillera toutefois à informer le patient des risques liés à la communication des informations si cela est nécessaire. Par ailleurs, l'obligation de communiquer les informations est contrebalancée par le principe de proportionnalité, selon lequel le soignant qui communique à des tiers des informations couvertes par le secret est tenu de limiter la communication aux seules données et aux seuls destinataires nécessaires pour répondre à la demande du patient.

894 En principe, la levée du secret par le patient continue de déployer des effets après la mort du patient[1485]. Le droit de consentir à la levée du secret professionnel est un droit strictement personnel, qui au même titre que le droit de se déterminer sur le sort de sa dépouille, devrait également déployer des effets après la mort. Par ailleurs, le consentement à la levée du secret professionnel est un motif justificatif spécial qui supprime le caractère illicite de la révélation du secret tant et aussi longtemps qu'il n'a pas été révoqué. Même si le patient ou ses proches ne sont plus en mesure de révoquer la levée du secret après la mort, celle-ci n'a pas pour effet de révoquer automatiquement les levées du secret données par le patient de son vivant. Par ailleurs, que les effets d'une levée du secret perdurent après la mort ne rend pas l'engagement

1482 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 198 s.

1483 *Ibid*.

1484 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 168.

1485 ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 17 ss.

excessif au sens de l'article 27 CC[1486]. Ce qui importe, c'est que le consentement ait été donné valablement par le patient de son vivant.

F. Portée pratique du consentement

895 Le consentement à la levée du secret professionnel joue un rôle important en pratique. Quelques-unes de ses applications (ex. : secret partagé) seront examinées plus en détail dans une rubrique abordant quelques questions choisies (*cf. infra* N 1342 ss).

II. Consentement et secret de fonction (art. 320 CP)

A. Admissibilité du consentement de l'intéressé

896 Contrairement à l'article 321 CP, le consentement de l'intéressé ne figure pas au nombre des motifs justificatifs spéciaux légaux prévus par l'article 320 CP. Bien que controversée, le consentement de l'intéressé à la levée du secret de fonction est toutefois admise comme motif justificatif extra-légal, sous certaines conditions.

897 Comme déjà examiné, le secret de fonction protège en principe aussi bien l'intérêt privé des administrés dont les données personnelles sont traitées par l'Etat que l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique (*cf. supra* N 495 ss). La fourniture de soins par des établissements médico-hospitaoliers publics illustre bien cette approche. Pour fonctionner, ces établissements doivent en effet collecter et traiter des données sensibles de patients (intérêt privé des patients). Ils doivent aussi pouvoir fonctionner de manière efficace, notamment en prenant des décisions organisationnelles et stratégiques qui ne peuvent être adoptées sereinement que si elles ne font pas l'objet d'immixtions externes injustifiées (intérêt public). Les dispositions aujourd'hui applicables en matière de transparence sont réservées (*cf. supra* N 542 ss).

898 Sur un plan purement pénal, la doctrine majoritaire admet aujourd'hui qu'un particulier peut valablement consentir à la levée du secret de fonction à deux conditions. Premièrement, le secret doit toucher exclusivement la sphère privée du particulier. Deuxièmement, il ne doit exister aucun intérêt

1486 Pour une argumentation détaillée de ces différents points : ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 17 ss.

public indépendant au maintien du secret[1487]. Par le passé, certains auteurs avaient nié la possibilité d'un tel consentement en argumentant que l'intérêt de l'Etat restait toujours en jeu[1488].

899 Avec la doctrine majoritaire, je suis favorable à l'admission du consentement à la levée du secret de fonction sous certaines conditions. Retenir la possibilité d'un tel consentement lorsque le secret touche « *exclusivement* » la sphère privée d'un particulier paraît cependant trop restrictif (première condition). Comme le rappelle à juste titre JENDLY, il n'est pas rare que l'objet du secret de fonction relève à la fois d'intérêts publics et privés[1489]. Cela est d'ailleurs particulièrement fréquent dans le domaine de la fourniture de soins. Il semble donc préférable d'admettre le consentement à la levée du secret de fonction lorsque le secret touche « *de manière clairement prépondérante* » la sphère privée du particulier et qu'il n'existe aucun intérêt public indépendant au maintien du secret.

900 Sur le plan pénal, l'admission du consentement à la levée du secret de fonction a pour seul effet de rendre licite une communication en principe prohibée par l'article 320 CP. Elle ne permet donc pas au particulier d'empêcher une communication décidée par l'administration[1490]. Cette problématique questionne directement ce qui doit ou non être soumis au secret de fonction, notamment dans le domaine des soins. On peut en effet se demander si le secret de fonction est la protection adéquate pour les données de santé.

B. Modalités du consentement

901 Lorsqu'il est admissible, le consentement à la levée du secret de fonction répond aux mêmes conditions que celles posées pour le consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 CP)[1491].

1487 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 47 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 13 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 41 ; ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, p. 6. Egalement en ce sens, avec quelques nuances : STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, § 61, N 10, qui semblent exclure les cas où le devoir de garder le secret de fonction est expressément prescrit ; CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 52, qui admet le consentement dans les cas où les données visées ne concernent qu'un seul administré, tout en réservant l'existence d'un éventuel intérêt indépendant au maintien.

1488 LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. 320 N 9 ; HAFTER, *Strafrecht*, vol. 2, p. 850 s ; plus récemment : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 682.

1489 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 136.

1490 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 13.

1491 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 41.

III. Consentement et secrets fondés sur le droit cantonal sanitaire

902 La majorité des législations cantonales sanitaires prévoient de manière explicite que le secret imposé par celles-ci peut être levé par le consentement du patient. Bien que la terminologie utilisée diffère entre les cantons, les dispositions applicables sont énoncées en termes généraux et apportent peu de précisions quant aux exigences de forme du consentement. Ainsi, selon les cantons, les dispositions applicables prévoient par exemple que le patient peut « *délier* » (« *entbinden* ») le professionnel[1492] ou que le secret est levé lorsque le « *patient* » ou l'ayant droit (« *Berechtigte* ») a donné son consentement (« *Einwilligung* » ou « *consenso* »)[1493]. D'autres législations recourent encore à d'autres terminologies telles que « *autoriser* »[1494], « *entlassen* »[1495] ou « *befreien* »[1496].

903 La législation jurassienne se démarque des législations susmentionnées dans la mesure où elle est la seule à rendre plus strictes, du moins en apparence, les conditions formelles du consentement. L'article 53 al. 2 de la loi sanitaire jurassienne énonce ainsi que les professionnels de la santé « *sont tenus au secret professionnel selon le Code pénal suisse, sauf si l'intéressé ou le médecin cantonal les en délie expressément* »[1497]. On peut donc ici se demander si le patient doit nécessairement délier le professionnel de manière expresse. Pour rappel, l'article 321 CP ne prévoit aucune forme spécifique pour le consentement de l'intéressé, qui peut être valablement donné de manière tacite ou par actes concluants. De mon point de vue, l'interprétation la plus raisonnable de l'article 53 al. 2 de la loi sanitaire jurassienne consiste à réserver la forme expresse à la levée par le médecin cantonal et de laisser libre dans sa forme le consentement donné par le patient.

904 Quelques législations cantonales sanitaires restent quant à elles muettes sur le consentement alors même qu'elles imposent le devoir de garder le secret.

1492 Art. 90 al. 1 Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1) ; art. 88 al. 1 Loi sur la santé (RS-GE K 1 03) ; art. 40 al. 5 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1)

1493 Pour le consentement de l'« *ayant droit* » (« *Berechtigte* ») : § 21 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-AG 300.100) ; § 22 al. 2 let. a Gesundheitsgesetz (RS-BL 901) ; art. 47 al. 1 ch. 1 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 15 al. 2 let. a Gesundheitsgesetz (RS-SH 810.100) ; § 16 al. 2 let. a Gesundheitsgesetz (RS-SO 811.11) ; § 37 al. 2 let. a Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1) ; § 15 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-ZH 810.1). Pour le consentement du « *patient* » : art. 41 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-AR 811.1) ; art. 44 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1) ; art. 20 al. 3 Legge sanitaria (RS-TI 801.100).

1494 Art. 27 al. 1 Loi sur la santé publique (RS-BE 811.01).

1495 § 29 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-SZ 571.110)

1496 § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810-1) ; art. 39 Gesundheitsgesetz (RS-GR 500.000).

1497 Art. 53 al. 2 Loi sanitaire (RS-JU 810.01).

Il en va par exemple ainsi dans les cantons d'Appenzell Rhodes-Intérieures, Saint-Gall ou Uri. Dans les cantons de Vaud et Valais, le consentement du patient n'est pas non plus érigé explicitement en motif justificatif dans la législation cantonale sanitaire, mais il est mentionné comme une condition de la transmission d'informations entre professionnels de la santé[1498]. Enfin, puisqu'elle renvoie directement à l'article 321 CP, la loi neuchâteloise admet le consentement tel qu'il est prévu par cette dernière disposition (pour une critique de tels renvois, *cf. supra* N 697 ss).

905 En synthèse, malgré la diversité lexicale employée par les différentes législations cantonales qui recourent à la notion de consentement, il semble difficile d'observer des disparités significatives quant aux conditions formelles du consentement. En ce qui concerne les professions soumises au secret professionnel de l'article 321 CP, il serait d'ailleurs douteux que les législations cantonales puissent rendre les exigences du consentement à la levée de leur secret plus strictes en raison de la nécessité de respecter le principe de primauté du droit fédéral. Les cantons gardent bien entendu une marge de manœuvre plus large pour les professions soumises au droit cantonal sanitaire qui ne sont pas visées par l'article 321 CP. Rien ne laisse toutefois penser qu'un canton aurait spécifiquement visé un tel groupe de professionnels pour leur imposer des exigences différentes sur la question du consentement à la levée du secret. Par principe, lorsque le droit cantonal sanitaire est appelé à s'appliquer sur la question du consentement, il convient de s'inspirer des règles développées par la jurisprudence et la doctrine en lien avec le consentement prévu par l'article 321 CP. Sur le principe, le consentement doit par ailleurs également être admis comme motif justificatif lorsque la loi cantonale ne le mentionne pas. Il s'agit dans ces cas de lacunes proprement dites.

906 Enfin, il faut souligner que certaines législations cantonales sanitaires présument l'existence d'un consentement dans certaines situations. Ainsi, la législation thurgovienne présume le consentement du patient pour les communications au sein des institutions[1499], alors que la législation de Bâle-Ville présume le consentement pour la communication d'informations médicales nécessaires à l'égard des soignants qui assurent le suivi du traitement (« *weiterbehandeln* ») et aux proches parents[1500]. Glaris a adopté une disposition semblable à Bâle-Ville, mais exclut la présomption du consentement lorsqu'il est possible de déduire des circonstances une volonté du patient de garder le secret[1501].

1498 Art. 80 al. 3 Loi sur la santé publique (RS-VD 900.01) ; art. 31 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1499 § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1).

1500 § 27 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100).

1501 Art. 44 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS VIII A/1/1). A noter que la présomption du consentement pour les communications entre soignants est énoncée de manière plus large

IV. Consentement et législations sur la protection des données personnelles

A. Consentement selon la LPD

1. Application

907 L'article 4 al. 5 LPD énonce : « *lorsque son consentement est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus explicite.* » Cette disposition sur les exigences relatives au consentement au sens de la LPD a été introduite à l'occasion d'une révision de la LPD entrée en vigueur le 1er janvier 2008[1502]. Elle fera l'objet d'une formulation différente dans la future LPD : le consentement portant sur la communication de données sensibles devra être « *exprès* » et non plus « *explicite* » (*cf. infra* N 919 ss).

908 Dans le contexte des traitements de données effectués par des personnes privées soumises à la LPD, le consentement de la personne concernée permet de justifier une atteinte illicite à la personnalité (art. 13 al. 1 LPD). La loi présume par exemple que la communication de données sensibles sans motifs justificatifs constitue une atteinte illicite (art. 12 al. 2 let. c LPD). Le consentement peut ainsi être défini comme « *l'expression de l'accord de la personne concernée à ce qu'un tiers porte une atteinte déterminée à sa personnalité* »[1503]. Bien que le recours au consentement en tant que motif justificatif ait une importance prépondérante en pratique[1504], le consentement ne constitue pas l'unique motif justificatif selon la LPD. En matière de traitement de données personnelles par une personne privée, une atteinte à la personnalité peut également être justifiée par la loi ou par l'existence d'un intérêt prépondérant privé ou public (art. 13 al. 1 LPD).

2. Généralités

909 Tout comme le consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP), le consentement au sens de l'article 4 al. 5 LPD est un droit strictement personnel. En principe, le consentement peut donc être valablement

qu'à Bâle-Ville puisqu'elle vise les communications à l'égard des « *Personen, die zuweisen, mitbehandeln, nachbehandeln oder an der Therapie beteiligt sind* ».

1502 RO 2007 4983.

1503 MEIER, *Protection des données*, N 826.

1504 BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 55.

donné par un mineur dans la mesure où il est capable de discernement (art. 16 CC)[1505]. Le Préposé fédéral à la protection des données a toutefois émis quelques réticences quant à la possibilité reconnue à un mineur de consentir valablement au sens de la LPD, même lorsqu'il est capable de discernement. Il indique par exemple sur son site web qu'en cas de publication d'une photo de mineur sur internet, il faut également obtenir le consentement des personnes qui ont l'autorité parentale, sans faire de distinction entre mineurs capables et incapables de discernement[1506]. Cette opinion doit être rejetée dans la mesure où la loi n'octroie aucun pouvoir de représentation aux détenteurs de l'autorité parentale pour consentir aux atteintes à la personnalité des mineurs capables de discernement[1507]. Sont réservés les cas où le consentement englobe également des éléments économiques tels que la conclusion d'un contrat (art. 19 al. 1 CC)[1508]. Le consentement peut également être valablement donné par les personnes majeures qui n'ont pas l'exercice des droits civils, tant et aussi longtemps qu'ils disposent de la capacité de discernement.

910 A l'inverse, lorsqu'une personne est incapable de discernement, le consentement au sens de la LPD peut être donné par le représentant légal. Pour les mineurs incapables de discernement, il s'agit des père et mère, dans les limites de leur autorité parentale (art. 304 al. 1 CC) et dans la mesure où il n'existe pas de conflit d'intérêts[1509]. Pour les personnes majeures incapables de discernement, il s'agit du représentant légal, pour autant que ce droit puisse effectivement être déduit de ses pouvoirs de représentation.

911 De la même manière que pour le consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP), l'étendue admissible du consentement au sens de la LPD est limitée par les règles sur la protection contre les engagements excessifs (art. 27 CC ; sur cette question, *cf. supra* N 881 ss)[1510]. En principe, cela implique que le consentement soit révocable en tout temps[1511].

912 Le consentement doit en principe intervenir à l'avance. La doctrine admet toutefois qu'il peut aussi intervenir *a posteriori* selon les circonstances[1512].

1505 *Idem*, art. 4 N 56.

1506 Publié sur le site internet du PFPDT. Voir aussi : BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 16g.

1507 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 70.

1508 MEIER, *Protection des données*, N 836.

1509 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 70.

1510 MEIER, *Protection des données*, N 883 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 93.

1511 BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 57 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 370.

1512 EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 17 ; BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 58.

Pour MEIER, il ne s'agit alors plus d'un consentement, mais d'une renonciation à faire valoir des prétentions suite à l'atteinte illicite à la personnalité[1513].

3. Exigence du consentement libre et éclairé

913 Selon l'article 4 al. 5 LPD, une personne ne consent valablement que si elle « *exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée* ». D'un point de vue historique, ces exigences sont inspirées du concept de consentement éclairé du patient et de la jurisprudence qui s'y rattache[1514].

a. Consentement libre

914 Le consentement est considéré comme libre « *lorsque la personne concernée n'a pas subi de menace, de pression déraisonnable, directe ou indirecte, ou de tromperie de la part de l'auteur du traitement ou d'un tiers* »[1515]. La doctrine soutient généralement que le consentement est libre si la personne concernée dispose d'une solution de rechange qui ne comporte pas de désavantages déraisonnables[1516]. Toutefois, le fait qu'une personne subisse un désavantage ou des conséquences désagréables suite au refus de consentir à un traitement de données ne rend pas pour autant le consentement invalide ; pour que le consentement soit invalide, le désavantage subi doit être sans rapport avec le but du traitement ou être disproportionné par rapport à celui-ci[1517].

915 Le caractère libre du consentement doit être examiné avec une attention toute particulière lorsqu'il existe un déséquilibre entre la personne qui donne son consentement et celle qui le recueille[1518]. C'est souvent le cas dans le domaine de la santé, où le patient se trouve souvent affaibli et/ou en position de dépendance en raison de son état de santé[1519].

b. Consentement éclairé

916 Pour être valablement donné, le consentement doit non seulement être libre, mais aussi éclairé. Selon le Conseil fédéral, cela signifie que le patient doit

1513 MEIER, *Protection des données*, N 894.

1514 Message révision partielle LPD, FF 2003 1915, 1939. MEIER, *Protection des données*, N 847 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 67.

1515 MEIER, *Protection des données*, N 851. Voir aussi : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 65.

1516 BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 6 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 95.

1517 Message révision partielle LPD, FF 2003 1915, 1939. Voir aussi : MEIER, *Protection des données*, N 853 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 16f ; EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 18. Pour des exemples de consentements considérés comme libres ou non libres : ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 97 ss.

1518 MEIER, *Protection des données*, N 856.

1519 HERTIG PEA, *Protection des données*, N 365.

« *disposer de tous les éléments du cas d'espèce qui lui permettent de prendre librement sa décision* »[1520]. Pour une majorité d'auteurs, l'information devrait porter sur l'ensemble du traitement de données envisagé et porter au moins sur le type et l'étendue du traitement, son auteur et sa finalité[1521]. MEIER ajoute à cette liste l'information sur la durée de conservation des données, les catégories de destinataires en cas de communication à des tiers ou encore le caractère obligatoire ou facultatif de la requête de données et les conséquences du refus de communiquer les données[1522]. D'autres auteurs, à l'instar de ROSENTHAL, adoptent un angle un peu différent et soutiennent qu'il suffit que la personne concernée comprenne clairement à quoi elle consent, c'est-à-dire quelle est la portée du consentement[1523]. Ainsi, dans l'hypothèse où le consentement est nécessaire pour la modification du but d'un traitement de données personnelles préalablement recueillies, le maître du fichier pourrait se limiter à informer la personne concernée de la modification du but et des éventuels risques liés.

917 De manière générale, la doctrine s'accorde toutefois à affirmer que l'étendue du devoir d'information ne peut pas être définie dans l'abstrait, mais qu'elle dépend des circonstances[1524]. Elle peut notamment varier selon les spécificités de la personne concernée (connaissances, niveau de formation, etc.), les risques concrets ou l'objet du consentement (ex. : changement de but du traitement, communication à des tiers, etc.)[1525]. Il faut cependant également partir du principe que la personne dont les données personnelles sont traitées est une personne raisonnable et qu'elle devrait connaître les risques généralement connus en matière de protection des données, limitant ainsi l'étendue du devoir d'information[1526].

918 L'information n'est soumise à aucune forme et le choix de celle-ci est laissé à la discrétion de celui qui doit recueillir le consentement[1527]. Elle doit toutefois être compréhensible pour la personne appelée à consentir. Elle dépend également du type de traitement et des circonstances particulières.

1520 Message révision partielle LPD, FF 2003 1915, 1939.

1521 EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 17 ; BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 60 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 4.

1522 MEIER, *Protection des données*, N 861.

1523 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 72.

1524 EPINEY, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 9 N 17.

1525 MEIER, *Protection des données*, N 863 ss ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 73.

1526 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 N 74.

1527 BAERISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 4 N 63 ; MEIER, *Protection des données*, N 869.

Ainsi, plus le traitement de données porte atteinte à la personnalité, plus l'information préalable au consentement devrait être formalisée et détaillée[1528]. Pour des considérations liées au fardeau de la preuve, l'information devrait idéalement être communiquée par écrit à la personne concernée.

4. Forme du consentement

919 Lorsqu'il porte sur des données personnelles non sensibles, le consentement au sens de la LPD n'est soumis à aucune exigence de forme. Il peut donc être valablement donné par oral, par écrit, tacitement ou par actes concluants par exemple[1529]. Les considérations développées précédemment sur la forme du consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 CP) peuvent alors être appliquées par analogie (*cf. supra* N 885 ss). Dans la mesure où le fardeau de la preuve du consentement repose sur les épaules de l'auteur du traitement (art. 8 CC)[1530], celui-ci serait toutefois bien inspiré de documenter le consentement par écrit.

920 Dans sa version actuelle, la LPD exige toutefois que le consentement soit au surplus donné de manière « *explicite* » lorsqu'il a pour objet le traitement de données personnelles sensibles (art. 4 al. 5 LPD).

921 La terminologie « *explicite* » est inconnue du code civil ou du code des obligations et sa définition a suscité des débats doctrinaux. Pour MEIER, le caractère explicite du consentement concerne moins la forme de la manifestation de la volonté que l'« *objet matériel* » du consentement. Pour qu'un consentement soit explicite, il faudrait ainsi que le traitement soit clairement évoqué ou qu'il soit absolument nécessaire à la réalisation d'un acte auquel la personne concernée a consenti. Le consentement explicite pourrait donc être donné par actes concluants, mais non de manière implicite[1531]. Pour d'autres auteurs, à l'instar de VASELLA, le consentement serait uniquement explicite si cette caractéristique transparaît clairement dans la forme du consentement, par exemple en cochant une case sur un formulaire[1532].

922 Cette controverse doctrinale sera toutefois bientôt tranchée. Le Parlement fédéral a en effet profité de la révision actuelle de la LPD pour y inscrire

1528 En ce sens : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 367.

1529 MEIER, *Protection des données*, N 874.

1530 *Idem*, N 891.

1531 *Idem*, N 902. Cet auteur admet l'existence d'un consentement explicite dans le cas suivant : « *le patient qui se soumet à une prise de sang, dont les données seront nécessairement communiquées au laboratoire pour analyse, consent par actes concluants au traitement de ses données sensibles, inhérent à l'acte auquel il se soumet (dans la mesure des analyses habituelles ou sur lesquelles patient et médecin se sont mis d'accord)* », MEIER, *Protection des données*, N 904.

1532 VASELLA, Jusletter 16 novembre 2015, N 25 ss.

que le consentement portant sur des données sensibles devrait dans le futur être « *exprès* » (futur art. 5 al. 7 LPD)[1533], suivant ainsi sur le fond la proposition du Conseil fédéral. Dans son Message, ce dernier expliquait : « *la déclaration de volonté est 'expresse' lorsqu'elle est formulée oralement, par écrit ou par un signe, et qu'elle découle directement des mots employés ou du signe en question. Une déclaration de volonté en tant que telle doit manifester clairement la volonté dans sa forme même. Cela pourrait se faire notamment en cochant une case, en optant activement pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration. La même chose vaudrait pour des moyens d'expression non verbaux qui, dans le contexte concret, sont des signes clairs, ou un geste approprié, ce qui peut être fréquemment le cas lors d'une consultation médicale* »[1534]. C'est donc le critère de la « *forme* » du consentement qui sera prépondérant pour examiner la validité du consentement exprès dans le futur.

923 L'exigence du consentement « *exprès* » pourrait poser un certain nombre de problèmes pratiques dans le secteur de soins. Le Conseil fédéral évoque certes l'admission du consentement non verbal donné par des signes clairs ou un geste approprié dans le cadre d'une consultation médicale. Toutefois, aujourd'hui, un grand nombre de traitements de données effectués par les établissements de soins sont justifiés par des consentements qui ne semblent pas atteindre le niveau formel requis pour l'admission du consentement « *exprès* ». Peut-on en effet admettre que le patient qui se fait hospitaliser donne, de ce seul fait, son consentement exprès à ce que des données soient traitées à son sujet ? L'interprétation du consentement explicite défendue par MEIER semblait plus à même d'appréhender ce type de situations (traitement absolument nécessaire à la réalisation d'un acte).

924 L'exigence du consentement « *exprès* » tend au surplus à éloigner le consentement exigé par la LPD pour justifier la communication de données sensibles (art. 12 al. 2 let. c LPD) de celui qui permet la levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP), ce dernier n'étant soumis à aucune exigence de forme. Tout en gardant à l'esprit qu'une communication de données sensibles peut reposer sur d'autres motifs justificatifs sous l'angle de la LPD (loi ou intérêt prépondérant privé ou public), on doit tirer le constat qu'en matière de consentement, la règle générale (LPD) est clairement plus restrictive que la règle spéciale (art. 321 CP). En cas de concours entre ces deux normes, ce sont les exigences plus souples posées pour le consentement à la levée du secret professionnel qui devraient prévaloir (sur cette question, *cf. infra* N 1259).

1533 BO 2019 (CE) 1242 ; BO 2020 (CN) 151.

1534 Message révision LPD, FF 2017 6565, 6648.

925 L'entrée en vigueur de la révision de la LPD devrait toutefois offrir une meilleure protection aux assurés qui autorisent des tiers (y compris les soignants) à communiquer des informations sur leur compte à l'attention d'une assurance privée lors de la survenance d'un risque futur non encore connu. De telles clauses, généralement énoncées de manière très large, figurent souvent dans les conditions générales. A l'avenir, l'exigence du consentement « *exprès* » devrait contraindre les assureurs privés à mettre ce type de clause en évidence et à en limiter leur portée.

B. Consentement selon les législations cantonales sur la protection des données

926 Conformément au principe général selon lequel le droit est la base et la limite de l'activité de l'Etat, les organes publics cantonaux – dont font notamment partie les établissements médico-hospitaliers de droit public cantonal – doivent en principe se limiter à traiter des données personnelles lorsqu'une base légale le prévoit ou que le traitement en question est nécessaire pour réaliser une tâche définie par la loi (art. 5 al. 1 Cst.). En dérogation à ce principe, on admet toutefois généralement que l'activité de l'Etat peut également être fondée sur le consentement de l'administré. Pour rappel, l'acte de *communiquer* des données personnelles entre organes publics ou à des personnes privées est considéré comme un traitement de données et doit donc faire l'objet d'une justification lorsqu'il est réalisé par un organe de droit public.

927 Toutes les législations cantonales sur la protection des données personnelles reconnaissent le « *consentement* » de la personne concernée comme motif justificatif à la communication de données personnelles traitées par des organes publics cantonaux. Le consentement de la personne concernée est parfois également avancé par certaines législations cantonales pour justifier non seulement les communications de données, mais aussi les traitements au sens large (collecte, entreposage, etc.)[1535]. L'admissibilité, la portée et la forme du consentement varient selon les cantons, laissant ainsi place à un paysage législatif très diversifié.

928 D'un point de vue systématique, les législations cantonales sur la protection des données personnelles recourent fréquemment à deux critères pour déterminer le régime applicable aux communications de données :

1. Selon le destinataire : la communication intervient à l'attention d'un autre organe public ou à l'attention d'une personne privée.

1535 Par exemple : § 5 DSG (RS-LU 38) ; art. 11 al. 2 ch. 3 kDSG (RS-NW 232.1).

2. Selon le type de données : la communication concerne des données sensibles ou non sensibles.

L'admission ou non du consentement comme motif justificatif d'une communication et les exigences de forme de ce consentement dépendent souvent de la réalisation ou non de ces critères. Il faut par ailleurs noter que les communications transfrontières peuvent elles aussi faire l'objet d'exigences particulières, notamment du point de vue du consentement.

929 Pour des raisons de clarté, je me contenterai de présenter ici les différentes formes de consentement admises par les droits cantonaux, sans entrer en détail dans la systématique spécifique de ces différents droits. Ces différents consentements peuvent être présentés ainsi :

— Le consentement simple (figure notamment dans les législations suivantes : AG, AI, FR, GL, SZ, TG, TI)[1536]. Ce consentement doit être interprété de la même manière que le consentement prévu par l'article 321 CP. Il n'est soumis à aucune exigence de forme.
— Le consentement simple, donné dans le cas d'espèce ou dans le cas particulier (figure notamment dans les législations suivantes : JU, LU, NE, NW, SO, ZH)[1537]. Comme le consentement simple, ce consentement n'est soumis à aucune exigence de forme. Il doit toutefois impérativement être donné pour une situation particulière et ne peut donc pas viser des communications répétées, sans limites temporelles.
— Le consentement exprès ou explicite (« *ausdrücklich* » ; figure notamment dans les législations suivantes : AR, BL, BE, SO, TI, UR, VS, ZH)[1538]. Les lois cantonales qui recourent à cette formule visent généralement les communications de données sensibles, en s'inspirant du régime imposé par l'article 4 al. 5 LPD. Certaines législations exigent toutefois un consentement explicite pour la communication de données non sensibles également[1539].

1536 Par exemple : § 8 et 15 IDAG (RS-AG 150.700) ; art. 9 al. 1 et 2 Datenschutzgesetz (RS-AI 172.800) ; art. 10 LPrD (RS-FR 17.1) ; Art. 10 al. 1 let. d DSG (RS-GL I F/1) ; § 15 let. b Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (RS-SZ 140.410) ; § 8 et 9 Gesetz über den Datenschutz (RS-TG 170.7) ; art. 10 let. c et 11 let. c LPDP (RS-TI 163.100).

1537 Par exemple : art. 25 CPDT-JUNE (RS NE 150.30) ; § 5 al. 2 let. d DSG (RS-LU 38) ; art. 13 al. 1 ch. 2 kDSG (RS NW 232.1 ; § 15 InfoDG (RS-SO 114.1) ; § 16 al. 1 let. b IDG (RS-ZH 170.4).

1538 Par exemple : art. 8 et 9 Informations- und Datenschutzgesetz (RS-AR 146.1) ; § 18 et 19 IDG (RS-BL 162) ; art. 10 et 11 LCPD (RS-BE 152.04) ; § 15 InfoDG (RS-SO 114.1) ; art. 10 let. c et 11 let. c LPDP (RS-TI 163.100) ; art. 7 et 8 DSG (RS-UR 2.2511) ; art. 22 al. 2 LIPDA (RS-VS 170.2) ; § 17 al. 1 let. b IDG (RS-ZH 170.4).

1539 Art. 7 et 8 DSG (RS-UR 2.2511).

— Le consentement libre et éclairé, voire explicite s'il s'agit de données sensibles. Cette formulation, qui figure en substance dans les législations des cantons de Genève[1540] et Vaud[1541], reprend dans les faits les exigences posées par l'article 4 al. 5 LPD.
— Le consentement explicite, en connaissance du but et de la manière de traiter les données dans le cas particulier[1542]. Cette formulation figure dans la législation saint-galloise pour justifier le traitement de données sensibles. Elle précise le devoir d'information à charge de l'organe public qui recueille le consentement.
— Le consentement présumé, à la lumière des circonstances ou s'il peut être présumé de bonne foi[1543], voire manifestement déduit des circonstances[1544] (figure notamment dans les législations suivantes : AI, AR, BL, FR, GL, SH, TG, TI, UR, VS). Lorsqu'il est prévu, le consentement présumé intervient généralement de manière subsidiaire au consentement simple ou exprès/explicite, lorsque ce dernier ne peut pas être obtenu et que la communication intervient dans l'intérêt de la personne concernée.

930 Plusieurs législations cantonales admettent le motif justificatif du consentement pour la communication de données à des personnes privées, mais l'excluent pour les communications entre organes publics[1545].

931 Les cantons des Grisons et d'Obwald ont pour leur part fait le choix de soumettre les traitements de données par les organes publics cantonaux aux dispositions de la loi fédérale sur la protection des données applicables aux organes publics fédéraux (art. 16 ss LPD), par le biais d'un renvoi général[1546]. Selon l'article 17 LPD, les organes fédéraux peuvent traiter des données sensibles si « *la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ou a rendu ses données accessibles à tout un chacun et n'est pas opposée formellement au traitement* ».

1540 Art. 35 al. 2 LIPAD (RS-GE A 2 08).

1541 Art. 12 LPrD (RS-VD 172.65).

1542 Art. 5 al. 2 DSG (RS-SG 142.1).

1543 Par exemple : art. 9 DSchG (RS-AI 172.800) ; art. 8 et 9 Informations- und Datenschutzgesetz (RS-AR 146.1) ; § 18 et 19 IDG (RS-BL 162) ; art. 10 LPrD (RS-FR 17.1) ; art. 10 al. 1 let. d DSG (RS-GL I F/1) ; art. 8 Kantonales Datenschutzgesetz (RS-SH 174.100) ; § 8 et 9 Gesetz über den Datenschutz (RS-TG 170.7) ; art. 10 let. c et 11 let. c LPDP (RS-TI 163.100) ; art. 7 et 8 DSG (RS-UR 2.2511) ; art. 22 al. 1 LIPDA (RS-VS 170.2 ; seulement pour les données non sensibles).

1544 § 5 al. 1 let. c Datenschutzgesetz (RS-ZG 157.1 ; seulement pour les données non sensibles).

1545 Voir par exemple : § 9 et 10 DSG (RS-LU 38).

1546 Art. 2 al. 2 Datenschutzgesetz (RS-GR 171.100) ; art. 2 al. 1 Datenschutzgesetz (RS-OW 137.1).

932 Enfin, il faut noter qu'un nombre conséquent de cantons prévoient la possibilité de refuser, de restreindre ou de soumettre à conditions les communications de données par les organes publics cantonaux en présence d'un devoir légal de garder le secret notamment[1547]. On peut se questionner sur l'impact de ce type de dispositions lorsqu'une personne a, dans le cas particulier, consenti valablement à une communication à la lumière du droit cantonal applicable. En présence d'une telle disposition, il faut à mon sens privilégier l'application des conditions du consentement prévu par le devoir spécial de garder le secret. Par exemple, lorsque la communication a pour objet des informations couvertes par le secret professionnel (art. 321 CP), l'organe public devrait exclure l'admission d'un consentement présumé, même lorsque cette forme de consentement est prévue par le droit cantonal sur la protection des données. Dans un sens similaire, la législation d'Obwald réserve expressément les réglementations sur la protection des données concernant les données personnelles de patients[1548].

933 Si les communications de données traitées par des organes publics cantonaux peuvent généralement être opérées sur la base du consentement de la personne concernée, cet aperçu met en évidence la diversité des solutions choisies par les législateurs cantonaux, notamment du point de vue de la forme requise pour le consentement. Les exigences formelles du consentement vont du simple consentement au consentement explicite, en passant par le consentement présumé. Les exigences sont généralement plus sévères lorsqu'il s'agit de communications à l'attention d'une personne privée ou lorsque des données personnelles sensibles sont en jeu.

V. Consentement imposé par la LAVI

934 L'obligation de garder le secret LAVI est levée lorsque la personne concernée y consent[1549]. Si l'on suit la doctrine, la notion de « *personne concernée* » devrait être interprétée de manière plus étroite que celle de « *maître du secret* » au sens de l'article 321 CP. Dans sa version allemande actuelle, l'article 11 al. 2 LAVI octroie d'ailleurs le droit de consentir à la levée du secret à la « *beratene Person* », soit la « *personne conseillée* ». Ainsi, seule la personne qui se serait effectivement

1547 Par exemple : § 14 al. 1 IDAG (RS-AG 150.700) ; art. 11 al. 1 let. b LPrD (RS-FR 17.1) ; art. 9 al. 2 DSG (RS-GL I F/1) ; § 10 al. 1 let. a DSG (RS-LU 38) ; art. 13 al. 3 ch. 2 kDSG (RS-NW 232.1) ; art. 10 Kantonales Datenschutzgesetz (RS-SH 174.100) ; § 23 InfoDG (RS-SO 114.1).

1548 Art. 1 al. 4 Datenschutzgesetz (RS OW 137.1).

1549 Art. 11 al. 2 LAVI.

confiée à une personne qui travaille pour un centre de consultation – et non celle qui est concernée par les faits confiés – serait autorisée à délier du secret cette dernière[1550]. Cela s'explique par la nature même des confidences. Puisque les confidences d'une victime concernent en principe l'auteur présumé d'une infraction, il serait insensé de requérir le consentement de cet auteur présumé en vue d'autoriser le collaborateur de la LAVI à témoigner en justice.

935 De manière similaire à ce qui prévaut pour l'article 321 CP, le consentement à la levée du secret LAVI par la personne concernée n'est soumis à aucune exigence de forme[1551]. Il peut donc intervenir de manière expresse, tacite ou par actes concluants[1552]. Il s'agit d'un droit strictement personnel qui ne passe pas aux héritiers. Il peut toutefois être exercé par un représentant légal[1553].

VI. Synthèse

936 En principe, l'ensemble des devoirs de confidentialité légaux susceptibles de s'appliquer aux soignants peuvent être levés par le biais du consentement. Il faut cependant réserver le cas particulier de l'article 320 CP (secret de fonction), qui ne prévoit pas expressément le consentement comme motif justificatif légal. Celui-ci est toutefois aujourd'hui admis par la doctrine majoritaire lorsque les faits concernés touchent exclusivement la sphère privée d'un particulier et qu'il n'existe aucun intérêt public indépendant au maintien du secret. Je suis personnellement d'avis que les faits concernés ne doivent pas se rapporter « *exclusivement* » à la sphère privée d'un particulier, mais qu'ils doivent plutôt se rapporter de manière « *clairement prépondérante* » à celle-ci. On peut donc tirer le premier constat que le principe même du consentement à la levée du secret est admis de manière plus restrictive pour le secret de fonction que pour les autres formes de secrets. Par ailleurs, un certain nombre de législations cantonales sanitaires imposent une obligation de secret sans prévoir qu'il puisse être levé par le consentement. Il s'agit toutefois de lacunes proprement dites et le consentement doit également être admis comme motif de levée des secrets concernés.

1550 WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 157 ; VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 14.

1551 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 13.

1552 Pour le surplus, se rapporter aux développements en lien avec la forme du consentement donné à la levée du secret professionnel (art. 321 CP), *cf. supra* N 885 ss.

1553 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 15.

C'est probablement sur le terrain des exigences formelles des consentements qu'on trouve les disparités les plus significatives. L'article 321 CP, qui reste la base légale de référence en matière de secret médical, n'impose aucune exigence formelle pour le consentement. Il est ainsi admis de manière particulièrement souple puisqu'il peut être valablement donné de manière expresse (par écrit ou par oral), mais aussi de manière tacite ou concluante. Il ne doit toutefois être admis sous une forme présumée que de manière exceptionnelle, par exemple dans les situations d'urgence médicale où le patient est incapable de discernement. Ces principes s'appliquent par analogie dans le cadre des autres lois qui ne soumettent le consentement à aucune exigence de forme particulière (ex. : la grande majorité des lois cantonales sanitaires malgré la diversité lexicale utilisée pour désigner le consentement ; consentement à la levée du secret de fonction dans la mesure où il est admissible). Il faut toutefois noter que certaines législations cantonales sanitaires présument l'existence d'un consentement dans certaines situations, notamment pour les communications entre soignants ou à l'attention des proches parents. Par ailleurs, le tour d'horizon mené dans le présent chapitre a montré que la plupart des législations sur la protection des données personnelles soumettent la communication de données sensibles (dont font partie les données de santé) à un consentement qui doit répondre à des exigences formelles variables. La LPD et plusieurs législations cantonales sur la protection des données exigent par exemple un consentement « *explicite* » (« *exprès* » dans la future LPD révisée) pour justifier une communication de données personnelles sensibles, alors que d'autres législations cantonales sur la protection des données prévoient pour la même situation la possibilité de donner un consentement présumé, un consentement « *dans le cas d'espèce* », voire un consentement explicite donné en connaissance du but et de la manière de traiter les données dans un cas particulier. Ces divergences suscitent des questions quant à l'influence des législations sur la protection des données (règles générales) sur les devoirs spéciaux de garder un secret (ex. : art. 321 CP), en particulier lorsqu'elles imposent des conditions formelles plus sévères. Cette question sera traitée dans la partie relative aux conflits de normes (*cf. infra* N 1258 ss). 937

Enfin, le droit de consentir à la levée du secret appartient toujours au patient, maître du secret par définition. Il appartient également au représentant du patient dans la mesure où ce droit peut être déduit d'un pouvoir de représentation qui englobe une telle compétence. La question soulève toutefois des questions importantes et complexes lorsque des informations concernant des tiers entrent en jeu. Malgré l'affirmation du Tribunal fédéral, en 1971, selon laquelle seul le patient est maître du secret professionnel (art. 321 CP), la doctrine majoritaire plaide aujourd'hui à juste titre pour un élargissement 938

de cette notion. Les tiers doivent se voir reconnaître la qualité de maîtres du secret lorsqu'ils ont un intérêt suffisant à ce que les informations qui les concernent soient gardées confidentielles. Sous l'angle de l'article 321 CP, le soignant qui entend communiquer des informations secrètes concernant de tels tiers doit en principe obtenir à la fois le consentement de ces tiers et celui du patient. Il est possible de renoncer à ce double consentement lorsque les faits secrets ont été confiés par un tiers et qu'ils concernent exclusivement ce tiers (auquel cas, seul le consentement du tiers est nécessaire) ou que le tiers ne présente pas un intérêt suffisamment important à garder les informations confidentielles. De mon point de vue, ce raisonnement doit aussi s'appliquer aux consentements à la levée du secret de fonction (dans la mesure où il est admissible) et aux secrets imposés par les législations cantonales sanitaires. Une telle approche semble d'ailleurs permettre une certaine harmonie avec les règles de protection des données. Dans le cadre de ces dernières, la titularité des droits (dont celui de consentir à une communication de données personnelles) découle en effet du caractère rattachable d'une donnée à une personne (identifiée ou identifiable) et englobe donc aussi les tiers dont les données sont traitées. Enfin, sur la question des tiers, il faut encore noter qu'un régime particulier s'applique à l'égard des secrets confiés aux soignants qui travaillent dans un centre LAVI. Dans ce contexte, il n'est pas raisonnable d'exiger le consentement de l'auteur présumé de l'infraction pour lever un secret qui le concerne et qui aurait été confié par la victime au soignant du centre LAVI.

939 En synthèse, le consentement est admis de manière générale comme motif de levée du secret imposé par les différentes législations applicables, sous réserve des règles particulières appliquées en matière de secret de fonction. On constate toutefois des disparités sous l'angle des conditions formelles du consentement, ainsi que des controverses notables quant à la titularité des tiers au droit de consentir.

Chapitre 3 : Limitations du secret sans consentement

I. Mécanismes légaux de pondération des intérêts

A l'exception du secret imposé par la LAVI, les obligations de confidentialité applicables aux professions de la santé peuvent être levées ou atténuées par des mécanismes juridiques qui reposent sur la prise en compte des intérêts en présence. Le type de mécanisme peut toutefois varier selon les obligations de confidentialité. En dehors des cas où la personne concernée y a consenti ou qu'une disposition légale le prévoit, la levée du secret professionnel (art. 321 CP), du secret de fonction (art. 320 CP) ou du secret imposé par les législations cantonales sanitaires peut en principe être prononcée par une autorité. Dans le cadre de la LPD, une communication de données sensibles peut être valablement effectuée en présence d'un intérêt prépondérant privé ou public, étant entendu que l'existence d'un tel intérêt doit être analysée en premier lieu par le responsable du traitement de données. 940

A. Levée du secret professionnel (art. 321 CP) par l'autorité compétente

1. Remarques introductives

Selon les termes de l'article 321 ch. 2 CP, la révélation d'une information couverte par le secret professionnel n'est pas punissable « *si, sur proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit* ». 941

La décision de levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance est examinée sur la base d'une situation individuelle et concrète. Par rapport aux dérogations légales du secret professionnel, le patient n'est donc pas en mesure d'envisager à l'avance la communication ni d'adapter son comportement en conséquence (ex. : renoncer à une relation de soins en vue d'éviter une communication d'informations à des tiers). Il sait simplement 942

qu'il existe une possibilité, aussi vague soit-elle, que le soignant puisse demander à se faire délier de son secret sous certaines conditions.

943 Dans les faits, le soignant saisit l'autorité de levée lorsqu'il estime qu'un intérêt public ou privé important justifie la révélation d'un secret, mais que le consentement du patient ou une disposition légale autorisant la révélation font défaut[1554]. Tel peut être le cas lorsque le patient est introuvable, décédé ou refuse de lever le secret[1555]. La requête de levée du secret professionnel intervient donc de manière subsidiaire, lorsqu'aucune autre voie de levée du secret n'est disponible[1556]. En d'autres termes, le soignant qui entend déposer une requête de levée du secret doit en premier lieu avoir tenté d'obtenir le consentement de son patient ou, selon les situations, au moins avoir informé ce dernier qu'il envisageait de requérir la levée du secret professionnel auprès de l'autorité compétente. Il peut être fait exception à ce principe lorsque le patient s'est montré violent ou menaçant à l'égard du soignant et que la requête de levée du secret vise à signaler ce comportement à des tiers[1557].

944 Bien qu'elle s'inscrive dans le cadre de l'article 321 CP, l'organisation formelle de la procédure de levée du secret professionnel relève en grande partie de la compétence des cantons. En 1994, UMMEL/RESTELLINI ont publié une étude dans le cadre de laquelle ils avaient questionné l'ensemble des administrations cantonales en lien avec leur pratique en matière de levée du secret professionnel des médecins[1558]. Des informations avaient notamment été recueillies sur le type d'autorités instituées, l'existence d'un organe de préavis, la forme de la demande de levée, les garanties du droit d'être entendu ou encore des données statistiques sur le type et le nombre de demandes. Même si les résultats obtenus à l'époque ne peuvent plus être considérés aujourd'hui comme probants en raison des évolutions législatives et sociétales, les remarques conclusives méritent d'être brièvement rappelées. L'étude a mis en lumière une forte diversité au niveau de la nature des autorités cantonales compétentes et des procédures applicables (notamment sous l'angle des garanties procédurales), ce qui avait été jugé comme difficilement acceptable par les auteurs[1559]. Pour parer au morcellement et aux disparités constatées,

1554 REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 351.

1555 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 51 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 45.

1556 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 199 ; GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1739 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 33 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 161 s ; GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1739 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 169. *Contra* : FILLI, BJM 1987, p. 67 ; LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 76.

1557 MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2050 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 169.

1558 UMMEL/RESTELLINI, RSJ/SJZ 1994, p. 361 ss.

1559 *Idem*, p. 365.

les auteurs avaient préconisé l'institution d'une commission pluridisciplinaire rattachée au département cantonal chargé de la santé publique, comprenant un nombre de membres restreint. En vue d'améliorer l'uniformisation des pratiques, ils prônaient par ailleurs la publication anonyme des décisions de levée du secret[1560].

945 Aujourd'hui, les pratiques de levée du secret professionnel en matière médicale restent difficile à analyser à l'échelle nationale en raison du manque de sources disponibles. En comparaison du nombre total de procédures de levée du secret, la jurisprudence est relativement rare et les décisions prononcées au stade de l'autorité de levée ne font pas l'objet de publications. Certains cantons communiquent toutefois régulièrement sur ce sujet. Les rapports d'activité de la commission genevoise du secret professionnel offrent à cet égard un aperçu intéressant des tendances en la matière[1561]. En 2017[1562], la commission genevoise a reçu 388 demandes, dont 305 ont été accordées et 17 refusées. Parmi les demandes, environ deux tiers émanaient du secteur public alors qu'un tiers émanait du secteur privé. Dans la moitié des cas, les demandes de levée avaient pour objet une communication au Tribunal de protection de l'enfant et de l'adulte et 21 % des cas visaient la communication d'informations à d'autres autorités judiciaires. La communication aux proches ne représentait que 12 % des cas. Du point de vue des demandeurs, la grande majorité des requêtes étaient déposées par des médecins (81 %). Quant aux patients concernés, ils étaient majoritairement incapables de discernement (42 %) ou décédés (39 %). Lorsqu'ils étaient encore vivants, les patients concernés présentaient généralement un âge avancé. Dans son bilan, la commission a relevé une augmentation du nombre de dossiers considérés comme « *complexes* ».

946 Toujours en lien avec l'activité de la commission genevoise de levée du secret professionnel, il y a encore lieu de citer ici une étude de NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA publiée en 2013[1563]. Les auteurs ont focalisé leur attention sur les requêtes de levée du secret professionnel présentées à la commission genevoise de levée du secret professionnel entre 2006 et 2010 et dans le cadre desquelles des patients capables de discernement s'étaient opposés à la levée. Sur les 1134 requêtes traitées par la commission durant cette période,

1560 *Ibid.*

1561 Rapports d'activités publiés en ligne. A noter que les rapports d'activités postérieurs à 2017 contiennent moins d'informations statistiques sur les caractéristiques des demandes. Entre le 1er décembre 2018 et le 30 novembre 2019, le nombre total de demandes de levée du secret devant la Commission genevoise s'est élevé à 468.

1562 COMMISSION GENEVOISE DU SECRET PROFESSIONNEL, rapport d'activité 2017.

1563 NIVEAU/BURKHARDT/CHIESA, Journal of Medical Ethics 2013, p. 686 ss.

seules 41 requêtes concernaient un refus explicite du patient de délier son soignant. Dans la majorité des cas (35), la demande de levée visait la communication d'informations à l'autorité tutélaire. Dans 4 cas, les patients ont accepté la communication d'informations ou une forme de protection tutélaire volontaire au terme de l'audience. Quant au sort des 37 cas restants, la commission a décidé de lever le secret à 26 reprises, de le lever de manière partielle dans 7 cas et a refusé de le lever dans 4 cas. Malgré l'échantillon limité de cas examinés, l'étude permet néanmoins de mettre en lumière qu'en dehors des cas où des communications sont autorisées par la loi, les soignants requièrent rarement la levée du secret à l'encontre de la volonté du patient. Par contre, lorsqu'ils le font, ces demandes sont majoritairement considérées comme légitimes par l'autorité de levée du secret professionnel[1564].

2. Qualité pour demander la levée du secret

947 Selon la lettre de l'article 321 ch. 2 CP, la qualité pour requérir la levée du secret professionnel appartient au professionnel concerné. On se souvient en effet que la mention « *sur la proposition du détenteur du secret* » avait été ajoutée par le Conseil national dans le cadre des travaux parlementaires du code pénal (*cf. supra* N 353 ss). Cette adjonction visait non seulement à rendre le texte plus clair (le fait que le professionnel soit le seul à pouvoir requérir la levée n'a pas été remis en cause lors des débats), mais aussi certainement à atténuer les critiques de certains parlementaires qui défendaient à l'époque une conception absolue du secret et qui voyaient en l'institution de la levée du secret une atteinte à l'exercice libre et indépendant des professions concernées[1565]. Dans tous les cas, la limitation de la qualité personnelle pour requérir la levée au seul professionnel visait avant tout à garantir l'indépendance du professionnel, seul à pouvoir trancher la question délicate de déterminer si l'existence d'un intérêt prépondérant doit dans un cas concret prévaloir sur ceux protégés par le secret.

948 En pratique, cela signifie que le soignant soumis au secret professionnel est en principe le seul à pouvoir décider s'il entend requérir ou non la levée de son secret, à l'exclusion de toute autre personne ou autorité[1566]. Dans la mesure où ils sont eux aussi soumis au secret professionnel, les auxiliaires

1564 Aussi en ce sens : MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2050.

1565 Voir aussi : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 49.

1566 Arrêt du TF 4C_111/2006 du 7 novembre 2006 c. 2.3.1. Entre autres : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 151 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 46 ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 49 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 600 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 31 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 199 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 149 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 52 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 33.

peuvent également requérir la levée de leur secret auprès de l'autorité compétente. Les proches, les créanciers, les héritiers, les particuliers intéressés ou non, les assureurs, les autorités judiciaires, le ministère public[1567] ou la police, les autorités sanitaires ou encore d'autres autorités administratives ne disposent pas de la qualité pour requérir la levée du secret d'un professionnel soumis à l'article 321 CP. Par principe, il en va de même lorsque le patient est décédé (sur cette question, voir toutefois *infra* N 1376 ss)[1568]. L'autorité de levée du secret professionnel ne peut pas non plus se saisir d'office d'une situation qui parviendrait à sa connaissance pour délier un professionnel sans que ce dernier l'ait demandé[1569]. Même s'ils disposent d'un intérêt important à la levée du secret, les tiers intéressés n'ont donc pas d'autre moyen que de s'adresser au professionnel pour qu'il entreprenne lui-même les démarches en vue de se faire délier du secret. Le professionnel est libre d'entreprendre ou non cette démarche. En pratique, il doit procéder lui-même à une pesée d'intérêts préalable puis, s'il parvient à la conclusion qu'une levée du secret est justifiée dans un cas particulier, décider s'il veut ou non requérir la levée du secret auprès de l'autorité[1570]. A cet égard, la loi n'offre pas d'indice ou de critères que le professionnel devrait prendre en compte à l'appui de sa démarche, sauf éventuellement dans le contexte particulier de la communication de résultats d'analyses génétiques. Selon l'art. 19 al. 3 LAGH, le médecin peut demander à l'autorité cantonale compétente d'être délié du secret professionnel « *lorsque la protection d'intérêts prépondérants des membres de la famille, du conjoint ou du partenaire nécessite que ceux-ci soient informés* » et que la personne concernée a refusé de donner son consentement[1571]. Toutefois, cette formulation n'empêche pas le médecin de saisir l'autorité de levée du secret professionnel en vue de révéler des informations fondées sur la base d'autres intérêts ou à l'égard d'autres tiers.

1567 Arrêt du 18 juin 2013 de la Cour de Justice du Canton de Genève, ATA/378/2013.

1568 Arrêt du TF 4C.111/2006 du 7 novembre 2006 c. 2.3.1. Il faut toutefois réserver les dispositions légales cantonales spéciales. Ainsi, selon l'article 55A de la loi genevoise sur la santé (RS-GE K 1 03), le soignant « *doit* » saisir la commission du secret professionnel en vue de se faire délier lorsque les proches d'un patient décédé ont un intérêt digne de protection à être informés sur les causes du décès et sur le traitement qui l'a précédé. Toutefois, 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.

1569 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 31.

1570 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 50.

1571 A noter que dans la future LAGH révisée, qui devrait entrer en vigueur en 2021, l'article 26 sera énoncé de manière légèrement différente : « *Si la communication du résultat à des membres de la famille ou à d'autres proches est indispensable à la protection de leurs intérêts et que le consentement de la personne concernée fait défaut, le médecin peut demander à l'autorité cantonale compétente de lever le secret professionnel* [...] ».

949 A l'occasion de la révision du droit de la protection de l'adulte entrée en vigueur le 1er janvier 2013, le législateur a cependant introduit une exception notable à ce principe. Dans le cadre de la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte, l'article 448 al. 2 CC relatif à l'obligation de collaborer énonce désormais que : « *les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes, les chiropraticiens et les psychologues ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si l'intéressé les y a autorisés ou que l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance les a déliés du secret professionnel à leur demande ou à celle de l'autorité de protection de l'adulte* ». Depuis le 1er janvier 2019, l'article 314*e* al. 3 CC prévoit une procédure similaire dans le cadre de la protection de l'enfant. En d'autres termes, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte peut demander la levée du secret d'un des professionnels visés à la place de celui-ci. Le prononcé de la levée du secret professionnel a pour effet d'obliger le professionnel à collaborer. L'introduction de l'article 448 al. 2 CC a soulevé des critiques en doctrine. On a ainsi reproché à cette disposition de bouleverser le système mis en place en retirant au soignant son rôle de gardien du secret[1572]. D'autres qualifient cette disposition de brèche insolite et regrettable[1573]. Cette exception au principe de base est d'autant plus discutable qu'elle n'a pas été particulièrement discutée dans le cadre de la réforme législative. Le Message du Conseil fédéral ne contient d'ailleurs pas d'explication à ce sujet[1574].

950 Enfin, il faut préciser que si le droit de requérir la levée du secret n'est en principe reconnu qu'au professionnel, la jurisprudence a récemment admis qu'un tiers qui n'était ni le professionnel ni le maître du secret devait, dans certaines circonstances particulières, bénéficier de la qualité pour recourir contre une décision de l'autorité supérieure refusant la levée du secret[1575] (l'affaire et ses conséquences sont traitées en détail *infra* N 958 s.).

3. Autorité compétente

951 Selon la lettre de l'article 321 ch. 2 CP, la révélation n'est pas punissable si elle a été autorisée par « *l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance* ».

952 La notion d'autorité supérieure ou d'autorité de surveillance n'est pas forcément claire. Lors des débats d'adoption du code pénal, certains avaient d'ailleurs dénoncé le manque de clarté de cette notion (*cf. supra* N 354). Dans

1572 PELET, *Protection de l'adulte : le secret médical ébréché*.

1573 DUMOULIN, Jusletter 27 août 2012, N 6.

1574 Voir : Message du Conseil fédéral du 28 juin 2006 concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation), FF 2006 6635, 6713.

1575 ATF 142 II 256, JdT 2017 I 135, c. non publiés 3-5 de l'arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016.

les faits, il appartient aux cantons de désigner dans leur droit l'autorité (supérieure ou de surveillance) compétente pour délier de leur secret les différents groupes de professionnels[1576]. Pour la doctrine majoritaire, l'absence de désignation d'autorité de levée du secret dans le droit cantonal équivaut à l'impossibilité de lever le secret par cette voie[1577]. Il en irait donc ainsi pour les ecclésiastiques. J'estime pour ma part que l'article 321 CP impose aux cantons de prévoir dans leur droit une ou plusieurs autorités de levée du secret professionnel pour l'ensemble des professions visées par l'article 321 CP[1578]. Le code pénal a d'ailleurs été conçu dans cette idée. La question ne se pose pas dans le domaine médical puisque l'ensemble des cantons ont désigné des autorités de levée du secret médical. Les auxiliaires peuvent aussi s'adresser à l'autorité compétente pour la levée du secret professionnel auquel ils sont astreints[1579].

953 En 1994, UMMEL/RESTELLINI regrettaient la grande diversité d'autorités cantonales de levée du secret médical[1580]. Aujourd'hui, même si l'ensemble des droits cantonaux désignent une autorité de levée du secret en matière de santé (ce qui n'était pas le cas à l'époque), la diversité des autorités reste marquée. Une majorité de droits cantonaux désignent le département en charge de la santé[1581]. A Glaris, la levée du secret peut être accordée par le département compétent ou par l'autorité administrative supérieure d'une institution de soins[1582]. Les cantons de Vaud et Saint-Gall connaissent pour leur part un conseil de santé, c'est-à-dire un organe spécialisé dans le domaine de la santé dont les compétences englobent notamment la levée du secret professionnel des soignants. La compétence de lever le secret revient alors à une délégation restreinte des membres de la commission[1583]. Dans le canton de Vaud, cette tâche a été confiée par voie réglementaire au médecin cantonal et au Procureur général, ce qui ne manque pas de surprendre en raison de la probabilité

1576 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200.

1577 En ce sens : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 30 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 47 ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, § 69 N 23 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 600.

1578 Dans le même sens : UMMEL/RESTELLINI, RS J/SJZ 1994p. 363. Pour SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 46, il revient aux cantons de préciser le sens « *d'autorité supérieure ou d'autorité de surveillance* » et ajoute : « *ou sinon, pour les autorités qui exercent effectivement un contrôle sur les professions en question, de reconnaître elles-mêmes leur nouvelle compétence* ».

1579 BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 91 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 154.

1580 UMMEL/RESTELLINI, RSJ/SJZ 1994, p. 365.

1581 Notamment : AG, AR, BE, BL, BS, FR, GR, LU, NE, NW, OW, SH, SO, SZ, TG, UR, ZG, ZH.

1582 Art. 44 GesG, RS-GL VIII A/1/1.

1583 Art. 13 al. 5 LSP, RS-VD 800.01 ; art. 6 GesG, RS-SG 311.1.

de voir surgir des conflits d'intérêts (ex. : levée en vue de signaler des soupçons d'infraction pénale) ![1584] Les législations sanitaires de Genève et Valais instituent quant à elles une commission spécifique de levée du secret professionnel pour les soignants. La commission genevoise est composée de trois membres : un médecin du Centre universitaire romand de médecine légale, un représentant de la direction générale de la santé et un représentant d'organisations se vouant statutairement à la défense des droits des patients[1585]. Cette commission est rattachée administrativement au département genevois en charge de la santé. En Valais, la commission se compose également de trois membres : le médecin cantonal, un professionnel de la santé extérieur au service de la santé publique et un juriste[1586]. Dans les cantons du Jura et du Tessin, la compétence de lever le secret professionnel appartient au médecin cantonal[1587]. Enfin, notons qu'à Fribourg et Neuchâtel, la décision de levée du secret professionnel prise par l'autorité (département) doit être précédée du préavis du médecin cantonal[1588].

954 Les personnes qui constituent les autorités de levée du secret professionnel sont soumises au secret de fonction au sens de l'article 320 CP[1589].

955 Du point de vue de la compétence locale, le for de la levée du secret professionnel se situe dans le canton qui exerce la surveillance sur l'activité du soignant au moment de la requête de levée[1590]. Il s'agit donc en principe du lieu où le professionnel exerce son activité[1591]. Le fait que le soignant ait par le passé exercé son activité dans un autre canton, sous la surveillance d'une autre autorité, n'a pas d'influence sur la détermination de la compétence locale. Le for n'est pas non plus déterminé par le domicile du patient ou par le lieu où le soignant entend révéler son secret (ex. : tribunal auprès duquel le soignant envisage de témoigner)[1592]. Lorsque le soignant a cessé son activité, il faut à mon sens privilégier le for du dernier lieu où l'activité a été exercée.

1584 DIRECTION GÉNÉRALE DE LA SANTÉ DU CANTON DE VAUD, Circulaire préhospitalière, Secret professionnel et secret de fonction, entrée en vigueur le 1er février 2020, p. 6.

1585 Art. 12 LS, RS-GE K 1 03.

1586 Art. 33 LS, RS-VS 800.1.

1587 Art. 53 al. 2 et 58 LSan, RS-JU 810.01 ; art. 20 al. 3 LSan, RS-TI 801.100.

1588 Art. 63 LS, RS-NE 800.1 ; art. 90 LSan, RS-FR 821.0.1.

1589 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 172.

1590 Arrêt du Verwaltungsgericht de Thurgovie du 15 février 2012, publié au TVR 2012 N 23, c. 2.2.

1591 La doctrine se contente généralement d'affirmer que l'autorité compétente est celle du lieu où le professionnel exerce son activité : DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 47 ; GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 34 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 53 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 352.

1592 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 45 ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 55.

4. Organisation de la procédure et garantie des droits fondamentaux

956 L'organisation de la procédure de levée du secret professionnel n'est pas réglée par le droit fédéral, mais relève de la compétence des cantons[1593]. Ces derniers doivent toutefois aménager des garanties visant à faire respecter les droits fondamentaux des parties en cause.

957 Les autorités de levée du secret professionnel doivent respecter la garantie d'un tribunal indépendant et impartial puisqu'elles statuent sur des droits et obligations de caractère civil au sens de l'article 6 § 1 CEDH[1594]. La procédure de levée du secret professionnel doit par ailleurs assurer, du moins dans une certaine mesure, le respect du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) et la garantie de l'accès au juge (art. 29*a* Cst.). Cette exigence a une incidence directe sur la détermination des personnes autorisées à participer à la procédure, une question qui a fait l'objet d'évolutions jurisprudentielles récentes[1595]. Pendant longtemps, la procédure de levée du secret professionnel se limitait souvent à un dialogue bilatéral entre le professionnel qui souhaitait se faire délier du secret et l'autorité compétente[1596]. Le patient qui s'était préalablement opposé à la levée du secret n'était donc pas forcément entendu. Dans un premier arrêt non publié de 1994, resté longtemps méconnu, le Tribunal fédéral avait jugé que la décision de levée du secret portait une atteinte à la situation juridique du patient et qu'il fallait donc lui reconnaître la qualité de partie dans la procédure cantonale. Il devait en effet être en mesure de faire valoir devant l'autorité de surveillance les raisons pour lesquelles il estimait que ses intérêts prépondérants s'opposaient à la levée du secret[1597]. En 2012, cette jurisprudence a été remise en lumière par un arrêt du Tribunal fédéral rendu en matière de levée du secret professionnel de l'avocat, qui confirmait la solution adoptée à l'époque : même si les cantons disposent d'une grande liberté pour organiser la procédure de levée du secret, ils doivent reconnaître au client la qualité de partie à tous les stades de la procédure[1598]. Toutefois, sur la question de savoir si des tiers pourraient alors bénéficier d'un accès à des informations couvertes par le secret en faisant valoir un intérêt à

1593 Arrêt du TF 2C_157/2008 du 28 avril 2008 c. 2.3.3.

1594 Arrêt du TF 2P.77/1994 du 23 décembre 1993 c. 3. GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200.

1595 Sur la question générale des droits des tiers dans la procédure de levée du secret, avec une analyse détaillée de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en la matière : CHAPPUIS, Revue de l'avocat 2018, p. 504 ss.

1596 CHAPPUIS, Revue de l'avocat 2018, p. 505.

1597 Arrêt du TF 2P.77/1994 du 23 décembre 1994 c. 2b.

1598 Arrêt du TF 2C_587/2012 du 24 octobre 2012 c. 2.5.

participer à la procédure, les juges de Mon-Repos soulignent que « *la qualité de partie ne revient qu'au bénéficiaire du secret professionnel de l'avocat et non à n'importe quel tiers* »[1599]. En d'autres termes, seul le « *maître du secret* » possède la qualité de partie aux côtés du professionnel concerné, à l'exclusion de tout autre tiers.

958 La situation a une nouvelle fois évolué en faveur d'un élargissement de la qualité de partie suite à l'ATF 142 II 256 rendu en 2016. L'affaire jugée[1600] avait pour situation initiale une action en responsabilité civile dirigée contre une médecin (Dresse A) par le compagnon d'une patiente décédée. Peu après la mort de cette dernière, le compagnon s'était entretenu avec un professeur de médecine soumis au secret professionnel. Pour consolider sa défense, la Dresse A avait requis du professeur de médecine qu'il témoigne sur la teneur de sa discussion avec le compagnon de la patiente décédée. Le professeur de médecine a demandé à l'autorité cantonale compétente de le délier de son secret. L'autorité compétente a ordonné la levée du secret. Le compagnon, considéré comme maître du secret parce qu'il s'était lui-même confié au professeur de médecine, a recouru auprès du tribunal administratif cantonal contre la décision de levée, avec succès. La Dresse A avait été invitée à participer à la procédure devant le tribunal administratif cantonal. Le professeur de médecine appelé à témoigner n'ayant pas recouru contre la décision judiciaire de refus, la Dresse A a recouru auprès du Tribunal fédéral contre la décision judiciaire refusant la levée. Ce dernier a ainsi dû déterminer si la Dresse A, qui n'était ni le professionnel soumis au secret ni le maître du secret, devait bénéficier de la qualité pour recourir contre la décision judiciaire refusant la levée du secret professionnel. Le Tribunal fédéral a reconnu la qualité pour recourir à la Dresse A[1601]. A l'appui de son raisonnement, il explique que « *le témoignage n'est typiquement pas recueilli dans l'intérêt du témoin mais dans celui de la partie qui offre cette preuve. Cette partie, telle la recourante, est atteinte encore plus fortement que le témoin par une décision refusant la levée du secret, et elle a un intérêt particulier et digne de protection à ce que le témoin puisse déposer. Il s'ensuit que la partie a aussi qualité pour recourir lorsque le témoin potentiel ne recourt pas. A la différence des situations classiques où le recours d'un tiers en faveur du destinataire d'une décision n'est pas autorisé, le recours de la doctoresse A. ne tend pas à imposer quelque chose que le destinataire pourrait seul réaliser. Au contraire, dans les limites de l'art. 166 al. 1er let. b CPC, le*

1599 *Idem* c. 3.2.

1600 ATF 142 II 256, JdT 2017 I 135, ainsi que ses considérants non publiés (arrêt du TF du 16 juin 2016 2C_215/2015).

1601 ATF 142 II 256 c. 1.2.2, JdT 2017 I 135.

destinataire formel, c'est-à-dire le témoin, est au contraire tenu de déposer (art. 160 al. 1er let. a CPC) dans la mesure où il est délié du secret professionnel. Le TF doit par conséquent entrer en matière »[1602].

959 Comme l'explique de manière circonstanciée CHAPPUIS[1603], cet arrêt représente un réel changement de paradigme (du moins, à mon avis, lorsque le maître du secret est vivant puisque des recours de proches de patients décédés ont par le passé été admis, *cf. infra* N 1381). Il octroie en effet aux tiers qui ont un intérêt particulier et digne de protection la qualité pour recourir contre une décision de l'autorité de levée du secret professionnel. Or, en application de la jurisprudence du Tribunal fédéral, la qualité pour recourir contre une décision octroie également le droit de participer à tous les échelons de la procédure[1604]. On cerne vite les problèmes pratiques qu'implique une telle reconnaissance : pour se faire délier de leur secret par l'autorité, les professionnels doivent forcément lui révéler des informations couvertes par le secret. De plus, le maître du secret qui entend s'opposer à la levée du secret devra expliquer à l'autorité pour quelles raisons il s'y oppose, révélant ainsi forcément des informations confiées au professionnel, elles aussi couvertes par le secret. Or, les tiers qui s'immisceront dans la procédure de levée prendront alors connaissance de ces informations confidentielles avant même que l'autorité n'ait statué sur la levée du secret[1605]. Je suis personnellement d'avis que cette conséquence met à mal l'ensemble de l'institution du secret médical et pourrait, selon les situations, vider celle-ci de son sens. La reconnaissance du statut de partie aux tiers devrait à mon sens être rejetée. Pour minimiser le risque évoqué, CHAPPUIS propose d'examiner dans un premier temps la stricte nécessité du témoignage requis, puis de moduler les exigences à l'égard du maître du secret en fonction de la nature des faits concernés. En d'autres termes, plus les faits toucheraient la sphère intime, moins on exigerait du maître du secret qu'il s'explique de manière étendue[1606]. Bien qu'elle soit louable, cette solution semble toutefois difficile à appliquer en pratique. Par ailleurs, il faut se demander si cette jurisprudence a uniquement vocation à s'appliquer en matière de témoignage judiciaire (civil, pénal ou administratif) ou si elle est appelée à s'appliquer à toutes les situations où un tiers dispose d'un intérêt particulier et digne d'intérêt à ce qu'un professionnel soit délié de son secret. A mon sens, il faut à tout le moins limiter la portée de cet arrêt aux témoignages

1602 *Ibid.* (citation selon la traduction du JdT).

1603 CHAPPUIS, Revue de l'avocat 2018, p. 508.

1604 Arrêt du TF 2C_587/2012 du 24 octobre 2012 c. 2.5.

1605 CHAPPUIS, Revue de l'avocat 2018, p. 511-512.

1606 *Ibid.*

judiciaires. Le Tribunal fédéral a en effet construit en bonne partie son argumentation sur la nature particulière du témoignage.

960 Pour le surplus, la procédure de levée du secret professionnel est laissée à la disposition des cantons et dépend en principe du droit cantonal de procédure administrative[1607]. Certaines lois sanitaires cantonales contiennent cependant des règles de procédure spéciales pour certains aspects de la procédure de levée du secret professionnel. Ainsi, la loi sur la santé genevoise prévoit par exemple que le président de la commission du secret professionnel peut statuer à titre provisionnel en cas d'extrême urgence et que les décisions de la commission peuvent faire l'objet d'un recours dans les dix jours auprès de la chambre administrative de la Cour de justice[1608].

961 La décision rendue par l'autorité de levée du secret professionnel doit pouvoir faire l'objet d'un contrôle judiciaire, par un tribunal disposant d'un plein pouvoir de cognition[1609]. La décision rendue par un tribunal supérieur statuant en dernière instance peut ensuite faire l'objet d'un recours en matière de droit public auprès du Tribunal fédéral (art. 82 ss LTF)[1610].

5. Forme, contenu et moment de la requête

962 L'article 321 CP n'impose aucune exigence quant à la forme de la requête de levée du secret professionnel. Celle-ci intervient généralement par écrit, mais elle pourrait également être soumise par oral, notamment en cas d'urgence[1611]. La doctrine recommande toutefois la forme écrite et il semblerait que certaines commissions cantonales exigent, au moins *a posteriori*, une confirmation écrite de la requête de levée[1612].

963 Le contenu de la requête n'est pas non plus défini par la loi[1613]. Le soignant doit en premier lieu conclure à être délié de son secret. Il ne peut pas se contenter de consulter la commission pour lui soumettre une question[1614].

1607 Pour un examen détaillé de la procédure de levée du secret professionnel des soignants dans le canton du Jura, *cf.* par ex. : CUENAT, RJJ 2017, p. 33 ss.

1608 Art. 12 al. 4 et 5 LS, RS-GE K 1 03.

1609 Arrêt du TF 2P.77/1994 du 23 décembre 1993 c. 3b. GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200.

1610 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018, c. 2 ; arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 1.1 ; arrêt du TF 2C_1127/2913 du 7 avril 2014 c. 1.1. Sur les moyens de droit, voir au surplus : MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 163 s.

1611 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 49 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 152.

1612 MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2049 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 34.

1613 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 23.

1614 SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 50 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 169 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 152.

Par analogie à la jurisprudence rendue en matière de secret de fonction, la requête doit au surplus contenir une description des circonstances concrètes de l'affaire, de telle manière à fournir à l'autorité de levée une base suffisante pour fonder sa décision[1615]. Certains auteurs ont par le passé plaidé pour que la requête de levée du secret contienne un exposé détaillé de la situation en argumentant que l'autorité de levée du secret ne pouvait valablement procéder à la pesée des intérêts en jeu qu'à cette seule condition[1616]. Avec KELLER et MAUSBACH, j'estime que ce point de vue n'est pas fondé[1617]. L'application du principe de proportionnalité impose au soignant de se limiter à communiquer les informations nécessaires pour atteindre le but visé, en l'occurrence la levée du secret professionnel. Le soignant doit donc au moins exposer clairement les motivations qui le conduisent à requérir la levée du secret et, dans les cas où le patient se serait préalablement opposé à la communication, les raisons pour lesquelles le patient s'y est opposé[1618].

964 La question de savoir si la requête doit ou non mentionner le nom du maître du secret a elle aussi suscité des discussions doctrinales par le passé. Eu égard à la reconnaissance maintenant bien établie du droit d'être entendu du maître du secret dans la procédure de levée du secret professionnel, il est dorénavant évident que le nom de celui-ci doit être mentionné dans la requête afin qu'il puisse faire valoir ses droits dans la procédure[1619]. Si la requête du soignant ne mentionne pas cette information, l'autorité de levée doit demander au soignant de la lui communiquer.

965 La requête ainsi que la décision de l'autorité compétente de lever le secret professionnel doivent intervenir avant la révélation, faute de quoi la révélation pourrait entraîner la réalisation de l'infraction de violation du secret professionnel[1620]. Alors que certains auteurs réservent les cas d'extrême urgence, il faut à mon sens examiner ces situations à la lumière des motifs justificatifs généraux du code pénal, en particulier l'état de nécessité (art. 17 CP ; *cf. infra* N 1197 ss).

1615 ATF 123 IV 75 c. 2b. Aussi : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 31 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 23 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 352.

1616 Voir par ex. : SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 51.

1617 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 152 s. ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 160 s.

1618 CUENAT, RJJ 2017, p. 34.

1619 En ce sens : JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 171 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 34 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 352 ;

1620 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 153 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 150 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 23 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 161.

6. Pesée d'intérêts et décision

966 Une fois la requête de levée du secret professionnel déposée par le soignant auprès de l'autorité cantonale compétente, celle-ci doit décider si elle autorise ou si elle refuse la révélation du secret. Pour ce faire, elle doit procéder à une pesée des intérêts en présence. Le droit fédéral, seul applicable en l'espèce, n'offre toutefois aucun indice quant à la manière de procéder à la pesée des intérêts[1621]. Comme on l'a vu, l'analyse des débats d'adoption du code pénal apporte quelques indices d'interprétation utiles. Dans un premier temps, la deuxième commission avait adopté une solution selon laquelle la révélation du secret n'était pas punissable si elle était exigée par un intérêt supérieur (cette solution avait d'ailleurs fait l'objet d'intenses débats, *cf. supra* N 353 ss). Jugeant la notion d'intérêt supérieur trop vague (mais non dénuée de pertinence), l'Assemblée fédérale lui avait ensuite préféré la procédure de levée du secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance. Ainsi, d'un point de vue historique, le concept d'intérêt supérieur apparaît sous-jacent à la levée du secret professionnel par l'autorité[1622]. Cette interprétation se justifie aussi par le biais de l'interprétation téléologique de l'article 321 CP puisqu'une simple décision administrative de l'autorité sans pesée des intérêts, c'est-à-dire sur seule demande du soignant, irait à l'encontre de l'institution du secret médical[1623].

967 S'il ne fait pas de doute que l'autorité doit analyser l'existence ou non d'un intérêt supérieur pour rendre sa décision, la situation juridique reste floue. Il appartient donc à la jurisprudence de poser les jalons nécessaires. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à de multiples reprises sur des décisions de levée du secret professionnel. Selon la jurisprudence la plus récente, l'autorité doit procéder dans chaque cas à une pesée des biens juridiques et des intérêts en présence[1624]. Cela fait, elle doit décider de lever le secret uniquement si cela est nécessaire pour préserver un intérêt privé ou public supérieur. Seule la présence d'un intérêt clairement supérieur (« *klar überwiegen* ») peut justifier la levée du secret[1625]. Dans sa pesée d'intérêts, l'autorité doit partir du principe que la protection du secret professionnel – et tout particulièrement celle du secret médical – constitue en elle-même un intérêt

1621 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 5.1 (non publié dans ATF 142 II 256).

1622 TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 11 s ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 57.

1623 TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 12.

1624 Arrêt du TF 2C_622/2017 du 19 février 2018 c. 2.2.1.

1625 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2. arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 5.1 (non publié dans ATF 142 II 256). Voir aussi : BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 23.

digne de protection important[1626]. Par ailleurs, l'intérêt à la découverte de la vérité matérielle ne constitue pas *per se* un intérêt prépondérant justifiant la levée du secret professionnel[1627].

968 L'autorité de levée du secret professionnel doit déterminer dans quelle mesure et à qui les informations peuvent être révélées. En principe, l'autorisation de révéler un secret doit se limiter aux informations nécessaires pour atteindre le but visé par la communication, compte tenu de la protection de la sphère intime et privée du maître du secret[1628]. La décision de lever le secret peut donc être partielle, c'est-à-dire se limiter à la révélation de certaines informations ou s'appliquer à certains destinataires seulement.

969 En principe, sur la base de la jurisprudence rendue en matière de secret de l'avocat, la levée du secret devrait être accordée au médecin s'il entend engager des poursuites à l'encontre d'un patient qui ne se serait pas acquitté de ses honoraires ou pour se défendre contre des actions en responsabilité civile ou des poursuites pénales engagées par un ancien patient. Dans ce cas, la levée du secret ne devrait être refusée que si le patient présente un intérêt encore plus important à préserver la confidentialité des informations secrètes[1629]. A l'inverse, le Tribunal fédéral a rejeté la levée du secret médical dans le cas de deux héritiers qui souhaitaient consulter les antécédents médicaux de leurs parents décédés, sans lien direct avec une procédure civile en cours (sur la question des communications avec les proches de personnes décédées, *cf. infra* N 1376 ss)[1630].

970 Lorsqu'un médecin souhaite communiquer, contre l'avis du patient, les résultats d'analyse génétique aux membres de la famille du patient, à son conjoint ou à son partenaire, il doit également se faire délier du secret professionnel par l'autorité cantonale compétente. Dans ce contexte, le Tribunal fédéral explique que la doctrine admet généralement un intérêt privé prépondérant en faveur des proches lorsque ceux-ci ont un intérêt à prendre connaissance d'informations en lien avec des prédispositions génétiques et/ou des maladies infectieuses graves qui pourraient mettre leur vie en

1626 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2 ; arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 5.1 (non publié dans ATF 142 II 256).

1627 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2. TRESCHEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 35.

1628 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018, c. 6.4.2. KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 156.

1629 Arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 5.2 (non publié dans ATF 142 II 256). Voir aussi : BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 23 ; BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 45.

1630 Arrêt du TF 2C_1035/2016 du 20 juillet 2017. Pour un aperçu général de la jurisprudence du Tribunal fédéral rendue en matière de levée du secret professionnel : TRECHSEL/VEST in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 34.

danger[1631]. D'un point de vue procédural, l'article 19 LAGH énonce que l'autorité de levée du secret professionnel peut solliciter l'avis de la Commission d'experts pour l'analyse génétique humaine. Cette commission, instituée par la LAGH, doit principalement déterminer le degré de pertinence des résultats de l'analyse génétique pour les proches[1632].

971 En synthèse, l'autorité de levée du secret professionnel doit procéder à une mise en balance entre les intérêts au maintien du secret professionnel et les autres intérêts qui s'opposent au secret. Il est important de rappeler que les intérêts au maintien du secret professionnel ne se limitent pas aux intérêts privés du maître du secret (protection de la sphère privée et santé), mais recouvrent également l'intérêt public à la protection du secret médical qui vise notamment à préserver la confiance du public envers les professions de soins (sur cette question, *cf. supra* N 240 ss). Ainsi, lorsqu'elle statue, l'autorité de levée du secret professionnel ne doit pas perdre de vue qu'elle se détermine sur une entorse «*spéciale*» au secret médical, c'est-à-dire sur une situation qui n'a pas été prévue par le législateur. Dans ce cadre particulier, il faut donc garder à l'esprit que le patient ne pouvait généralement pas compter sur une révélation d'informations lorsqu'il a décidé de consulter son soignant et de lui confier ses données de santé.

972 En théorie, la décision de l'autorité de lever le secret professionnel n'oblige pas pour autant le soignant à communiquer les informations[1633]. Il est vrai que l'autorisation délivrée conformément à l'article 321 ch. 2 CP a pour seul effet de supprimer le caractère illicite d'une communication[1634]. Toutefois, en pratique, dans la mesure où c'est le soignant lui-même qui a choisi d'être relevé du secret, on conçoit difficilement qu'il refuse ensuite de communiquer les informations concernées[1635]. JENDLY estime quant à elle que la décision de lever le secret s'apparente au consentement donné par le patient et que l'autorisation donnée par l'autorité compétente est le fruit d'une profonde réflexion. La levée du secret devrait donc être suivie par le praticien[1636]. Il faut toutefois noter que dans certaines situations, la loi oblige le soignant qui

1631 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2, avec référence à AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 488.

1632 Message LAGH, FF 2002 6841, 6900. A noter que cette possibilité faite à la commission de levée du secret de recourir à la Commission d'experts figurera dans une teneur similaire à l'article 26 al. 3 de la LAGH révisée (FF 2018 3636).

1633 Certaines dispositions légales de droit cantonal sanitaire précisent d'ailleurs expressément que la levée du secret n'oblige pas le professionnel à révéler le secret, *cf.* par exemple § 38 de la Verordnung zum Gesundheitsgesetz de Schaffhouse (RS-SH 810.100).

1634 En ce sens, par ex. : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 156 ; BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 62 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 50.

1635 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 38.

1636 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 172.

s'est fait délier du secret professionnel à révéler des informations. Ainsi, les médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, chiropraticiens et psychologues sont par exemple « *tenus de collaborer* » avec l'APEA lorsque l'autorité de levée du secret professionnel les a déliés à leur demande ou à celle de l'autorité de protection de l'adulte (art. 448 al. 2 CC). Ils sont également obligés de témoigner dans les procès pénaux ou civils lorsqu'ils ont été déliés du secret par l'autorité compétente, à moins qu'ils ne rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 171 al. 2 CPP et art. 166 al. 1 let. b CPC).

973 La décision de levée du secret doit être rendue par écrit (art. 321 ch. 2 CP). Alors que certains auteurs limitaient la forme écrite à une prescription d'ordre[1637], le Tribunal fédéral a au contraire récemment jugé que la décision de levée du secret devait effectivement être rendue par écrit et qu'un courriel ne remplissait pas ces conditions faute de signature notamment[1638].

7. Synthèse

974 La présente section a mis en lumière un certain nombre de constatations, dont les principales peuvent être synthétisées de la manière suivante :

— La procédure de levée du secret professionnel a cela de particulier qu'elle vise à lever le secret dans des situations qui ne sont en principe pas appréhendées par la loi. Le patient peut donc difficilement envisager ce type de révélations à l'avance et n'est pas en mesure d'adapter son comportement en conséquence (ex. : consulter ou non un soignant, lui révéler certaines informations, etc.). Les décisions de levée du secret doivent donc être accordées avec retenue et au terme d'un examen consciencieux.
— Les chiffres disponibles montrent que les requêtes de levée du secret concernent principalement des personnes décédées, disparues ou incapables de discernement. Les requêtes de levée qui font suite au refus d'un patient sont minoritaires.
— Selon le système envisagé par le législateur, seul le soignant est autorisé à requérir la levée du secret professionnel auprès de l'autorité cantonale compétente. On constate aujourd'hui une certaine érosion de ce principe, notamment depuis l'entrée en vigueur de l'article 448 al. 2 CC qui permet à l'APEA de requérir elle-même la levée du secret du soignant.
— D'un point de vue organisationnel, le constat selon lequel il existe une grande diversité d'autorités et de procédures selon les cantons continue

1637 NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 247 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 33.

1638 Arrêt du TF 1B_545/2019 du 14 octobre 2020 c. 4.4.

de prévaloir aujourd'hui. Une uniformisation des pratiques est souhaitable sous cet angle.

— Sous un angle procédural, la jurisprudence a progressivement élargi la portée du droit d'être entendu dans le cadre des procédures de levée du secret. Alors que le droit d'être entendu du maître du secret semble relever d'une certaine logique, la reconnaissance de ce droit à des tiers sous certaines conditions par le Tribunal fédéral semble plus difficile à mettre en œuvre. L'intervention d'un tiers dans la procédure de levée, c'est-à-dire avant que l'autorité prenne la décision de délier ou non le professionnel, pourrait porter une atteinte difficilement tolérable au secret professionnel.
— Dans le cadre de sa pesée d'intérêts, l'autorité de levée du secret doit prendre en compte l'ensemble des intérêts en présence, en particulier les intérêts privés et publics protégés par le secret médical. Elle ne doit lever le secret qu'en présence d'un intérêt contraire au secret qui serait clairement prépondérant.
— Dans tous les cas, l'autorité de levée du secret professionnel doit appliquer le principe de proportionnalité et limiter la levée du secret aux seules informations et destinataires nécessaires pour atteindre le but visé par la communication.

B. Levée du secret de fonction (art. 320 CP) par l'autorité compétente

975 De manière similaire à ce que prévoit l'article 321 ch. 2 CP, l'article 320 ch. 2 CP relatif à la violation du secret de fonction énonce : « *la révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure* ».

976 Dans la mesure où le secret de fonction vaut également au sein de l'administration, une levée du secret par l'autorité supérieure est nécessaire lorsqu'un fonctionnaire souhaite, par exemple, communiquer des informations à d'autres organes institutionnels. La levée n'est toutefois pas nécessaire lorsque la loi oblige ou autorise des communications (*cf. infra* N 1158 ss)[1639]. Les dispositions applicables en matière d'entraide administrative ou judiciaire autorisent par exemple la communication d'informations sans levée préalable du secret de fonction[1640]. Le partage d'informations est par ailleurs autorisé sans levée préalable au sein d'une même entité administrative ou entre un fonction-

1639 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 14 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 11.

1640 BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 14 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 38.

naire et son supérieur[1641]. Enfin, la procédure de levée du secret de fonction n'est pas nécessaire lorsque les informations couvertes par le secret touchent « *de manière clairement prépondérante* » la sphère privée d'un particulier qui consent valablement à la révélation et qu'il n'existe aucun intérêt public indépendant au maintien du secret[1642]. Certaines législations cantonales ont d'ailleurs codifié cette pratique. Par exemple, l'article 19 de la loi vaudoise sur l'information (LInfo-VD)[1643] énonce que les médecins et autres professionnels de la santé employés des établissements sanitaires publics n'ont pas besoin de se faire délier du secret de fonction lorsqu'ils sont sollicités par leurs patients de témoigner sur des aspects qui concernent personnellement ces derniers.

977 Il convient par ailleurs de souligner que la levée du secret de fonction est uniquement nécessaire dans la mesure où les informations concernées sont effectivement couvertes par le secret de fonction. Ce qui apparaît comme une lapalissade peut toutefois soulever des problèmes délicats en pratique, notamment dans le domaine des soins où le secret de fonction se trouve généralement en concours avec le secret professionnel. La question controversée des concours de normes imposant le secret au soignant fera l'objet de développements subséquents (*cf. infra* N 1222 ss).

1. Qualité pour demander la levée du secret de fonction

978 Selon le Tribunal fédéral, il appartient en principe au détenteur du secret de requérir la levée du secret de fonction, car il est dans son intérêt d'éviter que la révélation envisagée soit sanctionnée pénalement[1644]. Ce point de vue n'est toutefois pas partagé par la doctrine. Certains auteurs soutiennent que l'article 320 CP se distinguerait de l'article 321 CP en ce sens que la levée du secret pourrait également être initiée par la demande d'un service ou d'un office agissant dans l'intérêt public[1645]. Le consentement écrit de l'autorité supérieure pourrait même être donné d'office[1646].

979 Comme le secret de fonction continue de déployer ses effets après la fin des rapports de fonction, un ex-fonctionnaire garde la possibilité de requérir la levée du secret de fonction après la cessation de son activité[1647].

1641 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 61 s. ; CR CP II-AUTEUR, art. 320 N 33.

1642 En ce sens : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 13.

1643 RS-VD 170.21.

1644 ATF 123 IV 77 c. 2b, JdT 1998 IV 176.

1645 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 28 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 583 ; SCHULTZ, Kriminalistik 1979, p. 376. Egalement en ce sens : DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 36.

1646 LOGOZ, *Commentaire du Code pénal*, art. 320 N 9.

1647 ATF 123 IV 75 c. 1b et 2 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 27.

2. Autorité compétente

980 La désignation de l'autorité compétente pour lever le secret de fonction au sens de l'article 320 ch. 2 CP relève du droit administratif fédéral, cantonal ou communal, selon le statut du fonctionnaire concerné[1648].

981 A Genève, l'autorité compétente pour délier les fonctionnaires qui exercent dans le domaine des soins est « *le conseil d'administration des établissements publics médicaux ou de l'Hospice général, soit pour lui son président, pour les membres du personnel des établissements publics médicaux ou de l'Hospice général* »[1649]. A Neuchâtel, les fonctionnaires qui déposent en justice, souhaitent produire des pièces ou remettre des attestations en justice sur des faits couverts par le secret de fonction, doivent préalablement avoir été déliés de leur secret par « *l'autorité de nomination* »[1650]. Bien que, dans ce dernier cas, la situation vise uniquement les communications en justice, cette règle devrait également trouver application pour les autres types de communications, telles que les dénonciations pénales (pour autant qu'aucune disposition légale n'autorise ou n'oblige déjà le fonctionnaire à dénoncer l'infraction concernée)[1651]. La législation jurassienne contient une disposition similaire, mais désigne la compétence des chefs de département[1652].

982 Les législations cantonales sur le statut des fonctionnaires de l'administration publique s'appliquent par principe aux fonctionnaires dans le sens classique du terme (ex. : fonctionnaire au service de santé publique de l'administration cantonale). En principe, leur champ d'application ne s'étend pas aux employés d'établissements autonomes de droit public. Or, il n'est par rare que des établissements médico-hospitaliers soient précisément constitués sous la forme d'établissements autonomes de droit public. Même s'ils sont engagés sur la base d'un contrat de droit privé, les employés engagés par ces établissements contribuent toutefois à la réalisation d'une tâche publique confiée et doivent à cet effet être considérés comme des fonctionnaires au

1648 Arrêt du TF 6P_22/2007 du 21 août 2007 c. 5.10.2.3.1. JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 137 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 12 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 36 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 15 ; DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 583 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 28.

1649 Art. 9A al. 5 de la loi générale genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC ; RS-GE B 5 05). Les autorités compétentes sont également désignées à l'art. 9 al. 8 de la loi sur les établissements publics médicaux (LEPM ; RS-GE K 2 05).

1650 Art. 23 de la loi sur le statut de la fonction publique (LSt ; RS-NE 152.510).

1651 De cet avis : CUENAT, RJJ 2017, p. 34 s, qui parvient à cette conclusion sur la base du droit jurassien qui contient une disposition similaire.

1652 Art. 26 de la loi sur le personnel de l'Etat (LPer ; RS-JU 173.11).

sens fonctionnel (art. 110 ch. 3 CP ; sur cette question, *cf. supra* N 518 ss). Sur le principe, ils sont donc soumis au secret de fonction et devraient donc se faire délier par l'autorité supérieure s'ils entendent révéler des informations couvertes par ce secret. Alors que certaines législations cantonales ont appréhendé ce type de situations (ex. : à Genève, le conseil d'administration de l'établissement public médical est compétent[1653]), de nombreuses législations cantonales ne prévoient aucune règle particulière, créant ainsi des lacunes. Tel est par exemple le cas pour les employés de l'Hôpital du Jura, constitué sous la forme d'un établissement autonome de droit public. En pratique, les employés de l'Hôpital du Jura qui souhaitent se faire délier du secret de fonction adressent leur demande au directeur général de l'établissement[1654]. CUENAT approuve cette solution tout en admettant qu'une interprétation restrictive – non souhaitable en l'espèce – reviendrait à désigner comme « *autorité supérieure* » le chef du département en charge de la santé publique dans le canton du Jura. Cet auteur explique que si les employés de l'établissement public sont considérés comme des fonctionnaires, il n'est pas déraisonnable de considérer par analogie la direction de l'établissement comme une « *autorité supérieure* ». Par ailleurs, comme le secret de fonction porte en premier lieu sur l'organisation interne de l'établissement, la direction de l'établissement est plus compétente que le chef du département de la santé publique pour déterminer si des révélations concernant ce type d'informations peuvent être communiquées ou non[1655]. Cette argumentation est convaincante.

983 Comme cela a été examiné, les employés d'un établissement privé peuvent aussi, dans certaines situations, revêtir le statut de fonctionnaire au sens fonctionnel (art. 110 ch. 3 CP) lorsqu'ils accomplissent une tâche publique qui leur a été confiée (sur cette question, *cf. supra* N 518 ss). C'est notamment le cas lorsque l'établissement privé se voit confier un mandat de prestations dans le domaine des soins stationnaires. Les employés de l'établissement privé devraient alors être considérés comme des fonctionnaires au sens fonctionnel, dans les limites de l'accomplissement du mandat de prestations. Les informations apprises dans ce cadre précis sont donc en principe couvertes par le secret de fonction et, en l'absence de base légale fondant une communication à un tiers, leur révélation devrait être conditionnée au consentement de l'autorité supérieure. Ce raisonnement est certes le résultat d'une

1653 Art. 9 al. 5 de la loi générale genevoise relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux (LPAC ; RS-GE B 5 05). Les autorités compétentes sont également désignées à l'art. 9 al. 8 de la loi sur les établissements publics médicaux (LEPM ; RS-GE K 2 05).

1654 CUENAT, RJJ 2017, p. 35.

1655 *Ibid*.

application stricte du droit, mais elle est conforme à la conception large du statut de fonctionnaire reconnue par la jurisprudence (*cf. supra* N 504). Dans de telles situations, il convient d'appliquer par analogie la solution retenue pour les établissements autonomes de droit public et de désigner la direction de l'établissement privé comme « *autorité supérieure* ». Malgré la contradiction que cela implique, cette solution s'articule relativement bien avec les législations cantonales sur le statut des fonctionnaires qui désignent généralement, d'un point de vue fonctionnel, l'autorité d'engagement comme autorité de levée du secret de fonction. Il faut par ailleurs réserver l'application des règles sur les conflits de normes, en particulier entre le secret professionnel et le secret de fonction (sur cette question, *cf. infra* N 1274 ss).

3. Procédure

984 La détermination de la procédure applicable relève elle aussi du droit fédéral, cantonal ou communal, selon la collectivité concernée[1656].

985 La procédure doit notamment garantir le droit d'être entendu des éventuelles personnes privées qui seraient touchées dans leur personnalité par la communication d'informations couvertes par le secret de fonction. Les personnes privées concernées devraient donc être invitées à prendre position sur la communication avant la décision de levée du secret de fonction[1657]. Elles doivent également bénéficier de la possibilité de contester judiciairement la décision de levée du secret de fonction lorsqu'elles sont directement touchées dans leur personnalité[1658].

4. Forme, contenu et moment de la requête

986 La loi ne prévoit pas de forme pour la requête. Celle-ci peut donc être déposée aussi bien par écrit que par oral. Selon le Tribunal fédéral, elle doit toutefois contenir une représentation des faits suffisamment précise pour permettre à l'autorité de prendre sa décision[1659]. Elle doit intervenir avant la révélation des faits secrets, faute de quoi le fonctionnaire se rend coupable de violation du secret de fonction puisqu'il n'existe pas de motif justificatif au moment de la révélation[1660].

1656 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 36 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 15.

1657 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 29 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 36 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 11 ; SCHULTZ, Kriminalistik 1979, p. 375.

1658 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 128.

1659 ATF 123 IV 77 c. 2b.

1660 TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 11.

5. Décision

De manière similaire à l'article 321 ch. 2 CP, l'article 320 ch. 2 CP n'indique pas non plus les critères que l'autorité doit prendre en compte pour décider de délier ou non le fonctionnaire de son secret de fonction. Toutefois, contrairement à ce qui prévaut en matière de secret professionnel, les critères de levée peuvent être valablement déterminés par le droit administratif fédéral, cantonal ou communal[1661]. En l'absence de règles particulières, l'autorité supérieure doit procéder à une pesée des intérêts en présence[1662]. Cette pesée d'intérêts devra opposer d'une part les intérêts qui fondent la requête et d'autre part les intérêts au maintien du secret de fonction, soit l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique ainsi que l'éventuel intérêt à la protection de la sphère privée des particuliers touchés par les informations concernées (*cf. supra* N 495 ss). Dans le contexte particulier du témoignage d'un fonctionnaire dans une procédure pénale, l'article 170 al. 3 CPP prévoit que l'autorité compétente pour lever le secret de fonction ordonne à la personne concernée de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret. Le fonctionnaire est alors tenu de témoigner. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les autorités pénales n'ont pas la qualité pour recourir contre une décision refusant la levée du secret de fonction[1663]. 987

Conformément au principe de proportionnalité, l'autorisation de révéler doit se limiter aux informations et aux destinataires nécessaires pour atteindre le but visé par la communication envisagée. 988

Si l'autorité supérieure autorise la révélation d'informations couvertes par le secret de fonction alors même qu'elle n'avait pas de motif suffisant pour le faire, le fonctionnaire qui a communiqué de bonne foi les informations n'encourt pas de sanction pénale[1664]. Cela n'exclut toutefois pas une responsabilité juridique ou politique de l'autorité concernée[1665]. 989

C. Levée du secret fondée sur le droit cantonal sanitaire

Dans le contexte de l'article 321 CP, l'organisation de la procédure de levée du secret et la désignation de l'autorité compétente relèvent toutes deux de la 990

1661 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 62 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 320 N 13 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 15.

1662 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 29 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 320 N 36. Sur les difficultés posées par cette pesée d'intérêts, *cf.* TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 63.

1663 ATF 123 II 371 c. 2e, JdT 1999 IV 11. BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 16.

1664 MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 613 ; TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 62.

1665 MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 613.

compétence des cantons. Ces points ont en principe été réglés dans les législations cantonales sanitaires. Or, les législations cantonales sanitaires ne font pas de distinction entre les procédures de levée du secret des professionnels soumis à l'article 321 CP et celui des autres professions astreintes au secret institué par le droit cantonal sanitaire. Il s'agit d'une même procédure de levée et d'une même autorité. Les considérations développées pour la levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP peuvent donc être appliquées par analogie (*cf. supra* N 947 ss), à tout le moins dans leur portée procédurale.

991 Comme le secret institué par les législations cantonales sanitaires est une notion autonome propre à chaque canton, l'autorité cantonale qui est saisie d'une requête en levée du secret par un professionnel soumis exclusivement au droit cantonal sanitaire (et non à l'article 321 CP) devrait théoriquement se limiter à la prise en compte des intérêts protégés par le secret « *cantonal* » lorsqu'elle procède à sa pesée des intérêts. A Genève, l'article 87 al. 2 de la loi sur la santé[1666] énonce par exemple que le secret professionnel a pour but de protéger la sphère privée du patient, sans référence aux intérêts publics protégés par le secret médical. On peut donc se demander si, dans de tels cas, l'autorité de levée du secret professionnel devrait se limiter à la prise en compte des seuls intérêts privés du patient lorsqu'elle tranche. Dans les faits, une interprétation trop restrictive du secret médical en droit cantonal contreviendrait aux garanties imposées par le droit international et constitutionnel (art. 8 CEDH, art. 10 Cst. ; sur cette question, *cf. supra* N 692). Pour reprendre l'exemple genevois, les juridictions cantonales ont d'ailleurs précisément reconnu l'intérêt public protégé par le secret médical malgré la formulation de la loi sur la santé[1667]. Lorsqu'elle est saisie d'une requête en levée du secret par un professionnel soumis exclusivement au droit cantonal sanitaire, l'autorité cantonale compétente devrait donc en principe appliquer par analogie les mêmes critères que ceux développés par la jurisprudence en lien avec la levée du secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

D. Pesée des intérêts dans les législations sur la protection des données personnelles

992 Les procédures de levée du secret professionnel (art. 321 CP et droit cantonal sanitaire) et de levée du secret de fonction (art. 320 CP) impliquent un processus de pesée des intérêts mené par une autorité. Les législations sur la protection

1666 RS-GE K 1 03.

1667 *Cf.* notamment : arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 27 juin 2017, ATA 1006/2017 c. 3 ; arrêt de la Cour de justice du canton de Genève du 9 septembre 2014, ATF/717/2014 c. 10.

des données personnelles connaissent également des mécanismes de pesée d'intérêts pour justifier des communications de données dans certaines situations. Toutefois, lorsqu'une telle pesée d'intérêts intervient, celle-ci n'est pas effectuée par une autorité qui va autoriser ou rejeter la communication d'informations envisagée, mais directement par celui ou celle qui envisage la communication. L'éventuel contrôle judiciaire de la licéité d'une communication intervient donc *a posteriori*.

1. Intérêt prépondérant dans la LPD

a. Intérêt prépondérant comme motif justificatif à une atteinte illicite à la personnalité

993 La LPD recourt au concept d'intérêt prépondérant pour justifier les atteintes à la personnalité causées par les traitements de données personnelles effectués par les personne privées. Ce concept est directement déduit de l'article 28 CC, norme centrale de la protection de la personnalité dans l'ordre juridique suisse[1668]. Lorsque des traitements de données personnelles effectués par des personnes privées sont en jeu, la protection de la personnalité selon le code civil et la LPD visent d'ailleurs le même but : la sauvegarde de l'autonomie des personnes concernées et leur droit à se déterminer librement[1669].

994 Selon l'article 12 al. 1 LPD, les personnes privées qui traitent des données personnelles ne doivent pas porter d'atteinte illicite aux personnes concernées. Tout traitement de données personnelles n'est pas en soi illicite[1670]. L'alinéa 2 de cette même disposition contient une liste exemplative de comportements qui constituent par principe une atteinte à la personnalité. Parmi ceux-ci, l'article 12 al. 2 LPD énonce que personne n'est en droit, sans motif justificatif, de traiter des données personnelles en violation des principes généraux, de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée ou de « *communiquer à des tiers des données sensibles ou des profils de la personnalité* ». Comme les données relatives à la santé constituent des données sensibles (art. 3 let. c ch. 2 LPD), on peut raisonnablement partir du principe que, de manière générale, les soignants qui communiquent à des tiers des données personnelles relatives à leurs patients portent une atteinte à la personnalité des patients concernés. L'existence d'une atteinte à la personnalité causée par le traitement de données devra être prouvée par la victime, qui devra notamment faire valoir la violation d'un principe général de la LPD

1668 BSK DSG-RAMPINI, Vorbemerkungen zu Art. 12-15 N 3 ; MEIER, *Protection des données*, N 1521 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 1.

1669 Message LPD, FF 1988 II 421, 465.

1670 MEIER, *Protection des données*, N 1526.

(art. 12 al. 2 let. a LPD)[1671]. La LPD établit enfin une présomption selon laquelle il n'y a en règle générale pas d'atteinte à la personnalité lorsque la personne a rendu ses données accessibles à tout un chacun et qu'elle ne s'est pas opposée formellement au traitement (art. 12 al. 3 LPD)[1672].

995 Pour être licites, les communications qui entraînent une atteinte à la personnalité doivent reposer sur un motif justificatif. Selon l'article 13 al. 1 LPD, l'atteinte peut être justifiée alternativement par « *le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi* »[1673]. Mon propos se concentrera ici sur la notion d'« *intérêt prépondérant privé ou public* », une notion qui n'est pas définie par la loi et qui offre une large marge d'appréciation.

996 La LPD révisée proposera un système analogue au droit actuel pour justifier les atteintes à la personnalité causées par les traitements de données personnelles (art. 30 et 31 n-LPD). Les atteintes pourront, comme aujourd'hui, être justifiées par l'existence d'un intérêt prépondérant privé ou public (art. 31 al. 1 n-LPD).

b. Intérêt privé prépondérant

997 L'existence d'un intérêt privé prépondérant à traiter des données personnelles doit s'examiner dans le cas concret. Pour procéder à cette analyse, il faut prendre en compte aussi bien le but du traitement que les moyens utilisés pour atteindre ce but[1674].

998 Les méthodes proposées par la doctrine pour déterminer si une atteinte à la personnalité causée par un traitement de données personnelles est justifiée ou non s'articulent généralement autour des étapes suivantes[1675] :

1. Il faut d'abord établir l'existence d'une atteinte à la personnalité, faute de quoi une justification n'est pas nécessaire.
2. Il faut ensuite déterminer si l'auteur du traitement peut se prévaloir d'un intérêt légitime ou digne de protection. La valeur de cet intérêt doit être généralement reconnue[1676]. Il peut s'agir d'intérêts purement écono-

1671 *Idem*, N 1571.

1672 Sur cette question, *cf.* : ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 12 N 49 ss ; BSK DSG-RAMPINI, art. 12 N 16 ss ; MEIER, *Protection des données*, N 1573 ss.

1673 WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 8.

1674 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 8.

1675 Voir notamment : MEIER, *Protection des données*, N 1618 ss ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 9 ss ; WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 10.

1676 MEIER, *Protection des données*, N 1622 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 10 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 12 N 22.

miques, scientifiques, médiatiques ou encore de protection de la santé[1677]. La plupart du temps, l'intérêt privé prépondérant à traiter des données personnelles existe en faveur de l'auteur du traitement, voire de tiers[1678]. Dans certaines situations, une atteinte à la personnalité causée par un traitement de données pourrait toutefois aussi être justifiée par l'intérêt prépondérant de la personne concernée[1679]. Avant l'entrée en vigueur de la LPD, le Tribunal fédéral a par exemple jugé qu'en cas de cessation d'activité d'un cabinet médical pour cause de décès, les patients avaient un intérêt légitime à ce que le médecin qui reprend le cabinet accède à leurs données, y compris aux antécédents médicaux[1680]. Meier considère toutefois, à juste titre, que l'accès aux données constitue une dérogation au secret professionnel (art. 321 CP) et que, même s'il doit être admis dans ce cas particulier, l'accès aux données doit se limiter aux seuls noms et adresses des patients, de telle sorte que le médecin puisse contacter les patients et convenir du sort de leur dossier[1681]. Par ailleurs, la doctrine admet généralement l'existence d'un intérêt privé prépondérant du patient à ce que ses données soient communiquées lorsque celui-ci est inconscient, qu'il se trouve dans une situation d'urgence médicale et que ni lui ni son représentant ne sont en mesure de consentir ou que le consentement n'a pas été donné de manière valide[1682]. Une telle construction juridique ne devrait être admise qu'avec précaution et de manière restrictive. En effet, les motifs justificatifs de la LPD ne permettent en principe pas de déroger au secret professionnel.

3. Il faut ensuite établir l'intérêt de la personne concernée à ne pas subir d'atteinte à la personnalité par le biais du traitement de données personnelles. Bien que cet intérêt soit en lui-même légitime et digne de protection, il peut varier selon le type de données traitées ou le but du traitement par exemple[1683].
4. Enfin, lorsque l'existence d'intérêts légitimes et dignes de protection est établie aussi bien en faveur de l'auteur du traitement qu'en faveur

1677 ATF 138 II 346 c. 10.3, JdT 2013 I 71. MEIER, *Protection des données*, N 1622.

1678 ATF 138 II 346 c. 10.5 et 10.6, JdT 2013 I 71 ; MEIER, *Protection des données*, N 1619.

1679 ATF 138 II 346 c. 10.3, JdT 2013 I 71.

1680 ATF 119 II 222 c. 2b, JdT 1994 I 598. Voir aussi en ce sens : arrêt du TF 4A_398/2007 du 23 avril 2009 c. 5.1.

1681 MEIER, *Protection des données*, N 1626.

1682 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 7 ; WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 11 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 21, qui ne limite toutefois pas son exemple aux cas d'urgence.

1683 MEIER, *Protection des données*, N 1618 et 1624, ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 11.

de la personne concernée, il faut procéder à une pesée des intérêts pour déterminer si l'intérêt privé de l'auteur peut être qualifié de « *prépondérant* ». En d'autres termes, l'intérêt privé de l'auteur est prépondérant s'il surpasse – et non égale – l'intérêt de la personne concernée à ne pas subir d'atteinte à la personnalité[1684]. La pesée des intérêts doit s'effectuer à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce[1685]. Il faut non seulement identifier les intérêts concrets, mais également les évaluer et les optimiser pour qu'ils puissent être exploités le plus largement possible lors du jugement[1686]. L'intérêt prépondérant de l'auteur du traitement de données peut justifier une partie seulement du traitement, c'est-à-dire le traitement pour certains buts ou certaines données uniquement[1687]. Selon la doctrine, il ne faut pas accepter trop facilement que l'intérêt de l'auteur du traitement surpasse celui de la personne concernée à ne pas subir d'atteinte à sa personnalité[1688]. Par ailleurs, lorsque le traitement des données porte atteinte à la personnalité parce qu'il contrevient aux principes généraux de la LPD, l'intérêt prépondérant de l'auteur du traitement ne doit être admis qu'avec une grande retenue[1689].

999 Le législateur a inscrit à l'article 13 al. 2 LPD (art. 31 al. 2 n-LPD) une liste non exhaustive de situations dans le cadre desquelles le juge doit prendre en compte l'existence d'intérêts prépondérants de l'auteur du traitement. Parmi celles-ci figure le traitement de données qui est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et où les données traitées concernent le cocontractant (art. 13 al. 2 let. a LPD). Si le juge n'est pas formellement lié par les motifs de l'article 13 al. 2 LPD, il doit néanmoins leur accorder un certain poids dans son jugement[1690].

1000 L'application pratique du critère d'intérêt privé prépondérant – qui dépend fortement des circonstances dans chaque cas d'espèce – est non seulement peu aisée, mais également peu prévisible[1691]. Celui qui traite des

1684 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 12 ; WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 8.

1685 BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 24 ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 12.

1686 ATF 138 II 346 c. 10.3, JdT 2013 I 71.

1687 MEIER, *Protection des données*, N 1628.

1688 *Idem*, N 1627.

1689 ATF 136 II 508, c. 5.2.4, JdT 2011 II 446 ; ATF 138 II 346 c. 10.4, JdT 2013 I 71.

1690 MEIER, *Protection des données*, N 1632.

1691 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 6 ; MEIER, *Protection des données*, N 1627 ; WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 8.

données personnelles ne devrait donc recourir à ce motif justificatif qu'à titre subsidiaire, notamment lorsque le consentement de la personne concernée ne peut pas être obtenu[1692].

c. Intérêt public prépondérant

1001 L'intérêt public procure un avantage à la collectivité ou au moins à une pluralité de personnes[1693]. Par rapport à l'intérêt privé prépondérant, la portée pratique de l'intérêt public prépondérant en tant que motif justificatif au sens de l'article 13 LPD est toutefois plus réduite[1694]. L'intérêt public est en effet souvent concrétisé par une norme (la communication est alors justifiée par la loi)[1695] ou intervient en appui d'un intérêt privé prépondérant existant[1696]. Il n'en demeure pas moins que la jurisprudence a par le passé admis des cas où des atteintes à la personnalité étaient justifiées par l'existence d'un intérêt public. Le Tribunal fédéral a par exemple jugé que dans certaines situations, des sociétés d'assurance publiques ou privées pouvaient se prévaloir d'un intérêt public pour faire surveiller leurs assurés par un détective privé[1697].

1002 Un éventuel intérêt public prépondérant doit être examiné à la lumière des circonstances concrètes, selon les mêmes modalités que l'intérêt prépondérant privé et doit donc être pris en compte dans la mise en balance des intérêts qui justifient ou s'opposent à l'atteinte à la personnalité.

2. Pesée des intérêts dans le cadre des législations cantonales sur la protection des données personnelles

1003 Conformément au principe constitutionnel selon lequel le droit est la base et la limite de l'Etat (art. 5 al. 1 Cst.), les communications de données personnelles par des organes publics cantonaux ne sont en principe autorisées ou imposées que si elles sont prévues par une base légale. La licéité d'une communication est donc en principe tranchée en amont par le législateur, qui préfigure les situations dans lequelles les organes publics cantonaux communiquent des données personnelles. En réalisant cet exercice, le législateur procède déjà à une

1692 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 6.

1693 MEIER, *Protection des données*, N 1612 ; WERMELINGER, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 13 N 13.

1694 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 13 N 20 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 47.

1695 *Ibid.*

1696 MEIER, *Protection des données*, N 1614.

1697 ATF 135 I 169 c. 5.5, JdT 2010 I 191 ; ATF 136 I 410, JdT 2010 I 553. Dans l'arrêt Vukota-Bojic c. Suisse du 18 octobre 2016, requête n° 61838/10, § 78, la CourEDH s'est limitée à juger que la législation suisse alors applicable en matière de surveillance d'un assuré par une assurance sociale ne contenait pas de base légale suffisante. Elle n'a pas tranché la question de savoir si la surveillance était nécessaire dans une société démocratique.

pesée des intérêts puisque les traitements de données personnelles constitutifs d'une atteinte à la protection de la sphère privée des particuliers (art. 13 Cst.) sont uniquement admissibles aux conditions posées par l'article 36 Cst. De tels traitements doivent en particulier être proportionnés au but visé[1698].

1004 Un cadre trop rigide conduirait toutefois à des résultats indésirables et les législations cantonales contiennent parfois des aménagements qui permettent de moduler certaines communications par la prise en compte d'intérêts en présence. De tels aménagements sont généralement inspirés de l'article 19 LPD qui règle les communications de données personnelles par les organes fédéraux. L'article 19 al. 1 LPD expose d'abord un certain nombre de situations où un organe fédéral peut exceptionnellement communiquer des données en l'absence d'une base légale. Si cette disposition laisse relativement peu de marge de manœuvre à l'organe fédéral, on notera que la LPD révisée autorisera l'autorité à communiquer des données sans base légale si cette communication est nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers et qu'il n'est pas possible d'obtenir le consentement de la personne concernée dans un délai raisonnable (art. 32 al. 4 let. c n-LPD).

1005 Par ailleurs, un organe fédéral « *refuse la communication, la restreint ou l'assortit de charges* [...] *si un important intérêt public ou un intérêt légitime manifeste de la personne concernée l'exige* ». Dans ce cas de figure, c'est seulement si la communication est dans un premier temps admissible au regard de la loi qu'il faut examiner si un intérêt important s'oppose à la communication. Lorsqu'un tel intérêt existe, l'autorité est tenue d'examiner si la communication doit être refusée ou restreinte[1699]. Le cas échéant, elle doit appliquer le principe de proportionnalité et peut notamment décider d'anonymiser les données pour ménager les intérêts en jeu. Elle peut toutefois également refuser la communication sur son principe ou décider qu'aucune restriction n'est nécessaire[1700]. Les motifs de restriction prévus par l'article 19 al. 4 LPD ne trouvent toutefois pas application lorsqu'une loi spéciale rend une communication obligatoire[1701] ou qu'elle règle déjà exhaustivement, même de manière implicite, le principe et le contenu d'une communication[1702]. Dans ces cas, le législateur a déjà procédé à une pesée d'intérêts générale et abstraite.

1698 WALDMANN/BICKEL, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 12 N 91.

1699 BSK DSG-EHRENSPERGER, art. 19 N 61. WALDMANN/BICKEL, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 12 N 92.

1700 WALDMANN/BICKEL, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 12 N 92.

1701 BSK DSG-EHRENSPERGER, art. 19 N 61 s.

1702 JÖHRI, *Handkommentar DSG*, art. 19 N 96 ; WALDMANN/BICKEL, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 12 N 92 ; BSK DSG-EHRENSPERGER, art. 19 N 62.

Un intérêt privé légitime manifeste existe par exemple lorsque les données concernées se rapportent à l'état de santé d'une personne et que ces données ne sont pas pertinentes pour la décision que doit prendre l'autorité destinataire[1703]. Les intérêts publics importants relèvent généralement de la sécurité militaire ou de l'Etat, voire des buts de police, mais peuvent aussi reposer sur des considérations financières ou liées à des enquêtes judiciaires[1704]. 1006

Parmi les législations cantonales sur la protection des données qui contiennent de telles restrictions, la plupart ont adopté une formulation similaire ou très proche de celle de l'article 19 al. 4 LPD[1705]. Le canton de Zurich est le seul à avoir adopté une liste exemplative de ce qui pourrait constituer un intérêt public susceptible d'empêcher ou de restreindre une communication[1706]. Selon cette disposition, un tel intérêt existe par exemple lorsque la communication pourrait mettre en danger des mesures d'enquête, de sécurité ou de surveillance. Quant à l'intérêt privé qui pourrait empêcher ou limiter une communication par un organe public zurichois, il existe en particulier lorsque la communication porte atteinte à la sphère privée d'un tiers[1707]. Dans certains cantons, la restriction de communications fondées sur un intérêt public ou privé est limitée aux communications à l'attention de personnes privées[1708]. A noter que dans les cantons de Neuchâtel et du Jura, une procédure particulière est prévue lorsque les entités cantonales accordent des communications qui devraient être refusées, restreintes ou différées en les assortissant de charges, de telle manière à sauvegarder les intérêts à protéger. Dans ce cas de figure, les entités cantonales doivent indiquer sommairement par écrit les motifs de leur position de même que la possibilité de saisir le préposé cantonal à la protection des données[1709]. 1007

1703 JÖHRI, *Handkommentar DSG*, art. 19 N 100.

1704 BSK DSG-EHRENSPERGER, art. 19 N 62. Voir aussi : MUND, in : BAERISWYL/PÄRLI (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum DSG*, art. 19 N 36 ; JÖHRI, *Handkommentar DSG*, art. 19 N 99.

1705 Voir par exemple : art. 14 al. 1 LCPD (RS-BE 152-03) ; art. 11 LPrD (RS-FR 17.1) ; art. 26 al. 1 let. a CPDT-JUNE (RS-NE 150.30) ; art. 13 al. 3 kDSG (RS-NW 232.1) ; art. 12 al. 1 let. b Datenschutzgesetz (RS-SG 142.1) ; art. 10 let. a Kantonales Datenschutzgesetz (RS-SH 174.100) ; § 23 InfoDG (RS-SO 114.1) ; § 25 al. 1 let. a Gesetz über die Öffentlichkeit der Verwaltung und den Datenschutz (RS-SZ 140.410) ; § 10 DSG (RS-TG 170.7) ; art. 14 al. 1 LPDP (RS-TI 163.100) ; art. 9 DSG (RS-UR 2.2511), art. 14 al. 1 let. b LPrD (RS-VD 172.65) ; art. 27 LIPDA (RS-VS 170.2) ; § 10 al. 1 let. a Datenschutzgesetz (RS-ZG 157.1) ; § 23 al. 1 IDG (RS-ZH 170.4).

1706 § 23 al. 2 IDG (RS-ZH 170.4).

1707 § 23 al. 3 IDG (RS-ZH 170.4).

1708 Voir par exemple : § 10 DSG (RS-LU 38).

1709 Art. 26 al. 3 et 4 CPDT-JUNE (RS-NE 150.30).

1008 Les législations genevoise et vaudoise se distinguent quelque peu sur cette question. A Genève, un organe public cantonal est autorisé à communiquer des données personnelles à une tierce personne de droit privé si « *un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose* »[1710]. La légalité de ce type de dispositions est discutable puisqu'une telle communication par un organe public ne repose pas sur une base légale précise. Dans ce type de situations, la loi genevoise précise que l'organe public doit s'efforcer de consulter les personnes concernées ou, si cela est disproportionné, solliciter l'avis du préposé cantonal genevois à la protection des données[1711]. Dans le canton de Vaud, les organes publics peuvent eux aussi communiquer des données personnelles lorsque « *le requérant privé justifie d'un intérêt prépondérant à la communication primant celui de la personne concernée à ce que les données ne soient pas communiquées* »[1712].

1009 L'article 19 al. 4 LPD ainsi que de nombreuses législations cantonales sur la protection des données prévoient au surplus un refus ou une limitation des communications en présence d'une obligation légale de garder le secret ou lorsqu'une disposition particulière relevant de la protection des données l'exige. Est par exemple visée l'obligation de garder le secret à charge des personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales (art. 33 LPGA).

1010 Dans le domaine médical, les législations cantonales sur la protection des données personnelles s'appliquent à tout le moins aux établissements médico-hospitaliers de droit public cantonal. Il s'agira donc de déterminer dans quelle mesure les dispositions examinées dans la présente section s'articulent avec les obligations spéciales de confidentialité imposées aux soignants (*cf. infra* N 1266 ss).

E. Cas particulier du secret institué par la LAVI

1011 Contrairement aux articles 321 et 320 CP et aux législations sur la protection des données personnelles, la LAVI ne connaît pas de mécanisme général de mise en balance des intérêts pour lever le secret institué par cette loi (art. 11 LAVI)[1713]. Les personnes qui travaillent pour un centre de consultation LAVI ne peuvent

1710 Art. 39 al. 9 LIPAD (RS-GE A 2 08).

1711 Art. 39 al. 10 LIPAD (RS-GE A 2 08).

1712 Art. 15 al. 1 let. c LPrD (RS-VD 172.65).

1713 VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art.11 N 18, qui exclut une levée du secret LAVI par une autorité, par analogie aux articles 321 ch. 2 CP ou 320 ch. 2 CP.

donc pas s'adresser à une autorité en vue de se faire délier de leur secret. Les communications d'informations couvertes par ce secret doivent donc reposer alternativement sur le consentement de la personne concernée (art. 11 al. 2 LAVI) ou sur une loi. Une pondération des intérêts en présence pourra tout au plus intervenir dans les limites posées par les dérogations légales applicables, notamment sous l'angle de l'obligation de témoigner en procédure pénale. Conformément à l'article 173 CPP, les personnes tenues au secret institué par la LAVI ne doivent en effet déposer que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret.

F. Constat

A l'exception du secret institué par la LAVI, toutes les formes de secret applicables aux soignants peuvent être levées par le biais de mécanismes de pondération des intérêts en présence. Ces mécanismes permettent de déroger à la confidentialité en dehors des communications autorisées par la loi ou lorsque le consentement de la personne concernée fait défaut. 1012

Le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP) et les secrets imposés par les législations sanitaires cantonales bénéficient d'une protection renforcée puisque leur levée doit être ordonnée par une autorité avant la révélation. Les autorités compétentes doivent procéder à une pesée des intérêts en présence et déterminer si l'intérêt à la communication dépasse clairement celui au maintien du secret. A l'inverse, la LPD offre un cadre plus souple pour les communications de données personnelles sensibles lorsque l'auteur du traitement est une personne privée. Les communications de données qui portent une atteinte à la personnalité peuvent être justifiées par l'existence d'un intérêt privé ou public dont le caractère prépondérant n'est pas contrôlé *a priori* par une autorité. Seul un éventuel contrôle judiciaire mené *a posteriori* pourrait permettre de déterminer si la communication était justifiée dans le cas d'espèce. Enfin, les communications par les organes publics cantonaux doivent par principe reposer sur une base légale, mais elles doivent être limitées en présence d'intérêts privés ou publics contraires suffisamment importants. 1013

Malgré le mécanisme renforcé de levée du secret professionnel (art. 321 ch. 2 CP), l'analyse menée au cours du présent sous-chapitre a montré qu'il existait aujourd'hui une tendance à l'assouplissement en faveur des communications. En autorisant l'APEA à saisir l'autorité de levée du secret professionnel en vue d'obliger un professionnel à collaborer (art. 448 al. 2 CC), le législateur fédéral a adopté une première exception au principe historique selon lequel seul le détenteur du secret – soit le soignant dans le contexte 1014

médical – était habilité à saisir l'autorité de levée du secret professionnel pour faire lever son secret. Par ailleurs, la reconnaissance jurisprudentielle du droit des tiers intéressés à participer à la procédure de levée du secret professionnel tend à créer des brèches dans le secret.

1015 Les mécanismes de prise en compte des intérêts pour justifier une communication présentent des avantages indéniables. Ils permettent une prise en compte détaillée des circonstances de chaque cas d'espèce. Ils souffrent cependant d'inconvénients majeurs en termes de prévisibilité et de sécurité juridique. Ce constat est particulièrement marqué avec le système de justification des atteintes à la personnalité par une personne privée institué par les articles 12 et 13 LPD (art. 30 et 31 n-LPD). Il l'est toutefois aussi avec les mécanismes de levée prévus par les articles 321 et 320 CP ou par les législations cantonales sanitaires. Ce d'autant plus que les autorités (ainsi que leur composition) diffèrent selon les cantons et que la jurisprudence publiée en la matière est rare. Il n'existe donc pas de pratique unifiée à l'échelle fédérale à laquelle un patient pourrait se référer pour déterminer ne serait-ce que les tendances en matière de levée du secret.

1016 Si l'on se réfère à la justification du secret médical, en particulier dans sa composante utilitariste (*cf. supra* N 271 ss), le secret médical n'a de sens que si ses dérogations peuvent être suffisamment déterminées à l'avance par le patient. Les procédures de levée du secret dérogent à cette règle puisqu'elles visent précisément à autoriser les dérogations dans des situations considérées comme justifiées sans toutefois avoir été préfigurées par le législateur. Ces processus présentent un intérêt indéniable, mais il semble essentiel de se limiter à y recourir de manière strictement subsidiaire. Par ailleurs, l'admission d'intérêts prépondérants contraires au secret médical ne doit être admise qu'avec retenue. On ne peut donc qu'abonder dans le sens du Tribunal fédéral lorsqu'il exige que la levée du secret professionnel soit impérativement conditionnée à l'existence d'un intérêt « *clairement* » supérieur au maintien du secret[1714].

II. Dérogations légales

1017 L'ordre juridique suisse admet par ailleurs que les obligations de confidentialité des soignants puissent être levées sans ou contre le consentement du patient lorsque la loi le prévoit. Contrairement aux mécanismes de pondération des intérêts exposés dans la section précédente, les dérogations légales aux obligations de confidentialité envisagent des situations générales

1714 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2. ; arrêt du TF 2C_215/2015 du 16 juin 2016 c. 5.1 (non publié dans ATF 142 II 256).

et abstraites. Elles résultent certes elles aussi d'une pesée d'intérêts, mais celle-ci est menée en amont, par le législateur[1715]. Ce dernier décide au stade de l'adoption de la loi si certains intérêts (en principe publics) sont si importants qu'ils justifient de limiter ou de supprimer le secret médical dans certaines situations préalablement définies. Notons à cet égard qu'en raison de leurs contacts étroits avec un large spectre de la population, les soignants collectent des données particulièrement précieuses sur les individus et sont donc des témoins privilégiés de l'état de santé de la population[1716]. Comme l'explique PELET, la tentation est donc grande pour le législateur d'exploiter le « *statut d'observateur privilégié* » des soignants et d'exiger d'eux qu'ils renseignent « *les autorités compétentes dans diverses situations, voire que, dans des circonstances déterminées,* [ils assument] *un rôle actif dans la protection de la santé d'une population* »[1717].

1018 Par rapport aux mécanismes de prise en compte des intérêts dans une situation particulière (ex. : procédure de levée du secret professionnel selon l'art. 321 ch. 2 CP), les dérogations légales aux obligations de confidentialité des soignants offrent, en principe du moins, une meilleure sécurité juridique. Idéalement, le patient qui le souhaite devrait être en mesure de prendre facilement connaissance des dérogations légales au secret médical et d'adapter son comportement en connaissance de cause. Il devrait notamment pouvoir décider si, à la lumière des règles établies en matière de communication d'informations, il accepte de révéler certaines informations à son soignant ou à l'inverse s'il préfère taire certaines d'entre elles, voire même renoncer à consulter celui-ci. A défaut de clarté suffisante, c'est l'institution même du secret médical qui est mise à mal puisque cette dernière vise précisément à préserver la confiance du public à l'égard des professions de soins. On imagine en effet mal que cette confiance puisse être préservée dans un système où les dérogations au secret sont complexes, difficiles à appréhender et trop nombreuses. S'il entend préserver l'institution du secret médical, le législateur doit donc rendre aussi claires que possible les dérogations au secret médical, tout en limitant au maximum leur nombre et leur portée[1718]. Ces considérations valent tout particulièrement lorsque les informations concernées présentent un caractère stigmatisant ou concernent des patients en position de faiblesse (adolescents, migrants, etc.). Dans ces situations, le risque est en effet plus élevé que les patients hésitent, retardent ou renoncent à consulter un soignant (*cf. supra* N 279).

1715 JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 173.

1716 PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 62.

1717 *Ibid*.

1718 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 170 ; SCHAFFNER, *Autorisation de révéler un secret*, p. 32.

1019 Si les dérogations légales au secret médical présentent en principe l'avantage d'une sécurité juridique accrue, elles comprennent aussi des inconvénients. Contrairement aux mécanismes de pondération des intérêts qui permettent de justifier une communication sur la base de toutes les circonstances d'un cas d'espèce, les dérogations légales fonctionnent bien plus à la façon d'un « *emporte-pièce* ». Elles offrent moins de finesse de jugement et pourraient donc entraîner des communications inadéquates. Ce constat avait déjà été soulevé au début du siècle passé, dans le cadre des débats d'adoption du code pénal. Le rapporteur LOGOZ avait ainsi affirmé, de manière pertinente : « *et dans les cas douteux, ce sera au médecin de réfléchir et, éventuellement, au juge d'apprécier. La loi ne peut pas dispenser le médecin, ou l'avocat, par exemple de toute réflexion. Cela n'est pas possible et cela n'est pas non plus le rôle du législateur pénal. Quand deux devoirs moraux se heurtent, le législateur peut bien* [...] *poser un principe tout à fait général, mais il ne peut guère être plus précis. Il ne lui appartient pas de se substituer à la conscience individuelle et professionnelle* »[1719].

1020 La présente section passe en revue les principales dérogations légales aux obligations de confidentialité imposées aux soignants par la loi. En raison de leur grand nombre, cet examen ne vise pas l'exhaustivité. Un accent particulier sera porté aux dérogations légales à l'article 321 CP dans la mesure où cette disposition constitue la norme de référence en matière de secret professionnel en Suisse.

A. Dérogations légales au secret professionnel (art. 321 CP)

1. Introduction

1021 L'article 321 ch. 3 CP réserve « *les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice* ». Il s'agit essentiellement d'un rappel de l'article 14 CP, qui autorise de manière générale la commission d'actes punissables si ces derniers sont autorisés par la loi[1720]. Historiquement, la réserve de l'article 321 ch. 3 CP a notamment été adoptée pour réserver la compétence des cantons d'édicter leur droit de procédure et de déterminer les situations dans lesquelles un médecin pouvait être obligé de témoigner dans un procès civil ou pénal par exemple (*cf. supra* N 357 ss).

1022 La réserve de l'article 321 ch. 3 CP opère une distinction entre le « *droit d'aviser* » une autorité et de collaborer d'une part et l'« *obligation de renseigner* » une autorité d'autre part. A côté de la distinction entre « *droit* » et « *obligation* »,

1719 LOGOZ, BO (CN) 1929, p. 614. Sur cette même question, propos également restitués par PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 88.

1720 DONATSCH/THOMMEN/WOHLERS, *Strafrecht IV*, p. 597.

il faut donc distinguer l'« *avis* » des « *renseignements* ». L'avis matérialise une initiative du professionnel alors que les renseignements impliquent une requête préalable de l'autorité auprès du professionnel. Malgré sa formulation, l'article 321 ch. 3 CP doit cependant être interprété plus largement et réserve aussi bien les droits ou obligations d'aviser que les droits ou obligations de renseigner[1721]. En pratique, cette distinction n'est toutefois pas inutile. Dans l'hypothèse où une disposition légale oblige un professionnel à « *renseigner* » une autorité, celui-ci devrait se limiter à révéler des informations secrètes dans les cas où il en a été préalablement requis par l'autorité. Par ailleurs, certaines dispositions de procédure obligent par exemple les médecins à témoigner lorsqu'ils sont soumis à une obligation de dénoncer et non à une obligation de renseigner ou de collaborer (ex. : art. 171 CPP ; *cf. infra* N 1131 ss)[1722].

1023 La distinction entre « *obligation* » et « *faculté* » d'aviser, de renseigner, de collaborer ou de témoigner est importante. Outre les aspects liés à la gravité de l'atteinte portée à l'institution du secret médical, le professionnel qui ne respecte pas une obligation de révéler des informations confidentielles s'expose à d'éventuelles sanctions civiles (réparation du dommage causé par le non-respect d'un devoir d'annonce), pénales (infraction d'entrave à l'action pénale selon l'art. 305 CP par exemple[1723]) ou disciplinaires. A l'inverse, le Tribunal fédéral a clairement rappelé qu'en présence d'une faculté d'annonce prévue par la loi, le professionnel n'endossait pas de rôle de garant et qu'il ne pouvait donc pas être poursuivi pénalement pour la survenance de faits qui auraient peut-être été évités suite à une annonce à l'autorité[1724].

1024 Le secret professionnel peut être limité aussi bien par des dispositions légales de droit fédéral que de droit cantonal[1725]. La possibilité offerte aux cantons d'adopter des dérogations au secret professionnel est toutefois inexistante dans les domaines où le droit fédéral a épuisé les compétences[1726].

1721 AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 465 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 352. Dans un sens similaire : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 38 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 59.

1722 TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.6.

1723 *Idem* c. 5.3.

1724 TF 6B_924/2009 du 18 mars 2010 c. 2.6. Dans l'affaire jugée, une personne âgée avait causé la mort d'un cycliste dans un accident de la route. Les proches de la victime avaient porté plainte contre le médecin du prévenu en invoquant que le médecin aurait dû aviser les autorités de son incapacité de conduire. Le Tribunal fédéral a confirmé qu'il n'existait pas d'obligation d'aviser à charge du médecin dans ce type de situation et qu'il ne pouvait donc pas être poursuivi à ce titre.

1725 ATF 91 I 200 c. 1.

1726 TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.6. Voir aussi plus récemment : arrêt du TF 1B_545/2019 du 14 octobre 2020 c. 4.9 (destiné à la publication). Sur cette question, voir par exemple *infra* N 1058 s.

1025 Le code pénal ne définit pas directement les conditions auxquelles de telles dérogations peuvent être adoptées. Selon la doctrine, le secret professionnel au sens de l'article 321 CP constitue lui-même une « *lex specialis* ». Les dérogations à cette obligation spéciale de confidentialité doivent donc obligatoirement reposer sur des dispositions « *encore plus spéciales* ». Pour ce faire, les dispositions légales dérogatoires au sens de l'article 321 ch. 3 CP doivent énoncer expressément les professions auxquelles elles s'appliquent (« *médecins* » ou autres professions visées par l'article 321 ch. 1 CP)[1727]. Une disposition légale qui s'adresse à tout un chacun ne permet pas de déroger au secret professionnel[1728]. Par ailleurs, les dispositions légales qui dérogent au secret professionnel doivent être suffisamment délimitées[1729]. Des dérogations énoncées ou interprétées trop largement videraient de son sens l'institution du secret médical et ne sont donc pas admissibles. A titre d'exemple, l'obligation faite à un médecin d'aviser une autorité de l'existence d'une infraction pénale ne peut pas être interprétée comme une obligation de communiquer toutes les données du patient, l'intégralité du dossier de soins et toutes ses annexes[1730]. Dans un sens similaire, les dispositions de droit cantonal qui dérogeraient au secret professionnel consacré par l'article 321 CP et qui seraient énoncées de manière trop large contreviendraient directement au principe de primauté du droit fédéral, malgré la réserve de l'article 321 ch. 3 CP en faveur du droit cantonal[1731].

1026 Une partie de la doctrine estime qu'une disposition légale au sens « *matériel* » suffit pour déroger à l'obligation de confidentialité imposée par l'article 321 CP. Une disposition contenue dans une ordonnance fédérale ou cantonale suffirait donc à limiter la portée du secret professionnel[1732]. Cette

1727 BOLL, *Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis*, p. 91 ; BLASS, *Die Berufsgeheimhaltungspflicht*, p. 137 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 170 s ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 62 ; GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007, N 81.

1728 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis* p. 171 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 172.

1729 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 62.

1730 TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.5.

1731 GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007, N 82. A noter que CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 62, juge qu'il paraît possible de déduire de l'ATF 102 Ia 516 c. 3a que le Tribunal fédéral ne soutient pas de telles restrictions, tout en partageant le sentiment que ce dernier « *a une volonté ferme de protéger un noyau dur du secret professionnel, constitué par les confidences faites à l'ecclésiastique, au médecin ou à l'avocat* » en particulier. Toutefois, comme on l'a vu, le Tribunal fédéral a jugé en 2013 que l'interprétation trop large d'une obligation de renseigner serait incompatible avec le secret professionnel (TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.5).

1732 En ce sens : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 170 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 172.

opinion doit être rejetée. La jurisprudence admet certes, sous l'angle du motif justificatif général de l'article 14 CP, qu'un acte pénalement répréhensible peut être justifié par une loi au sens matériel, c'est-à-dire aussi par des ordonnances ou des règlements[1733]. Toutefois, avec la doctrine majoritaire, j'estime que les atteintes importantes aux droits des particuliers nécessitent impérativement l'adoption d'une loi au sens formel[1734]. Or, les dérogations au secret professionnel entraînent précisément une atteinte à la personnalité du maître du secret, de telle sorte qu'une base légale matérielle ne suffit pas. L'exigence d'une base légale formelle est d'autant plus justifiée qu'elle implique une pesée d'intérêts au stade d'adoption de la norme. Seul le législateur semble légitimé à procéder à celle-ci. Cela n'empêche pas qu'une ordonnance précise l'étendue et les modalités de la dérogation, mais cette dernière doit trouver son fondement dans une loi au sens formel[1735].

1027 Il faut par ailleurs souligner que l'article 321 ch. 3 CP réserve spécifiquement le droit d'aviser ou l'obligation de renseigner « *une autorité* », tout en réservant les obligations de témoigner en justice. La liberté des cantons d'adopter des dérogations au secret médical doit donc en principe se limiter aux communications à l'attention des autorités, et non pas à des personnes privées (ex. : des proches)[1736].

1028 Enfin, même en présence d'une dérogation légale au secret professionnel (art. 321 ch. 3 CP), le soignant qui communique des informations doit toujours veiller au respect du principe de proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD ou législations cantonales sur la protection des données personnelles). En d'autres termes, le soignant doit veiller à limiter l'étendue des informations qu'il communique aux seules informations nécessaires pour atteindre le but visé par la communication. Si le but de la communication manque de clarté, il doit être interprété à la lumière du but de la loi qui contient la dérogation au secret professionnel. La communication ne doit pas excéder ce but[1737]. Lorsque la loi prévoit une obligation ou une faculté d'« *aviser* » l'autorité, le soignant doit se limiter à communiquer l'identité du patient et les raisons qui l'ont conduit à procéder au signalement. Il ne doit en aucun cas communiquer spontanément

1733 ATF 94 IV 5 c. 1, JdT 1968 IV 38.

1734 Voir par exemple : DUPUIS ET AL., PC CP, art. 14 N 5 ; TRECHSEL/GETH, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 14 N 5 ; CR CP I-MONNIER, art. 14 N 3 (nuancé).

1735 Par exemple, l'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme (RS 818.101.126) et ses annexes définissent les observations qui doivent être déclarées par les médecins, hôpitaux et autres institutions publiques de santé, mais le principe de l'obligation de déclarer figure à l'article 12 LEp.

1736 SIEBEN, *Das Berufsgeheimnis*, p. 99 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 169.

1737 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 185.

le dossier médical complet du patient concerné. La mise en œuvre du principe de proportionnalité dans le cadre des dérogations au secret professionnel est parfois compliquée. Dans certains domaines, en particulier ceux qui concernent le contrôle des coûts de la santé, le Tribunal fédéral se montre d'ailleurs plutôt souple à l'égard de ceux qui requièrent des transmissions de données[1738].

1029 L'examen qui suit vise à dresser un panorama général des différentes dérogations légales au secret professionnel. Ces dérogations sont particulièrement nombreuses, notamment en raison des compétences cantonales en la matière. Les dérogations légales examinées sont classées en six grandes catégories, selon l'intérêt qui a conduit à leur adoption[1739] :

— Protection de la santé publique.
— Protection de la sécurité publique.
— Protection des personnes vulnérables.
— Maîtrise des coûts de la santé.
— Administration de la justice.
— Dérogations fondées sur d'autres intérêts.

2. Protection de la santé publique

a. Déclaration des maladies transmissibles

1030 Les dérogations au secret médical qui visent le signalement de maladies transmissibles sont particulièrement anciennes dans l'ordre juridique suisse puisqu'elles figuraient déjà dans la loi fédérale du 2 juillet 1886 concernant les mesures à prendre contre les épidémies offrant un danger général[1740]. Elles poursuivent un but de santé publique et visent à alerter les autorités en vue de mettre en œuvre au plus vite toutes les mesures nécessaires pour endiguer la propagation d'une maladie transmissible.

1031 La loi fédérale sur les épidémies (LEp)[1741] institue à son chapitre 3 un système de détection et de surveillance. L'article 12 LEp oblige les médecins, les hôpitaux et autres institutions sanitaires publiques ou privées à déclarer les observations relatives aux maladies transmissibles qui sont susceptibles de causer une épidémie, qui sont susceptibles d'avoir des conséquences graves,

1738 Voir par exemple : ATF 133 V 350 c. 6.5, où le Tribunal fédéral a jugé qu'en dépit de l'application du principe de proportionnalité, il appartenait à l'assureur LAMal et non au prestataire de soins de déterminer l'étendue des informations à lui communiquer pour évaluer le caractère économique des soins fournis dans un EMS.

1739 Cette classification par type d'intérêt protégé est inspirée de celles établies par PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 59 ss et GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 200 ss.

1740 FF 1886 II 923. A ce sujet : PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 63.

1741 RS 818.101.

qui sont apparues nouvellement et de manière inattendues ou qui sont sujettes à surveillance dans le cadre d'un accord international (art. 12 al. 1 et 6 LEp). Les déclarations sont en principe adressées à l'autorité cantonale compétente, soit le médecin cantonal (art. 12 al. 1 let. a LEp), qui les transmet à son tour à l'OFSP. Selon le type d'agents pathogènes en jeu, les déclarations doivent être adressées simultanément au médecin cantonal et à l'OFSP (art. 12 al. 1 let. b LEp). La détermination de la forme, du contenu, des procédures, des critères et des délais de déclarations relève de la compétence du Conseil fédéral (art. 13 LEp et art. 6 ss OEp[1742]). Ce dernier a lui-même délégué au Département fédéral de l'intérieur la tâche de concrétiser avec précision les modalités des observations (art. 19 OEp). L'ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme[1743] contient à cet égard des annexes précises. L'urgence, le contenu et le caractère nominatif ou non des déclarations varient selon la gravité de l'observation. Par exemple, un cas de sida dont les critères cliniques sont remplis doit être déclaré sous une forme anonymisée[1744] dans un délai d'une semaine. Les cas de nouveau coronavirus (2019) doivent quant à eux être déclarés dans un délai de 24 heures alors que ceux de botulisme doivent être déclarés dans les 2 heures par téléphone[1745]. Les déclarations doivent entre autres mentionner les coordonnées complètes du patient ainsi que son activité professionnelle.

1032 Parallèlement à la législation fédérale susmentionnée, certains cantons ont adopté des dispositions légales en matière de maladies transmissibles. La législation fribourgeoise prévoit que le Service du médecin cantonal peut imposer aux médecins et aux laboratoires d'analyses médicales de déclarer d'autres maladies que celles visées par la législation fédérale lorsque la sauvegarde de la santé publique l'exige[1746]. La Confédération semble toutefois avoir réglé la matière de manière exhaustive[1747]. La liste de maladies qui doivent faire l'objet d'une déclaration obligatoire devrait donc se limiter au cadre prévu par la législation fédérale. De son côté, la législation vaudoise oblige les médecins à signaler au médecin cantonal les personnes atteintes d'une maladie transmissible qui refusent de se faire traiter ou interrompent

1742 Ordonnance sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme, RS 818.101.1.

1743 RS 818.101.126.

1744 Dans les faits, un code élaboré à partir du prénom et du lieu de domicile, ainsi que la communication de la date de naissance, le sexe, la nationalité et le pays d'origine.

1745 Annexe 1 de l'Ordonnance du DFI sur la déclaration d'observations en rapport avec les maladies transmissibles de l'homme (RS 818.101.126).

1746 Art. 2 Arrêté sur la lutte contre les maladies transmissibles et autres mesures de police sanitaire (RS-FR 821.41.11).

1747 Message révision LEp, FF 2011 291, 309.

prématurément leur traitement[1748]. De telles dénonciations pourraient entrer en conflit avec le droit fédéral, notamment lorsque ce dernier prévoit des annonces anonymes. En vertu du principe de primauté du droit fédéral, de telles dénonciations devraient se limiter aux maladies transmissibles faisant l'objet d'une obligation de déclaration nominative[1749].

b. Pharmacovigilance

1033 La pharmacovigilance consiste à enregistrer et évaluer les effets secondaires une fois qu'un produit thérapeutique est mis sur le marché. Malgré les phases d'essais, certains effets secondaires de produits thérapeutiques n'apparaissent en effet que lorsqu'ils sont consommés à grande échelle.

1034 L'article 59 al. 3 LPTh 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 ou remettre de tels produits. Ces personnes sont tenues de déclarer à Swissmedic tout effet indésirable grave ou jusque-là inconnu, tout incident et 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 disposent simplement d'une faculté de signaler aux autorités compétentes les incidents qui laissent supposer une violation de la LPTh (art. 59 al. 7 LPTh). Les modalités des déclarations applicables aux personnes habilitées à utiliser ou remettre des médicaments à titre professionnel sont réglées aux articles 63 ss OMéd. Un système de déclaration similaire s'applique pour les incidents graves en lien avec les dispositifs médicaux[1750].

1035 Les déclarations à Swissmedic s'effectuent par voie électronique sur le portail en ligne « *ElViS* »[1751]. Les annonces ne mentionnent pas directement le nom du patient, mais contiennent plusieurs informations qui lui sont propres (initiales, date de naissance, sexe, poids, date de l'incident). Une réidentification du patient à partir de telles données n'est pas totalement exclue[1752].

c. Mise en danger de la santé publique

1036 S'appuyant sur leurs compétences dans le domaine de la santé, plusieurs cantons ont décidé d'« *obliger* » les soignants à signaler tout fait susceptible de

1748 Art. 99 al. 2 Loi vaudoise sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1749 De cet avis : GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 202.

1750 Art. 15 Ordonnance sur les dispositifs médicaux, RS 812.213.

1751 En ligne sur le site internet de Swissmedic.

1752 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 270.

mettre en danger la santé publique. Il en va ainsi dans les cantons du Tessin ou de Thurgovie[1753]. Ces obligations sont énoncées de manière particulièrement large et excèdent la portée de l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme (art. 231 CP). La limite entre ce qui met ou non en danger la santé publique est peu claire et ce manque de précision rend la compatibilité de telles normes avec l'article 321 CP discutable[1754].

1037 Dans une optique de protection de la santé publique, la législation vaudoise énonce des obligations d'annonce plus circonscrites. Les médecins sont tenus de déclarer au médecin cantonal les cas d'intoxications alimentaires et les atteintes à la santé causée par des radiations ionisantes[1755].

d. Enregistrement des maladies oncologiques

1038 En 2016, l'Assemblée fédérale a adopté la nouvelle loi fédérale sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO)[1756], qui est entrée en vigueur dans sa version intégrale le 1er janvier 2020. Cette loi vise à enregistrer les cas de cancer de manière exhaustive et intégrale sur l'ensemble du territoire suisse en vue de l'amélioration de la prévention, du dépistage précoce et du traitement des maladies oncologiques.

1039 L'article 3 LEMO « *oblige* » les médecins, hôpitaux et autres institutions privées ou publiques du système de santé qui diagnostiquent ou traitent une maladie oncologique à déclarer au registre cantonal des tumeurs une série d'informations sur le patient, en particulier son numéro AVS, les données diagnostiques ou les données relatives au traitement initial. Une description plus précise des maladies concernées et des données à communiquer figure aux articles 1 ss de l'ordonnance sur l'enregistrement des maladies oncologiques (OEMO) ainsi qu'à l'annexe 1 de cette dernière[1757]. Une fois qu'ils ont reçu les données, les registres cantonaux des tumeurs encodent les données, attribuent un numéro à chaque cas de maladie oncologique et transmettent ensuite ces données de manière régulière à l'organe national d'enregistrement du cancer (art. 10 et 12 LEMO). Lors des communications à l'organe du cancer, les données sont pseudonymisées (art. 12 LEMO).

1753 Art. 68 al. 1 Legge sanitaria (RS-TI 801.100) ; § 23 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1).

1754 Pour une opinion critique de ce genre de dispositions, *cf.* PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 66, pour qui ce type d'exceptions couvre « *une multitude de situations dans lesquelles un signalement pourrait être envisagé. Il en résulte une incertitude manifeste pour le patient, qui ignore ainsi, en se confiant à son médecin, si les informations qu'il lui transmet sont ou non susceptibles de provoquer une dénonciation* ».

1755 Art. 98 al. 1 let. b et c Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1756 RS 818.33.

1757 RS 818.331.

1040 Selon un système d'« *opt-out* », le patient peut cependant s'opposer en tout temps à l'enregistrement de ses données au registre des maladies oncologiques (art. 6 LEMO). Il doit notamment recevoir une information circonstanciée sur ses droits, en particulier sur celui de s'opposer au traitement de ses données (art. 5 LEMO et 13 OEMO).

e. Transplantations

1041 La mise en œuvre de la loi fédérale sur la transplantation[1758] nécessite un effort important de coordination. Pour assurer celle-ci, il est indispensable que les personnes et autorités chargées de son exécution soient en mesure de se communiquer efficacement des informations[1759]. Or, cette exécution met forcément en jeu des soignants soumis au secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

1042 L'article 59 de la loi sur la transplantation est la base légale qui justifie les communications de données en la matière. Dans la mesure où les personnes et les organes qui participent à la mise en œuvre de cette loi réalisent en principe une tâche publique, les communications de données qu'ils effectuent doivent reposer sur une base légale[1760]. L'article 59 de la loi sur la transplantation énonce une série de situations dans lesquelles des données peuvent être communiquées à des tiers (notamment les tribunaux civils, pénaux, entités publiques ou privées chargées de l'exécution de la loi), à condition qu'aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose. Cette disposition ne mentionne pas spécifiquement les soignants soumis au secret professionnel et les travaux préparatoires apportent peu d'indices pour déterminer dans quelle mesure ils sont eux aussi autorisés à communiquer des informations sur cette base.

1043 A mon avis, les règles posées en matière de communications de données personnelles par la législation sur les transplantations ne permettent de déroger au secret professionnel que dans la mesure où elles visent spécifiquement un professionnel soumis au secret. Ce dernier peut d'ailleurs être désigné par le type d'actes qu'il accomplit. Il en va par exemple ainsi de l'article 24 de la loi sur la transplantation qui oblige quiconque prélève des organes, des tissus ou des cellules sur des humains de l'annoncer à l'OFSP. On doit en effet partir du principe qu'il s'agit forcément d'un médecin. Cette obligation

1758 RS 810.21.

1759 Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, 173.

1760 A cet égard, il est intéressant de noter que lors de l'adoption de la loi sur la transplantation, le Conseil fédéral avait indiqué dans son Message que la communication de données personnelles s'appuyait sur les modifications intervenues dans le domaine des assurances sociales, laissant ainsi penser qu'il visait effectivement les communications de données nécessaires pour l'exécution d'une tâche publique. *Cf.* Message loi sur la transplantation, FF 2002 19, 173.

d'annonce est précisée et complétée par d'autres annonces aux articles 15*a* ss de l'ordonnance sur la transplantation (ex. : communications par le médecin qui assure le suivi de transplantations effectuées à l'étranger)[1761].

f. Sécurité des patients

1044 Dans un souci d'amélioration de la sécurité des patients, de nombreux établissements médico-hospitaliers ont mis en place des systèmes d'annonce CIRS (« *critical incident reporting system* »). Un CIRS, qu'on appelle aussi parfois système de déclaration et d'apprentissage, est « *un instrument de gestion des risques cliniques permettant aux collaborateurs d'enregistrer des rapports de façon anonyme ou confidentielle. Il sert à analyser les erreurs systémiques, les risques, les événements critiques et les presqu'accidents se produisant dans des institutions de santé. Les résultats de ces analyses permettent d'identifier des risques et/ou de définir en conséquence des mesures d'amélioration et de prévention* »[1762].

1045 La législation fédérale n'oblige pas les établissements médico-hospitaliers à adopter un CIRS. Toutefois, les articles 58 LAMal et 77 OAMal obligent les fournisseurs de prestations à élaborer des conceptions et des programmes en matière d'exigences de la qualité des prestations et de promotion de la qualité. Pour s'y conformer, de nombreux établissements médico-hospitaliers ont adopté de manière volontaire des systèmes variés de CIRS.

1046 En 2008, le Valais a introduit dans sa législation sanitaire une série de dispositions obligeant les établissements sanitaires à mettre en place un système de déclaration et de gestion des incidents médico-hospitaliers[1763]. Tous les collaborateurs des établissements sanitaires ont l'obligation de déclarer les incidents médico-hospitaliers qu'ils constatent à une commission cantonale pour la sécurité des patients et la qualité des soins (CSPQS) ou à l'organe responsable de la qualité des soins dans l'établissement sanitaire[1764]. En cas d'annonce d'un incident grave (tout événement, action, comportement ou dysfonctionnement qui a provoqué la mort ou qui a causé une atteinte grave ou durable à la santé d'une personne), l'organe qui a reçu la déclaration en informe sans délai la direction de l'établissement[1765]. En vue de procéder aux annonces, l'article 46 de la loi sur la santé valaisanne précise que les collaborateurs sont déliés du secret professionnel et, le cas échéant, du secret de

1761 RS 810.211. Voir aussi les précisions de l'annexe 2 de l'ordonnance sur la transplantation.

1762 SÉCURITÉ PATIENTS SUISSE, *Mise en place et gestion efficace d'un système de déclaration et d'apprentissage (CIRS)*, p. 7.

1763 Art. 40 ss Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1764 Art. 44 al. 1 et 45 al. 1 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1765 Art. 45 al. 2 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

fonction à l'égard des organes compétents pour réceptionner les annonces. Cette levée du secret est toutefois limitée aux seules données nécessaires pour procéder à l'annonce dans le respect des dispositions légales[1766]. Les membres des organes qui réceptionnent les annonces sont eux-mêmes soumis à l'obligation de garder le secret[1767].

1047 Dans les cantons qui n'ont pas adopté de base légale spécifique, on peut douter de la licéité d'une annonce d'incident qui permettrait d'identifier le patient. A la lumière du régime posé par l'article 321 CP, l'annonce devrait alors s'appuyer sur le consentement du patient. Comme les CIRS ont des visées essentiellement pédagogiques et prospectives, l'admission d'un éventuel consentement tacite du patient à la communication d'un incident qui le concerne semble cependant douteuse. A défaut de base légale ou de consentement, l'annonce devrait assurer l'anonymat du patient.

1048 Notons par ailleurs que la mise en place volontaire d'un CIRS peut entraîner des risques d'accès à l'information par des tiers, notamment par les autorités pénales. Dans un arrêt de 2016, le Tribunal fédéral a par exemple rejeté le recours d'un hôpital public qui s'opposait à la perquisition d'un formulaire d'annonce d'un incident qui avait causé la mort d'un patient[1768].

1049 Dans un esprit moins pédagogique que les CIRS, la législation sanitaire du canton de Schaffhouse oblige quant à elle les soignants à signaler immédiatement au département compétent tout incident inhabituel (« *aussergewöhnliche Vorkommnisse* »)[1769]. La législation grisonne autorise quant à elle les soignants à signaler à l'autorité de surveillance les faits qui laissent suggérer l'absence d'autorisation de pratiquer chez un autre professionnel ou une institution ainsi que la violation de devoirs professionnels ou d'exploitation imposés à ces derniers[1770].

1050 Enfin, toujours dans une optique de sécurité des patients et plus particulièrement des installations, les législations des cantons de Berne (pour les soins hospitaliers) et du Tessin lèvent le secret professionnel pour les communications à l'égard des autorités de surveillance, ces dernières étant notamment autorisées à accéder aux locaux et aux dossiers sans que le secret ne puisse leur être imposé[1771].

1766 Art. 46 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1767 Art. 45 al. 4 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1768 Arrêt du TF 1B_289/2016 du 8 décembre 2016.

1769 Art. 16 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-SH 810.100).

1770 Art. 39 al. 2 let. c Gesundheitsgesetz (RS-GR 500.000).

1771 Art. 131 Loi sur les soins hospitaliers (RS-BE 812.11) ; art. 20 al. 4 Legge sanitaria (RS-TI 801.100).

3. Protection de la sécurité publique

a. Morts suspectes

Depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale en 2011, l'obligation de signaler les morts suspectes est réglée dans son principe à l'échelon fédéral. Selon l'article 253 al. 4 CPP, les cantons doivent désigner les membres du personnel médical tenus d'annoncer les cas de morts suspectes. A Neuchâtel, la loi d'introduction du code de procédure pénale oblige par exemple l'ensemble des professionnels de la santé à annoncer immédiatement les cas de morts suspectes à la police judiciaire ou au ministère public[1772]. Les législations des cantons d'Uri et de Zoug précisent que les décès inhabituels comprennent aussi les erreurs de diagnostic ou de traitement[1773]. 1051

b. Indices d'infractions pénales

(i) Tour d'horizon

A l'exception du Valais[1774], 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 soupçonner la commission d'une infraction pénale. La liste des infractions qui peuvent ou doivent faire l'objet d'un signalement a une portée plus ou moins étendue selon les cantons. 1052

Une majorité de législations cantonales autorise (faculté) 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[1775]. La loi de santé de Schwyz autorise également à signaler à la police les constatations qui indiquent la propension accrue d'une personne à la violence[1776]. Aux Grisons, 1053

1772 Art. 32 Loi d'introduction du Code de procédure pénale suisse (Li-CPP ; RS-NE 322.0).

1773 Art. 36 al. 1 let. a Gesundheitsgesetz (RS-UR 30.2111) ; § 17 al. 1 let. a Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1).

1774 Selon l'art. 34 al. 2 de la loi sur la santé valaisanne (RS-VS 800.1), les professionnels de la santé « *peuvent sans le consentement du patient, après avoir été déliés du secret par la commission de levée du secret professionnel, aviser les autorités pénales des cas où ils considèrent qu'une infraction contre la vie, l'intégrité corporelle, l'intégrité sexuelle ou la santé publique a été commise* ». Comme la levée du secret par l'autorité est expressément requise, le système mis en place ne déroge pas à l'article 321 CP.

1775 Par ex. : art. 15 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-AI 800.000) ; art. 48 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-AR 811.1) ; § 22 al. 2 let. d Gesundheitsgesetz (RS-BL 901), qui oblige toutefois les médecins et chiropraticiens à signaler les lésions corporelles graves ; art. 28 al. 2 Loi sur la santé publique (RS-BE 811.01) ; art. 90a al. 2 let. a Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1) ; § 27 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800) ; art. 63a Loi de santé (RS-NE 800.1) ; art. 47 al. 2 ch. 2 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 47 al. 2 Einführungsgesetz zur Schweizerischen Straf- und Jugendstrafprozessordnung (RS-SG 962.1), mais la faculté ne s'adresse ici qu'aux médecins, dentistes, pharmaciens et sages-femmes.

1776 § 30 al. 2 let. b Gesundheitsgesetz (RS-SZ 571.110).

les soignants sont autorisés à signaler les soupçons de falsification de documents pertinents en matière de politique sanitaire[1777].

1054 Dans certaines législations cantonales, la « *faculté* » des soignants de signaler des soupçons d'infractions est énoncée de manière très large. Dans les cantons du Jura, d'Argovie, de Soleure et de Thurgovie, les soignants peuvent signaler à l'autorité judiciaire les faits qui laissent soupçonner tout type de crime ou de délit[1778]. La législation jurassienne précise toutefois que cette faculté existe « *si l'intérêt à la découverte de l'acte l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret professionnel* » et qu'en cas de doute, les soignants doivent requérir l'avis du médecin cantonal[1779]. Concrètement, la législation jurassienne a donc pour effet d'exclure la procédure de levée du secret professionnel lorsque le signalement d'une infraction pénale est en jeu. A Glaris, les soignants peuvent (faculté) signaler à la police tout indice de violation de la loi au détriment des humains ou des animaux. Cette dérogation ne se limite donc pas au seul domaine pénal, mais cite en exemple les crimes ou délits contre la moralité (!)[1780]. Quant à la législation de Bâle-Ville, elle n'autorise pas les soignants à signaler tout type de crime ou de délit, mais prévoit une longue liste d'infractions dont les soupçons de commission peuvent (faculté) être signalés[1781]. Les soignants bâlois sont de surcroît tenus (obligation) de « *renseigner* » l'autorité lorsque cette dernière leur demande des informations en lien avec une infraction citée dans la liste. Comme on le verra (*cf. infra* N 1127 ss), la distinction entre signalement et renseignement peut être importante en pratique, notamment dans le cadre de l'obligation de témoigner en procédure pénale (art. 171 al. 2 let. a CPP).

1055 Au Tessin, le législateur a quant à lui opté pour une large « *obligation* » de signaler. Les soignants tessinois sont tenus d'informer le ministère public dans un délai de 30 jours de tout cas de maladie, de lésion corporelle ou de décès en lien avec la commission d'une infraction poursuivie d'office, un soupçon étant suffisant[1782]. D'autres cantons prévoient des obligations plus

1777 Art. 39 al. 2 let. b Gesundheitsgesetz (RS-GR 500.000).

1778 § 21 al. 2 let. d Gesundheitsgesetz (RS-AG 301.100) ; art. 18 Ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé (RS-JU 811.213) ; § 17 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-SO 811.11) ; § 23 al. 2 ch. 1 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1).

1779 Art. 18 Ordonnance concernant l'exercice des professions de la santé (RS-JU 811.213).

1780 Art. 35 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-GL VIII A/1/1).

1781 § 27 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100), qui autorise les soignants à signaler les soupçons d'infractions pénales suivantes : homicides, lésions corporelles graves, mutilations d'organes génitaux féminins, mise en danger de la vie d'autrui, omission de prêter secours, brigandage, chantage, traite d'êtres humains, séquestration et enlèvement, prise d'otage, infractions contre l'intégrité sexuelle et propagation de maladie de l'homme.

1782 Art. 68 al. 2 Legge sanitaria (RS-TI 801.100).

circonscrites. Les soignants ont parfois l'obligation de signaler les crimes ou délits contre la santé publique[1783] ou plus spécifiquement les cas de propagation volontaire de maladie dangereuse et transmissible[1784]. Ce dernier type de comportement correspond dans les faits à l'infraction de propagation d'une maladie de l'homme au sens de l'article 231 CP. Dans le canton d'Uri, la faculté de signaler les soupçons de crimes ou de délits contre la vie ou l'intégrité physique, psychique ou sexuelle devient une obligation lorsqu'ils sont commis contre des mineurs[1785].

1056 Les soignants qui renonceraient à signaler les soupçons d'une infraction pénale alors qu'il y sont tenus par le droit cantonal pourraient s'exposer aux peines prévues par l'article 305 CP, qui punit l'entrave à l'action pénale.

(ii) Critique

1057 Ce tour d'horizon des dispositions de droit cantonal en matière de dénonciation des infractions pénales laisse songeur, tant il frappe par la diversité des solutions adoptées. Cette situation est régulièrement critiquée par la doctrine qui voit dans certaines de ces dispositions des atteintes trop importantes au secret médical (atteinte à la confiance envers les professionnels de la santé) ou encore des règles peu claires et contradictoires qui compliquent la tâche des soignants et compromettent les droits des patients[1786]. La doctrine pointe surtout du doigt les « *obligations* » de dénoncer les infractions, qui détournent les soignants de leur mission originelle et en font de véritables auxiliaires de la justice pénale. Certains auteurs remettent toutefois aussi en cause les « *facultés* » de signalement qui contribueraient à fragiliser la relation entre le soignant et le patient[1787]. D'un point de vue plus pratique, DUMOULIN se demande comment des disparités si importantes entre les cantons peuvent encore subsister à une époque où les professionnels de la santé sont appelés à faire preuve d'une grande mobilité[1788].

1058 L'admissibilité des 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 fédérale en 2011. Dans un arrêt

1783 Art. 40 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1) ; art. 36 al. 1 let. b Gesundheitsgesetz (RS-UR 30.2111) ; § 17 al. 1 let. b Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1).

1784 Art. 48 al. 1 Gesundheitsgesetz (RS-AR 811.1) ; § 15 al. 3 let. b Gesundheitsgesetz (RS-ZH 810.1).

1785 Art. 36 al. 1 let. c Gesundheitsgesetz (RS-UR 30.2111).

1786 Notamment : DUMOULIN, Jusletter 27 août 2012, N 38 ss ; PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 88 s. ; FILLI, BJM 1987, p. 78 ; TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 43.

1787 PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 88 s.

1788 DUMOULIN, Jusletter 27 août 2012, N 38.

de 2013, le Tribunal fédéral a en effet rappelé que l'article 321 ch. 3 CP, qui délie notamment les professionnels du secret en présence d'une obligation de témoigner en justice, avait été adopté à une époque où les droits de procédure relevaient de la compétence des cantons. Ces derniers bénéficiaient alors d'une grande liberté d'organisation qui s'est toutefois considérablement amenuisée depuis le transfert des compétences en matière de procédure pénale à la Confédération (art. 123 Cst.)[1789]. Tout en se gardant de trancher la question de savoir si et dans quelle mesure le droit cantonal pouvait encore obliger les médecins à signaler les indices d'infractions, il a cependant souligné que l'article 321 ch. 3 CP n'octroyait pas aux cantons le pouvoir de réglementer l'obligation de témoigner dans une procédure pénale en dérogation de l'article 171 CPP ni celui de supprimer complètement le secret médical en cas de poursuites pénales pour des lésions corporelles graves[1790]. A défaut d'une réponse claire sur le caractère admissible des obligations de signaler imposées par le droit cantonal, le Tribunal fédéral semble à tout le moins exclure que de telles obligations puissent porter sur des infractions qui ne sont pas considérées comme « *graves* »[1791].

1059 Pour GUILLOD, l'arrêt précité du Tribunal fédéral laisse l'impression générale que la liberté à l'époque très grande des cantons de réglementer les devoirs de signaler une infraction pénale s'est fortement réduite depuis l'entrée en vigueur du code de procédure pénale[1792]. 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'article 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[1793]. Les dispositions de droit cantonal de ce type, nombreuses et diverses en pratique, sont donc à mon sens contraire au principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.). Le législateur fédéral doit donc aujourd'hui légiférer pour unifier les devoirs de signaler des indices d'infractions pénales par les soignants. Une telle solution paraît d'ailleurs naturelle à l'heure de la procédure pénale unifiée. Elle contribuerait au demeurant à réduire les disparités importantes, parfois même folkloriques, qui prévalent aujourd'hui et qui provoquent non seulement une insécurité juridique marquée au détriment des patients et de la santé publique, mais vident parfois de son sens l'institution

1789 Arrêt du TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.6. Voir aussi plus récemment : arrêt du TF 1B_545/2019 du 14 octobre 2020 c. 4.9 (destiné à la publication).

1790 *Idem* c. 5.5-6.

1791 *Idem* c. 5.2 et 5.5.

1792 GUILLOD, *Développements récents*, p. 63.

1793 *Ibid*.

du secret médical (ex. : obligations imposées aux soignants au Tessin). L'adoption d'une réglementation fédérale en la matière ne limiterait toutefois en rien la compétence des cantons d'instaurer des obligations ou des facultés de signaler des faits dans un but différent que celui de la poursuite pénale, notamment dans des buts de santé publique[1794].

c. Circulation routière

L'article 15*d* al. 4 LCR libère les médecins du secret professionnel s'ils constatent qu'une personne n'est pas apte à conduire un véhicule automobile en toute sécurité, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou pour cause de dépendance. Le signalement peut être notifié à l'autorité cantonale responsable de la circulation routière ou à l'autorité de surveillance des médecins[1795]. 1060

La LCR institue à l'égard des médecins une « *faculté* » de signaler, et non une obligation. Cette possibilité de signaler les conducteurs inaptes a été inscrite dans la loi pour préserver l'intérêt public à éviter des accidents graves qui menacent la vie et l'intégrité corporelle des usagers de la route[1796]. Lorsqu'il a proposé l'introduction de cette dérogation au secret professionnel, le Conseil fédéral a cependant souligné qu'il ne fallait pas prendre le secret professionnel à la légère. Selon ses termes, il est en effet dans l'intérêt de la collectivité « *que les relations de confiance entre le médecin et le patient ne soient pas compromises et que les malades ne renoncent pas à un examen médical parce qu'ils doutent de la discrétion du médecin* »[1797]. L'instauration d'une faculté de signalement et non d'une obligation était donc préférable pour ménager les intérêts en présence, le médecin étant en premier lieu tenu de rendre attentif son patient de son inaptitude à la conduite et de lui recommander de ne plus conduire[1798]. Dans un arrêt de 2010, le Tribunal fédéral a par ailleurs confirmé que la liberté du médecin de signaler ou non un conducteur inapte devait être strictement garantie. Suite à un accident de la route lors duquel un automobiliste de 82 ans inapte à la conduite avait heurté mortellement un cycliste, le Tribunal 1061

1794 GUILLOD, *Développements récents*, p. 64.

1795 Pour une contribution détaillée sur l'aptitude à la conduite automobile, les exigences médicales, les procédures d'examen et le secret médical, *cf.* MIZEL, AJP/PJA 2008, p. 586 ss.

1796 Message du Conseil fédéral du 14 novembre 1973 concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière, FF 1973 II 1141, 1147.

1797 *Ibid*. Pour des considérations historiques en lien avec cette disposition, *cf.* PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 78 ss.

1798 MIZEL, AJP/PJA 2008, p. 595. Le maintien d'une faculté et non d'une obligation de signalement a par ailleurs été confirmé lors de la révision la LCR Via Sicura, *cf.* Message Via Sicura, FF 2010 7703, 7756. Cette question est toutefois régulièrement débattue au niveau politique, *cf.* MIZEL, AJP/PJA 2008, p. 595 ss.

fédéral a jugé que le médecin qui n'avait pas procédé au signalement du conducteur ne pouvait pas être jugé coupable d'homicide par négligence. En l'absence d'obligation de signalement, il n'endossait pas un rôle de garant[1799].

1062 Seuls les cas en lien avec des conducteurs de véhicule automobile peuvent être signalés sur la base de l'article 15*d* al. 4 LCR, et non ceux des autres usagers de la route (ex. : cyclistes). Pour ces derniers, le médecin doit se faire valablement délier du secret.

1063 La faculté de signaler les conducteurs inaptes selon l'article 15*d* LCR ne doit pas être confondue avec les situations où le médecin endosse un rôle d'expert pour évaluer la capacité de conduite d'un conducteur. Il en va par exemple ainsi lorsqu'il contrôle l'aptitude à la conduite des titulaires de permis de plus de 75 ans, des titulaires de certaines catégories de permis ou des titulaires de permis qui souffrent ou ont souffert de graves troubles physiques (art. 15*d* al. 2 LCR et art. 27 OAC[1800]). Ces examens doivent être réalisés par des médecins qualifiés pour la médecine du trafic (art. 5a ss OAC). Ceux-ci agissent alors comme auxiliaires de l'autorité (et non plus comme thérapeutes) et doivent communiquer leurs résultats à l'autorité cantonale en utilisant des formulaires prédéfinis (annexes 3, 3a et 4 de l'OAC). Ils sont liés par le secret professionnel, notamment à l'égard des tiers.

d. Dangerosité des personnes privées de liberté

1064 Même si la question du respect du secret médical en milieu carcéral excède le cadre de la présente étude, il paraît utile de signaler que certains cantons ont adopté des dispositions assouplissant le secret médical en milieu carcéral. Cette thématique a fait l'objet d'une médiatisation importante au cours des dernières années à la suite des affaires tristement célèbres d'Adeline et de Marie, l'une ayant été assassinée par un détenu en sortie, l'autre par un homme en liberté conditionnelle. Des voix s'étaient élevées pour pointer du doigt la mauvaise appréciation du risque présenté par les deux hommes et avaient plaidé pour un assouplissement du secret médical en prison. A la suite des deux affaires, la plupart des cantons romands avaient envisagé un tel assouplissement avant de faire marche arrière pour une bonne partie d'entre eux, notamment sous la pression du corps médical[1801].

1065 Certains cantons ont néanmoins adopté des obligations d'annonce particulières dans le contexte carcéral. Dans le domaine de l'exécution judiciaire, les professionnels de la santé du canton de Berne sont par exemple tenus

1799 Arrêt du TF 6B_924/2009 du 18 mars 2010 c. 2.6.5.

1800 RS 741.51.

1801 MATTER, Bulletin des médecins suisses 2014, p. 681.

d'annoncer à l'organe de direction compétent les faits importants dont ils prendraient connaissance dans le cadre de leur activité professionnelle[1802]. Sont notamment considérés comme des faits importants « *les dangers graves menaçant des tiers ou l'établissement* », « *le recours à la violence* » ou encore « *les faits médicaux, en cas de mise en danger grave et concrète de la santé* »[1803]. Dans le canton de Vaud, l'article 33e de la loi sur l'exécution des condamnations pénales (LEP-VD)[1804] prévoit que « *lorsqu'un état de nécessité l'exige, les professionnels de la santé informent leur médecin responsable des faits importants dont ils ont connaissance et qui pourraient porter atteinte à la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants, des personnes co-détenues, ou à la sécurité publique* ». Le médecin responsable est ensuite tenu de transmettre ces informations à la direction de l'établissement ou à l'office d'exécution des peines et doit également en informer le médecin cantonal. La même disposition définit les « *faits importants* » comme les éléments clairement objectivables ne relevant pas d'une appréciation médicale, à l'instar des menaces, des informations concernant une agression imminente ou à venir, ainsi que des informations concernant une évasion en préparation.

1066 Il est ici primordial de distinguer le rôle du médecin « *thérapeute* » de celui d'« *expert* ». En obligeant le médecin à signaler les cas de dangerosité chez un détenu, on lui fait porter la double casquette de thérapeute et d'expert, mettant ainsi à mal la relation thérapeutique et la qualité de la communication entre le « *patient* » et son « *thérapeute* »[1805]. Nonobstant leur caractère contre-productif, les dispositions légales qui obligeraient un thérapeute en milieu carcéral à signaler des informations à l'autorité semblent d'autant plus vaines qu'elles font fi des règles actuellement en vigueur pour délier le professionnel de son secret, soit la procédure ordinaire de levée du secret professionnel auprès de l'autorité compétente (art. 321 ch. 2 CP) et, en cas de grande urgence, l'application du motif justificatif de l'état de nécessité (art. 17 CP)[1806].

e. Armes à feu

1067 L'article 30*b* de la loi fédérale sur les armes[1807] autorise (faculté) les personnes astreintes au secret professionnel à signaler aux autorités cantonales

1802 Art. 28 al. 3a Loi sur la santé publique (RS-BE 811.01) *cum* art. 27 Loi sur l'exécution judiciaire (RS-BE 341.1).

1803 Art. 27 al. 2 Loi sur l'exécution judiciaire (RS-BE 341.1).

1804 RS-VD 340.01.

1805 Pour des développements sur cette question, *cf.* DUCOR, Revue médicale suisse 2016, p. 1196 ss ; DUCOR, Bulletin des médecins suisses 2016, p. 570 ss ; SPRUMONT/DUCOR, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 1592 ss.

1806 Dans un sens similaire : CEREGHETTI, Revue de l'avocat 2014.

1807 RS 514.54.

et fédérales de police et justice l'identité des personnes qui mettent en danger leur propre personne ou autrui par l'utilisation d'armes. Elles peuvent aussi signaler l'identité des personnes qui menacent d'utiliser des armes contre leur propre personne ou contre autrui. L'article 113 al. 7 de la loi fédérale sur l'armée[1808] contient une disposition similaire en ce qu'elle autorise (faculté) les médecins et psychologues à communiquer au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports (DDPS) tout signe ou soupçon laissant penser qu'une personne pourrait utiliser son arme personnelle de manière dangereuse pour elle-même ou pour des tiers ou qu'elle pourrait en faire un usage abusif. Que ce soit dans le cadre de la loi fédérale sur les armes ou dans celui de la loi fédérale sur l'armée, le médecin est non seulement libéré en cas de danger pour les tiers, mais aussi pour les cas où la personne se met elle-même en danger.

f. Chiens dangereux

1068 L'article 78 de l'ordonnance fédérale sur la protection des animaux (OPAn)[1809] oblige les médecins à annoncer au service cantonal compétent les accidents causés par un chien qui aurait gravement blessé un être humain ou un animal. Selon la même disposition, les cantons peuvent de surcroît soumettre d'autres catégories de personnes à l'obligation d'annoncer.

1069 L'obligation faite au médecin de signaler les accidents causés par des chiens devrait figurer dans une loi au sens formel et non dans une ordonnance. Cela paraît d'autant plus nécessaire qu'en pratique, ce type d'annonce implique la communication de nombreux détails sur la victime. Dans le canton de Vaud par exemple, le formulaire officiel à l'attention des médecins et des hôpitaux comprend non seulement des informations administratives sur celle-ci (nom, adresse, contact), mais aussi des informations très précises sur les circonstances de l'accident (lieu, heure) et sur le type de blessures et leur localisation[1810].

4. Protection des personnes vulnérables

a. Protection des mineurs

1070 Le signalement des mineurs ayant besoin d'aide a fait l'objet d'une révision récente du code civil (art. 314*c* à 314*e* CC, entrés en vigueur le 1er janvier 2019). Cette révision a suscité passablement de discussions à l'Assemblée fédérale et son résultat n'est pas d'une clarté aveuglante. Bien que la révision s'applique

1808 RS 510.10.

1809 RS 455.1.

1810 Formulaire utilisé dans le canton de Vaud.

à un large cercle de professionnels en contact avec des enfants, seules seront ici examinées les règles applicables aux soignants.

Selon l'article 314*c* al. 1 CC, toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'enfant que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant semble menacée. L'article 314*c* al. 2 CC étend spécifiquement cette « *faculté* » de signaler à l'égard des personnes soumises au secret professionnel « *en vertu du code pénal* », créant ainsi une dérogation au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Les professionnels astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP n'ont donc pas besoin d'obtenir le consentement de l'enfant ou de ses représentants légaux, voire celui de leur autorité supérieure pour procéder à un signalement auprès de l'autorité de protection de l'enfant. Le droit de signaler une situation n'octroie pas le droit d'exiger l'ouverture d'une procédure ni celui de participer à la procédure[1811]. 1071

La dérogation prévue par l'article 314*c* al. 2 CC délie toutefois du secret seulement les personnes qui sont soumises à titre principal à l'article 321 CP et non leurs auxiliaires (art. 314*c* al. 2 *in fine* CC). Ces derniers doivent respecter les voies habituelles de levée du secret professionnel s'ils entendent signaler eux-mêmes la mise en danger d'un mineur à l'autorité. Dans les faits, les auxiliaires qui constatent une situation de mise en danger d'un mineur doivent transmettre l'information au professionnel soumis au secret à titre principal, ce dernier étant alors chargé de déterminer si un signalement à l'autorité est opportun dans le cas d'espèce[1812]. Cette solution est parfois critiquée dans la mesure où les auxiliaires connaissent souvent mieux les circonstances concrètes d'un cas d'espèce et sont mieux à même de juger si un signalement est opportun, notamment dans les grandes structures. Selon les situations, l'obligation de s'en remettre au professionnel soumis au secret à titre principal pourrait alors engendrer un excès de bureaucratie et une perte de temps malvenue[1813]. 1072

Avant de faire usage de son « *droit* » (faculté) de signalement, le professionnel soumis à titre principal à l'article 321 CP doit se demander si l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant semble menacée et si l'intérêt de l'enfant justifie effectivement un signalement[1814]. Le professionnel doit notamment procéder à une pesée d'intérêts entre la préservation de la relation de confiance entretenue avec l'enfant et l'intérêt de l'enfant à ce que l'autorité 1073

1811 Arrêt du TF 5A_750/2018 du 18 septembre 2018 c. 5 et 6.

1812 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, p. 173.

1813 MARANTA, RMA 2018, p. 237.

1814 Malgré les terminologies différentes utilisées par la loi, la COPMA recommande d'interpréter de la même manière les formulations « *semble menacée* », « *semble avoir besoin d'aide* » et « *est menacée* », *cf.* COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, p. 170.

soit informée. Concernant ce dernier intérêt, il peut aussi s'agir de l'intérêt plus large d'autres enfants à être protégés contre l'auteur des menaces[1815]. L'interprétation juridique de ce qui constitue ou non une « *menace* » pour l'intégrité de l'enfant et celle de l'« *intérêt de l'enfant* » offrent une marge d'appréciation importante qui dessert certainement la sécurité juridique[1816].

1074 Si le code civil octroie une « *faculté* » de signalement aux professionnels soumis à l'article 321 CP, le droit cantonal peut toutefois prévoir des règles plus sévères à leur égard et « *obliger* » certains d'entre eux à signaler à l'autorité les cas où l'intégrité d'un enfant semble menacée (art. 314*d* al. 3 CC). Le Conseil fédéral avait initialement exclu cette possibilité dans son projet[1817], mais les Chambres fédérales ont estimé qu'il fallait préserver les acquis des cantons en la matière. Avant la révision, certains cantons soumettaient en effet certains professionnels visés par l'article 321 CP à une « *obligation* » de signaler les menaces pour l'intégrité de mineurs[1818]. Une telle obligation de signalement est par exemple prévue par le droit vaudois. Ce dernier oblige tous les professionnels de la santé à signaler à l'autorité de protection de l'enfant et au service en charge de la protection des mineurs les situations de mineurs semblant avoir besoin d'aide[1819]. Un aperçu de toutes les dispositions légales de droit cantonal en matière de signalement est disponible sur le site web de la COPMA[1820].

1075 Par ailleurs, l'article 314*d* CC institue plus généralement une « *obligation* » de signaler à l'égard des fonctionnaires et d'un large cercle de professionnels qui exercent leurs activités en contact avec des enfants (*cf. infra* N 1168 pour les fonctionnaires et N 1178 pour les autres professions de soins).

1076 Indépendamment de la problématique du signalement, l'article 314*e* CC prévoit que les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal « *peuvent* » (faculté) collaborer à l'établissement des faits devant l'autorité de protection de l'enfant sans se faire délier de leur secret. Elles sont toutefois « *obligées* » de collaborer si la personne concernée les y a autorisées

1815 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, p. 171.

1816 De cet avis : BURGAT, *Protection de l'enfant*, p. 3.

1817 FF 2015 3147.

1818 La doctrine était d'ailleurs dubitative quant à la constitutionnalité de telles obligations inscrites dans le droit cantonal, car celles-ci entraient vraisemblablement en contradiction avec l'ancien article 364 CP qui octroyait aux personnes astreintes au secret professionnel une « *faculté* » d'aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de mineurs. Sur cette question : GUILLOD/WINKLER, Jusletter 13 août 2007.

1819 Art. 32 Loi d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant (RS-VD 211.255).

1820 Disponible sur le site web de la COPMA. Pour un examen plus spécifique des règles applicables, y compris cantonales, en matière d'annonces liées aux mutilations génitales constatées sur des mineures, *cf.* COTTIER/SCHLAURI, FamPra 2005 (ancien droit).

ou si elles ont été déliées de leur secret par l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance, conformément à l'article 321 ch. 2 CP. L'article 314*e* CC prévoit une exception au principe général selon lequel seul le professionnel peut requérir la levée de son secret auprès de l'autorité compétente (art. 321 ch. 2 CP). Il autorise en effet l'autorité de protection de l'enfant à saisir elle-même l'autorité compétente en vue de requérir la levée du secret à la place du professionnel (sur cette question, *cf. supra* N 949).

b. Protection de l'adulte

1077 Contrairement à ce qui prévaut en droit de protection de l'enfant, les professionnels astreints au secret imposé par l'article 321 CP ne bénéficient pas d'une «*faculté*» générale de signaler les cas de personnes adultes dont l'intégrité est menacée. L'article 443 al. 2 CC réserve en effet les dispositions relatives au secret professionnel. Sous réserve de dispositions légales fédérales ou cantonales contraires, le secret professionnel s'applique donc pleinement et le professionnel qui entend communiquer des informations couvertes par le secret à des tiers doit respecter les règles généralement applicables pour déroger au secret (consentement, levée du secret)[1821].

1078 L'article 443 al. 3 CC autorise toutefois les cantons à prévoir des obligations d'aviser plus étendues[1822]. La législation fribourgeoise autorise par exemple les professionnels de la santé à aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide, sans se faire délier du secret professionnel[1823]. La validité d'une dérogation si générale énoncée de surcroît dans une ordonnance paraît toutefois discutable. Toujours à Fribourg, la loi cantonale sur la santé autorise les soignants à informer la police de la présence d'une personne disparue ou en fuite dans leurs locaux ou à fournir des indications permettant de la retrouver (encore que dans ce cas précis, on peine à déterminer si l'objectif de la dérogation au secret vise effectivement un intérêt de protection de l'adulte ou plutôt un intérêt de police, voire de sécurité publique…)[1824]. Un aperçu de toutes les dispositions légales de droit cantonal en matière de signalement est disponible sur le site web de la COPMA[1825].

1821 AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 25.

1822 A ce sujet, voir AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 27, qui confirme, notamment sur la base des travaux parlementaires, que les cantons ont bel et bien la compétence d'adopter de telles normes (avec d'autres exemples de normes).

1823 Art. 1 al. 2 Ordonnance concernant la protection de l'enfant et de l'adulte (RS-FR 212.5.11).

1824 Art. 90a Loi sur la santé (RS-FR 821.0.1).

1825 Disponible sur le site web de la COPMA.

1079 L'article 453 CC prévoit lui aussi une exception pour les cas graves de mise en danger. En présence d'un « *réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui* », les personnes liées par le secret professionnel sont autorisées (faculté) à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte. En pratique, il s'agit souvent de cas où un placement à des fins d'assistance doit être envisagé[1826]. Par ailleurs, l'article 453 al. 1 *in fine* CC oblige l'autorité de protection de l'adulte, les services concernés et la police à collaborer. Les informations qu'un médecin aurait communiquées à l'autorité de protection de l'adulte sur la base de son droit de signaler prévu par l'article 453 al. 2 CC pourraient donc possiblement terminer leur course entre les mains de la police par exemple, et éventuellement entraîner des conséquences pénales pour la personne concernée. L'absence de délimitation claire du cadre dans lequel les informations confiées au médecin pourraient circuler est critiquée par la doctrine, qui y voit un amoindrissement potentiel de la confiance établie entre patients et soignants[1827].

1080 Selon le Préposé zurichois à la protection des données, le médecin traitant est également autorisé à saisir l'autorité de protection de l'adulte pour lui signaler des irrégularités en lien avec l'application de directives anticipées, dans les situations prévues par l'article 373 CC. Selon cette disposition, tout proche du patient peut en appeler par écrit à l'autorité de protection de l'adulte lorsque les directives anticipées ne sont pas respectées, que les intérêts du patient sont compromis ou que les directives anticipées ne sont pas l'expression de la libre volonté du patient. Pour le Préposé zurichois à la protection des données, le médecin traitant devrait être considéré comme un proche au sens de cette disposition[1828].

1081 Une controverse existe sur l'articulation entre les articles 397*a* CO et 443 CC. L'article 397*a* CO est une disposition relative au contrat de mandat qui oblige le mandataire à informer l'autorité de protection de l'adulte que son mandant est frappé d'une incapacité de discernement probablement durable, pour autant que la démarche paraisse appropriée au regard de la sauvegarde des intérêts du mandant. Une partie de la doctrine estime qu'en l'absence de toute réserve en faveur du secret professionnel dans le texte de l'article 397*a* CO, cette disposition permettrait de déroger au secret professionnel. Le

1826 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, p. 172.

1827 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 208.

1828 DATENSCHUTZBEAUFTRAGTER KANTON ZÜRICH, *Meldepflichten und Meldrerechte von Spitälern*, p. 4.

mandataire pourrait alors s'appuyer sur cette disposition pour procéder au signalement auprès de l'autorité de protection de l'adulte sans se faire délier du secret professionnel[1829]. Selon un autre courant doctrinal, une telle interprétation viderait de son sens le secret professionnel et l'article 321 CP devrait primer sur l'article 397*a* CO. Le professionnel astreint au secret professionnel selon l'article 321 CP devrait donc se faire délier du secret s'il entend procéder à un tel signalement[1830]. Cette seconde solution est la plus convaincante. L'article 397*a* CO s'inscrit en effet dans le cadre général du contrat de mandat et ne vise pas spécifiquement des professionnels soumis au secret professionnel. Il ne remplit donc pas les conditions d'une dérogation légale valable à l'article 321 CP[1831].

1082 Une fois la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte ouverte, les médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, chiropraticiens et psychologues ainsi que leurs auxiliaires sont uniquement tenus de collaborer à l'établissement des faits si la personne concernée les y a autorisés ou qu'ils ont été déliés par l'autorité cantonale compétente (art. 448 al. 2 ; art. 321 ch. 2 CP)[1832]. Tout comme c'est le cas pour l'autorité de protection de l'enfant, l'autorité compétente pour la levée du secret professionnel peut non seulement être saisie par le professionnel lui-même, mais aussi directement par l'autorité de protection de l'adulte (art. 448 al. 2 CC). Il est intéressant de noter que l'article 448 al. 2 CC s'applique uniquement à certaines professions visées par l'article 321 ch. 1 CP (médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, chiropraticiens et psychologues[1833]), alors que la disposition analogue en protection de l'enfant vise plus largement « *les personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal* » (art. 314*c* al. 2 CC). Ainsi, les infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes et ostéopathes sont donc par principe soumis à l'obligation de collaborer, même en l'absence de consentement de la personne concernée ou de levée du secret par l'autorité

1829 En ce sens : AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 37 ss, qui construit notamment son argumentation sur la corrélation temporelle entre l'adoption de l'art. 397*a* CC et la révision du droit de la protection de l'adulte ; FREI/HOLDEREGGER, AJP/PJA 2013, p. 1231.

1830 En ce sens : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 98 ss et réf. citées ; FELLMANN, Revue de l'Avocat 2013, p. 357 (pour le secret professionnel de l'avocat).

1831 *Contra* : AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 41, qui compare cette disposition avec d'autres dérogations légales au secret professionnel qui ne mentionneraient pas explicitement le secret professionnel, à l'instar de l'article 12 LEp ou 3c LStup. Ces dernières visent toutefois explicitement les « *médecins* » et les « *professionnels œuvrant dans le domaine de la santé* ». L'argument peine donc à convaincre.

1832 AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 30

1833 Jusqu'au 1er janvier 2019, les psychologues ne figuraient pas sur cette liste. Certains auteurs y voyaient une inadvertance du législateur dans la mesure où les autres professions médicales de l'article 321 CP y figuraient : KETTIGER, Revue Suisse de Jurisprudence 2014, p. 512 ss.

compétente. L'ajout de ces professions à la liste de l'article 321 CP lors de l'entrée en vigueur de la LPSan le 1er février 2020 n'a en effet pas entraîné de modification de l'article 448 al. 2 CC. L'examen des travaux historiques apportent peu d'indices justifiant cette différence, si ce n'est que le Conseil fédéral semble avoir cherché à limiter la liste des professions de l'article 448 al. 2 CC aux professions du milieu médical visées par l'article 321 CP. Pour assurer une meilleure cohérence, la liste des professions de l'article 448 al. 2 devrait donc être élargie aux professions de la LPSan, qui figurent désormais aussi dans la liste des professions de l'article 321 ch. 1 CP.

1083 Même si cela ne ressort pas directement du texte de la loi, les médecins sont par ailleurs autorisés à communiquer des informations aux personnes habilitées à représenter une personne incapable de discernement au sens de l'article 378 CC (liste en cascade de représentants potentiels)[1834]. Conformément au principe de proportionnalité, de telles communications doivent se limiter strictement aux informations essentielles qui permettront au représentant de se déterminer. Certains auteurs regrettent que le secret médical perde une grande partie de sa portée à l'égard de proches représentants dès l'instant où le patient perd sa capacité de discernement[1835]. Eu égard à la nature et à l'importance des décisions qui doivent être prises par les proches représentants, une autre solution paraît toutefois difficilement imaginable.

1084 Enfin, le médecin qui a procédé à une stérilisation sur une personne sous curatelle de portée générale ou durablement incapable de discernement doit l'annoncer dans les 30 jours au département cantonal compétent en matière de santé ou au service désigné par celui-ci (art. 10 al. 2 loi fédérale sur la stérilisation[1836]). Toutefois, dans ce cas, l'annonce ne doit pas contenir de données permettant d'identifier des personnes (art. 10 al. 3 loi fédérale sur la stérilisation).

c. Personnes présentant un risque de dépendance

1085 L'article 3c al. 1 LStup autorise (faculté) les professionnels de la santé 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. Un signalement sur la base de cette disposition peut seulement intervenir si les faits ont été constatés par le professionnel dans le cadre de son activité, si un danger considérable menace la personne concernée, ses proches ou la collectivité et

1834 Notons que la législation sanitaire de Nidwald prévoit que le consentement du patient à la communication aux proches représentants au sens de l'article 378 CC est présumé en l'absence de volonté contraire du patient qui pourrait être déduite d'indices ou des circonstances : art. 47 al. 3 ch. 1 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1).

1835 AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 17.

1836 RS 211.111.1.

si les professionnels estiment que des mesures de protection sont indiquées (conditions cumulatives).

Le signalement doit être adressé aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents (art. 3c al. 1 LStup). Les institutions de traitement et les services d'aide sociale qualifiés sont désignés par les cantons (art. 3c al. 3 LStup). Le personnel de ces institutions et services est lui-même soumis au secret de fonction et au secret professionnel au sens des articles 320 et 321 CP (art. 3c al. 4 LStup). 1086

La faculté de signalement en lien avec les risques de toxicodépendance a été introduite pour la première fois en 1951, mais elle ne s'appliquait alors qu'au médecin et au pharmacien et concernait uniquement les cas de mise en danger des proches et de la communauté[1837]. Aujourd'hui, le cercle des personnes habilitées à procéder à un signalement selon l'article 3c LStup s'étend à un cercle bien plus large et l'annonce peut aussi être effectuée si un danger considérable menace directement la personne concernée (art. 3c al. 1 LStup). L'opportunité d'adopter une obligation d'annonce plutôt qu'une faculté d'annonce a été discutée à plusieurs reprises à l'Assemblée fédérale, mais le législateur a toujours préféré opter pour une faculté d'annonce[1838]. 1087

Dans un domaine qui excède celui des stupéfiants mais qui touche aussi à la dépendance, la législation fribourgeoise autorise pour sa part les médecins et auxiliaires médicaux à signaler au préfet « *tout majeur qui, par l'abus de boissons alcooliques, s'expose à tomber dans le besoin, compromet la situation morale et matérielle de sa famille, menace la sécurité d'autrui ou cause du scandale en public* »[1839]. 1088

d. Protection des patients

Parallèlement aux risques liés à l'administration d'un traitement au sens strict, le patient se trouve souvent en position de faiblesse dans la relation thérapeutique (ex. : santé déficiente, âge avancé, besoin de recevoir des soins). Le déséquilibre de la relation entre patient et soignant tend à réduire les moyens de défense du patient qui se trouverait confronté à des agissements malveillants de la part d'un soignant. Pour remédier à cette question, certains cantons ont institué des procédures de signalement visant à protéger les patients. 1089

La loi vaudoise sur la santé impose (obligation) par exemple aux personnes astreintes au secret professionnel de signaler au médecin cantonal les 1090

1837 Art. 15 al. 1 aLStup, version en vigueur en 1951.

1838 Pour un aperçu des différentes étapes législatives relatives à cette dérogation au secret professionnel : PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 79-81.

1839 Loi sur la lutte contre l'alcoolisme (RS-FR 821.44.1).

faits susceptibles de constituer un cas de maltraitance ou de soins dangereux émanant d'autres professionnels de la santé[1840]. Il s'agit seulement d'une faculté de signalement lorsque la maltraitance n'émane pas d'un professionnel de la santé. Le signalement peut alors être effectué auprès du médecin cantonal ou des autorités compétentes[1841]. Dans le canton des Grisons, les professionnels de la santé sont déliés du secret par la loi (faculté) pour signaler à l'autorité de surveillance les violations des obligations professionnelles par d'autres professionnels de la santé ou le non-respect des droits des patients par d'autres professionnels ou par des établissements de soins[1842].

5. Maîtrise des coûts de la santé

1091 Les ressources financières et humaines consacrées au système suisse de soins ne sont pas illimitées et leur affectation doit être conçue dans un souci d'efficacité. Le système adopté doit permettre d'offrir des prestations de qualité et économiques tout en respectant l'égalité de traitement entre les bénéficiaires[1843]. L'allocation efficace des ressources est une question particulièrement sensible à une époque où l'on échoue pour l'heure à endiguer l'augmentation inquiétante des coûts de la santé.

1092 Lorsqu'un individu bénéficie d'une prestation sociale de l'Etat, ce dernier a un intérêt légitime à s'assurer que la prestation remplit bien les conditions légales posées pour son octroi. Il a par ailleurs un intérêt légitime à s'assurer que les ressources collectives ont été utilisées à bon escient. Dans le cadre de l'assurance-maladie obligatoire par exemple, les prestations doivent répondre aux critères d'efficacité, d'adéquation et d'économicité pour être remboursées (art. 32 al. 2 LAMal). Or, le contrôle du bien-fondé d'une prestation implique nécessairement un accès aux informations en lien avec la prestation fournie. Une partie importante de ces informations est constituée de données directement liées au patient. Ainsi, lorsque la prestation est de nature médicale, l'accès à l'information par l'assureur entre en contradiction directe avec le principe du secret médical.

1093 La question sensible des transmissions de données couvertes par le secret médical aux assureurs a fait l'objet de nombreux débats par le passé et a débouché sur l'adoption de normes complexes. Ces dernières visent à assurer un équilibre entre le besoin d'accès aux informations par les assureurs et la préservation de la confiance du public à l'égard des acteurs du système de

1840 Art. 80a al. 1 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1841 Art. 80a al. 3 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1842 Art. 39 al. 2 let. c Gesundheitsgesetz (RS-GR 500.000).

1843 STEIERT, *Protection des données dans le système de santé*, p. 153.

santé. Dans les faits, on constate toutefois que les normes adoptées ont plutôt tendance à favoriser les assurances dans leur quête d'informations toujours plus large.

La présente section passe en revue les dérogations légales au secret professionnel les plus significatives qui permettent ou obligent les fournisseurs de soins à communiquer des informations aux principaux assureurs sociaux (LAMal, LAA, LAI). Un bref excursus est par ailleurs consacré aux règles applicables en matière d'assurances privées. 1094

a. Régime général

Les organes qui participent à la mise en œuvre des assurances sociales exécutent une tâche de la Confédération et sont à ce titre considérés comme des organes fédéraux au sens des articles 2 al. 1 let. b et 3 let. h LPD. Ils sont donc soumis à la LPD pour leurs traitements de données personnelles. Cela vaut également lorsqu'ils sont constitués sous une forme de droit privé, à l'instar de la plupart des caisses d'assurance-maladie[1844]. Sauf exception, les organes qui mettent en œuvre les assurances sociales ne peuvent donc traiter des données personnelles que dans la mesure où une base légale les y autorise (art. 17 LPD). Cette base légale doit être formelle lorsque des données sensibles ou des profils de la personnalité sont en jeu. La caisse d'assurance-maladie qui souhaite contrôler une facture doit par exemple se limiter à obtenir les renseignements que la loi l'autorise à requérir. Une demande de renseignements qui excéderait ce cadre serait illicite[1845]. 1095

La LPGA coordonne le droit fédéral des assurances sociales et fixe des règles de procédure uniformes pour l'instruction des demandes de prestations (art. 1 let. b LPGA). Ses dispositions s'appliquent seulement dans la mesure où les lois spéciales sur les assurances sociales le prévoient (art. 2 LPGA). 1096

L'article 28 LPGA pose plusieurs principes de base pour la collaboration entre les assurances sociales et l'assuré ou un fournisseur de prestations. Lorsqu'ils font valoir un droit à des prestations, les assurés et les employeurs doivent fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations (art. 28 al. 2 LPGA). Ils sont par ailleurs tenus d'« *autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations. Ces personnes et institutions sont tenues de donner les renseignements requis* » (art. 28 al. 3 LPGA). D'un point de vue technique, la LPGA 1097

1844 ATF 133 V 359 c. 6.4.

1845 KUHN, BMS 2001, p. 1712 s.

n'oblige pas un assuré à communiquer des informations ou à autoriser des tiers à communiquer avec l'assureur. Il s'agit d'une incombance : l'assuré doit communiquer les informations requises s'il entend bénéficier du droit à une prestation. A défaut, l'assureur pourrait décider de ne pas entrer en matière après avoir adressé une mise en demeure écrite à l'assuré (art. 43 al. 3 LPGA).

b. Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal)

1098 Les professionnels astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP sont amenés à communiquer des informations à l'assurance-maladie lorsqu'ils sont admis à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire de soins (art. 35 ss LAMal). Parmi les fournisseurs de soins admis figurent notamment les médecins, pharmaciens, chiropraticiens, sages-femmes ou les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins (liste complète à l'art. 35 al. 2 LAMal).

(i) Facturation

1099 La facturation d'une prestation peut intervenir selon deux modèles (art. 42 al. 1 et 2 LAMal). Selon le système du tiers garant, l'assuré est le débiteur de la prestation à l'égard du fournisseur de prestations. Il lui appartient ensuite de communiquer la facture à l'assureur pour obtenir son remboursement. Selon le système du tiers payant, l'assureur est le débiteur direct de la prestation à l'égard du fournisseur de prestations. Le système du tiers payant s'applique pour les traitements hospitaliers ou dans les cas prévus par convention entre les assureurs et les fournisseurs de prestations (art. 42 al. 1 et 2 LAMal). A partir du moment où l'assuré prétend à un remboursement, la facture parvient donc dans tous les cas à l'assureur.

1100 Conformément à l'article 42 al. 3 LAMal, le fournisseur de prestations doit remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible, ainsi que toutes les indications nécessaires à la vérification de la rémunération et du caractère économique de la prestation. Les indications qui doivent être contenues dans la facture sont explicitées par l'article 59 al. 1 OAMal. Il s'agit notamment des dates de traitement, des prestations fournies, des diagnostics et des procédures nécessaires pour le calcul applicable, le numéro de la carte d'assuré et le numéro AVS. Les diagnostics et les procédures doivent toutefois figurer sous forme codée (art. 42 al. 3bis LAMal).

(ii) Renseignements supplémentaires d'ordre médical

1101 Une fois la facture communiquée, l'assureur peut exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical (art. 42 al. 4 LAMal). Si les circonstances l'exigent ou dans tous les cas si le patient le demande, le fournisseur de prestations ne communique les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil

de l'assureur (*cf. infra* N 1103 ss). L'assureur ne bénéficie pas d'un droit illimité à exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical. Sa marge de manœuvre est notamment limitée par les principes de proportionnalité et de finalité. En théorie du moins, l'assureur n'est autorisé à exiger des informations d'ordre médical que dans la stricte mesure où celles-ci sont nécessaires pour l'appréciation de la prise en charge d'une prestation[1846]. De son côté, le fournisseur de prestations qui est soumis au secret professionnel a l'obligation de 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, faute de quoi il violerait son obligation de confidentialité[1847].

1102 En pratique, le Tribunal fédéral se montre plutôt souple à l'égard des assureurs-maladie. Il a notamment jugé qu'il n'appartenait pas au fournisseur de prestations de déterminer quelles informations supplémentaires devaient être communiquées. Cette prérogative appartenait à l'assureur puisqu'il lui revenait de déterminer si une prestation était efficace, adéquate et économique[1848]. Tout en rappelant que les communications devaient respecter le principe de proportionnalité et se limiter aux seules informations nécessaires, il a estimé qu'après tout, l'assureur devait disposer d'un certain pouvoir d'appréciation quant à la manière de procéder à son examen. Le Tribunal fédéral a ainsi reconnu à un assureur-maladie un large droit d'accès aux rapports de soins et de contrôle des signes vitaux d'un EMS, sans avoir à justifier sa demande dans chaque cas individuel[1849]. Il a également reconnu à l'assureur le droit de procéder à des examens aléatoires pour vérifier le caractère économique des prestations fournies dans l'EMS[1850].

(iii) Médecin-conseil

1103 Pour concilier le besoin accru en données des assureurs et la protection de la personnalité des assurés, le législateur a instauré un système de médecin-conseil. Selon les termes de l'article 42 al. 5 LAMal, « *le fournisseur de prestations est fondé lorsque les circonstances l'exigent, ou astreint dans tous les cas,*

1846 BRUNNER, Douleurs et analgésie 2009 sup. 1, p. 55 ; MONTAVON, RFJ 2015, p. 245.

1847 MONTAVON, RFJ 2015, p. 246.

1848 ATF 133 V 359 c. 6.5. Voir aussi : arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 7/05 du 18 mai 2006 c. 5.2.2.

1849 ATF 133 V 359 c. 6-8. Pour un large droit d'accès en faveur de l'assureur, voir par exemple aussi l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances K 105/04 du 18 mars 2005 c. 2.4, où un accès complet à la documentation de soins (Pflegedokumentation) a été admis. Critique d'une telle solution : KUHN, BMS 2001, p. 1712.

1850 ATF 133 V 359 c. 8.1.

si l'assuré le demande, à ne fournir les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assureur ». Le médecin-conseil joue un rôle de filtre pour les informations communiquées à l'assureur par le fournisseur de prestations. Son rôle consiste à donner son avis à l'assureur sur des questions médicales ou des questions relatives à la rémunération et à l'application des tarifs. Il examine notamment si les conditions de la prise en charge d'une prestation sont remplies dans un cas particulier (art. 57 al. 4 LAMal). Pour remplir ses tâches, le médecin-conseil se base sur les indications communiquées par les fournisseurs de prestations, mais il peut également examiner lui-même l'assuré (art. 57 al. 6 LAMal). Il doit ensuite se limiter à communiquer aux organes compétents de l'assureur « *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* » (art. 57 al. 7 LAMal). Ce faisant, il doit respecter les droits de la personnalité des assurés.

1104 En dépit du fait qu'il est rattaché à une caisse d'assurance-maladie en tant qu'organe de celle-ci, le médecin-conseil doit exercer son activité en toute indépendance (art. 57 al. 5 LAMal). Il ne doit recevoir aucune directive de l'assureur ou du fournisseur de prestations quant à la manière d'exécuter les tâches que lui assigne la loi[1851]. Pour assurer cette indépendance, l'OFSP enjoint les assurances-maladie à adopter des mesures organisationnelles et techniques particulières[1852]. Ces mesures impliquent notamment de séparer les locaux du médecin-conseil de ceux de l'assureur et d'assurer qu'ils peuvent être fermés. Les réseaux téléphonique et informatique doivent également être organisés de manière indépendante. Le médecin-conseil doit être en mesure d'engager son propre personnel et ses auxiliaires ne doivent pas se trouver en situation de conflit d'intérêts.

1105 L'exigence d'indépendance n'empêche toutefois pas un médecin-conseil de communiquer des données à un tiers pour recourir à son expertise par exemple. Selon le Tribunal fédéral, une telle communication repose sur l'article 84 LAMal qui autorise les organes chargés d'appliquer la LAMal à traiter « *ou à faire traiter* » des données personnelles qui leur sont nécessaires pour accomplir leurs tâches[1853]. Lorsqu'il procède de la sorte, le médecin-conseil est cependant tenu de respecter le principe de proportionnalité et de limiter sa communication aux seules informations nécessaires pour atteindre le but visé.

1851 MONTAVON, RFJ 2015, p. 243.

1852 OFSP, Circulaire n° 7.1 du 1er janvier 2016, *Assureurs-maladie : organisation et processus conformes à la protection des données*, p. 7.

1853 ATF 131 II 413 c. 2.

Le médecin-conseil et ses auxiliaires sont eux-mêmes astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP[1854]. Ils sont donc punissables en vertu de cette disposition s'ils communiquent des informations couvertes par le secret à des tiers sans motif justificatif. Ils s'exposent de la même manière à des sanctions pénales s'ils communiquent des informations à l'assureur dans une mesure qui excède celle qui est autorisée par la loi. 1106

Le Tribunal fédéral a généralement tendance à considérer que le mécanisme du médecin-conseil règle de manière très restrictive les communications envers l'assureur et qu'il préserve donc les droits de la personnalité des assurés[1855]. Ce point de vue est régulièrement critiqué par la doctrine. Celle-ci admet volontiers que le recours au médecin-conseil constitue un progrès pour la protection des données des assurés, mais juge difficile d'assurer un contrôle efficace sur les données effectivement échangées entre le médecin-conseil et l'assureur[1856]. 1107

(iv) Service de réception des données

Des modalités particulières s'appliquent lorsque le modèle de rémunération de type DRG (*Diagnosis Related Groups*) s'applique (art. 59*a* OAMal)[1857]. Il s'agit du système tarifaire réglant l'indemnisation par l'assurance-maladie obligatoire des prestations hospitalières en soins somatiques aigus et des prestations stationnaires fournies dans les maisons de naissance. Dans ce cas particulier, les diagnostics et les procédures qui sont nécessaires au calcul du tarif applicable doivent faire l'objet d'un codage spécifique (art. 59*a* al. 2 OAMal). 1108

Les données codées et la facture doivent être communiquées à un service de réception de données certifié dont doit disposer chaque assureur (art. 59*a* al. 3 et 6 OAMal)[1858]. Le service de réception des données doit déterminer pour quelles factures un examen plus approfondi est indiqué, puis transmettre les indications nécessaires à l'assureur. Seul le service de réception des données a un accès aux données médicales (art. 59*a* al. 3 OAMal). Si des renseignements supplémentaires d'ordre médical sont exigés de la part du fournisseur de prestations conformément à l'article 42 al. 3 LAMal, l'assureur doit 1109

1854 MANAÏ, *Biomédecine*, p. 153 ; OFSP, Circulaire n° 7.1 du 1er janvier 2016, *Assureurs-maladie : organisation et processus conformes à la protection des données*, p. 7.

1855 *Cf.* par ex. : ATF 131 II 413 c. 2.4.

1856 DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*, p. 203-204 ; MONTAVON, RFJ 2015, p. 244-245.

1857 Sur la question particulière du modèle de type DRG et de la protection des données : FÜNFKIRCHEN, Jusletter 30 janvier 2012.

1858 Pour une contribution détaillée sur la mise en œuvre des services de réception des données, *cf.* WINKLER, *Art. 59a KVV*.

informer l'assuré qu'il dispose du droit d'exiger que les informations ne soient communiquées qu'au médecin-conseil (art. 59*a* al. 5 OAMal). En pratique, les assureurs renoncent toutefois souvent à informer l'assuré de son droit et requièrent directement les informations auprès du fournisseur de prestations par l'entremise du médecin-conseil[1859].

(v) Dérogation au secret professionnel

1110 Le Tribunal fédéral a jugé que l'article 42 al. 3 et 4 LAMal constituait une base légale suffisante pour exiger du fournisseur de prestations qu'il communique des informations à l'assureur ou à son médecin-conseil sans le consentement de l'assuré[1860]. La doctrine est toutefois divisée sur cette question[1861]. Pour certains auteurs, la communication d'informations à l'assureur est une incombance de l'assuré et ce dernier devrait être en mesure d'empêcher une communication à son assureur s'il accepte le risque de perdre son droit à des prestations[1862].

c. Loi fédérale sur l'assurance-accidents (LAA)

1111 Dans le contexte de l'assurance-accidents, l'assureur a une position particulière dans la mesure où il est lui-même tenu de fournir des prestations en nature, ce qu'il peut faire par l'intermédiaire d'un médecin ou d'un établissement de soins[1863]. L'application du principe des prestations en nature confère à l'assureur un grand contrôle sur le traitement en cours et plus spécifiquement sur l'activité des fournisseurs de prestations[1864]. Le système du tiers-payant est applicable[1865] et l'assureur assume lui-même une responsabilité pour les erreurs ou omissions du médecin traitant[1866].

1112 Le système établi dans la LAA, en particulier l'application du principe des prestations en nature, a pour effet d'obliger les fournisseurs de prestations à communiquer les données médicales indispensables à l'assureur-accidents[1867]. Pour fonder ce type de communications, le législateur fédéral a adopté une base légale formelle au sens de l'article 17 LPD en vue de régler

1859 GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 63.

1860 ATF 133 V 359 c. 7.2 ; ATF 131 II 413 c. 2.5 ; arrêt du TF 9C_812/2016 du 30 décembre 2016 c. 3.3. Aussi dans ce sens : PELET/SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, p. 218.

1861 Voir notamment : BRUNNER, Douleurs et analgésie 2009 sup. 1, p. 55 et réf. citées ; MONTAVON, RFJ 2015, p. 242.

1862 MONTAVON, RFJ 2015, p. 242-243 ; KUHN, BMS 2001, p. 1710.

1863 KOSS – HÜRZELER/KIESER, Art. 54*a* UVG, N 2.

1864 ATF 136 V 141 c. 4.2.

1865 RÜEGG, Bulletin des médecins suisses 2012, p. 1902.

1866 ATF 134 V 189 c. 3.3.

1867 ATF 136 V 141 c. 4.2 ; ATF 134 V 189 c. 3.2-3.

le devoir d'information des fournisseurs de prestations à l'égard de l'assureur-accidents. Selon l'article 54*a* LAA, les fournisseurs de prestations remettent à l'assureur une « *facture détaillée et compréhensible* » et lui transmettent « *toutes les indications nécessaires pour qu'il puisse se prononcer sur le droit à des prestations et vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation* ».

1113 Le devoir de collaborer énoncé à l'article 54 LAA s'applique uniquement aux fournisseurs de prestations autorisés à exercer à charge de l'assurance-accidents. Ceux-ci sont définis par l'article 54 LAA. Il s'agit en particulier des médecins, dentistes, chiropraticiens et pharmaciens qui remplissent les conditions fixées par la LPMéd. Ces professionnels sont astreints au secret professionnel au sens de l'article 321 CP.

1114 Tout comme l'article 42 LAMal, l'article 54*a* LAA permet de déroger au secret professionnel (art. 321 CP)[1868]. L'assureur-accident peut, sur cette base, requérir des informations auprès du fournisseur de prestations sans le consentement préalable de l'assuré[1869]. De leur côté, les fournisseurs de prestations ont une obligation de collaborer avec l'assureur-accidents[1870]. Si, après un délai raisonnable, le fournisseur de prestations refuse de coopérer ou fournit des informations insuffisantes à l'assureur-accident, ce dernier pourrait décider de rejeter la demande de prestations de l'assuré, même sans faute de ce dernier[1871]. Celui-ci pourrait alors agir en responsabilité contre le fournisseur de prestations[1872].

1115 Les fournisseurs de prestations doivent communiquer une facture sur laquelle doivent figurer les dates de traitement, les prestations fournies et le diagnostic (art. 69*a* al. 1 OLAA). Quant aux autres indications nécessaires pour l'assureur-accidents selon l'article 54*a* 2e phrase LAA, elles sont plus complexes à définir. L'étendue de la communication doit se limiter aux finalités visées par cette disposition, à savoir la détermination du droit à prestations, la vérification du calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation. Des communications qui excéderaient ce cadre ne reposeraient sur aucune base légale et seraient donc illicites[1873]. La communication doit par ailleurs se limiter aux informations de nature médicale qui sont pertinentes d'un point de vue juridique[1874]. Elle peut inclure des pièces telles que des radios.

1868 KOSS – HÜRZELER/KIESER, Art. 54*a* UVG, N 6 ; PETER, Jusletter 22 juin 2009, p. 151.

1869 BRUNNER, Douleurs et analgésie 2009 sup. 1, p. 56.

1870 PETER, Jusletter 22 juin 2009, p. 162.

1871 *Ibid*.

1872 GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 69.

1873 KOSS – HÜRZELER/KIESER, Art. 54*a* UVG, N 10.

1874 *Ibid*.

d. Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)

(i) Autorisation de donner des renseignements

1116 La LAI confère aux organes de l'AI des instruments particuliers pour collecter des informations sur les assurés. En vertu de l'article 6*a* al. 1 LAI, l'assuré qui fait valoir son droit à des prestations auprès de l'AI doit autoriser les personnes et 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. L'autorisation est donnée « *en général* » et n'a pas besoin d'être renouvelée à chaque stade de la procédure. Elle déroge ainsi à l'article 28 al. 3 LPGA qui impose à l'assuré faisant valoir une prétention d'autoriser des tiers à fournir des renseignements « *dans des cas particuliers* ». La formulation de l'autorisation générale donnée dans le cadre d'une requête à l'AI a été jugée conforme au droit par le Tribunal fédéral[1875]. Celui-ci a estimé que même si le cercle des personnes concernées pouvait à première vue sembler général et abstrait, l'autorisation se limitait aux renseignements qui se trouvaient en rapport étroit avec la demande concrète de prestations. L'assuré n'autorisait expressément les tiers concernés à ne donner aux organes de l'AI que les renseignements nécessaires à l'examen de la demande. L'autorisation était donc « *non seulement conforme à la loi, mais également appropriée au regard des principes de célérité et d'économie de la procédure* »[1876].

1117 Les fournisseurs de prestations selon les articles 36 à 40 LAMal (en particulier les médecins, pharmaciens, hôpitaux et autres institutions) sont quant à eux « *autorisés* » (faculté) par la loi à fournir aux organes de l'AI tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir le droit de l'assuré aux prestations et le bien-fondé des prétentions récursoires (art. 6*a* al. 2 LAI).

(ii) Détection précoce

1118 Le souhait de diminuer les coûts à la charge de l'assurance-invalidité a conduit le législateur fédéral à adopter diverses mesures, parmi lesquelles

1875 Arrêt du TF 9C_250/2009 du 29 septembre 2009 c. 3.4. La clause examinée était rédigée ainsi : « *En signant ce formulaire, l'assuré(e) ou son/sa représentant(e) autorise toutes les personnes et tous les offices entrant en considération, en particulier les médecins, le personnel paramédical, les établissements hospitaliers, les caisses-maladie, les employeurs, les avocat(e)s, les fiduciaires, les assurances publiques et privées, les organismes publics ainsi que les institutions d'aide sociale privées, à donner aux organes de l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité les renseignements nécessaires à l'examen du bien-fondé de la demande et de l'octroi de prestations, ainsi que ceux visant à l'exercice par l'assurance du droit de recours contre les tiers responsables contre lesquels l'assuré(e) peut faire valoir des prétentions en dommage-intérêts ensuite du préjudice subi* ».

1876 Arrêt du TF 9C_250/2009 du 29 septembre 2009 c. 2.3. Voir aussi : VALTERIO, *Commentaire LAI*, Art. 6*a* N 3.

figure la détection précoce[1877]. Cette institution a été introduite dans le cadre de la 5e révision de l'AI en 2006 (art. 3*a* à 3*c* LAI). La détection précoce vise à prévenir l'invalidité des personnes en incapacité de travail et doit permettre aux offices AI de repérer le plus tôt possible les personnes à risque. Pour que les offices AI remplissent efficacement leurs tâches, la loi a mis en place un système de communication facultative.

1119 L'article 3*b* LAI autorise (faculté) notamment les médecins traitants et les chiropraticiens à communiquer le cas d'un patient à l'office AI en vue d'une détection précoce, en dérogation de leur secret professionnel (art. 321 CP). Ils doivent toutefois informer au préalable leur patient de leur intention de procéder à la communication (art. 3*b* al. 3 LAI).

1120 Une fois la procédure de détection précoce ouverte, l'assuré est invité à autoriser les fournisseurs de prestations au sens des articles 36 à 40 LAMal (en particulier les médecins, pharmaciens, hôpitaux et autres institutions) à fournir tous les renseignements et documents nécessaires à l'enquête menée dans le cadre de la détection précoce (art. 3*c* al. 3 LAI). Si le patient refuse de donner son autorisation, la LAI prévoit un système de médecin-conseil. Un médecin d'un service médical régional interdisciplinaire (art. 59 al. 2 LAI) peut directement s'adresser aux médecins traitants et leur demander de lui communiquer les renseignements nécessaires. Les médecins traitants sont alors déliés par la loi de leur secret professionnel pour communiquer les informations demandées (art. 3*c* al. 4 LAI). Sur la base des informations reçues, le médecin du service médical régional interdisciplinaire examine ensuite si des mesures d'intervention précoce sont indiquées et en informe l'office AI. Il ne doit pas transmettre de documents ni de renseignements d'ordre médical à celui-ci (art. 3*c* al. 4 LAI).

1121 Les moyens mis à disposition des offices AI pour récolter des informations sur les assurés sont donc particulièrement intrusifs. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence a constaté que les échanges de données concernés « *allaient relativement loin* »[1878]. Il a toutefois admis que le besoin en informations des offices AI était justifié sur la base des multiples tâches qui leur étaient confiées. Il a cependant souligné l'importance de respecter les principes généraux de proportionnalité et de finalité et a enjoint les offices AI à ne traiter que les données nécessaires pour atteindre les buts visés dans chaque cas d'espèce.

1877 Pour plus de détails sur la question de la détection précoce et de la protection des données : MEIER, *5e révision de l'AI et détection précoce*, p. 87 ss.

1878 PFPDT, 24e Rapport d'activités 2016/2017.

e. *Excursus* : assurances privées

1122 Les contrats d'assurance privée (ex. : contrat d'assurance-maladie complémentaire) sont principalement régis par le cadre posé par la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)[1879]. La LCA ne contient pas de disposition qui permettrait de déroger au secret professionnel institué par l'article 321 CP. Les personnes astreintes au secret professionnel ne sont donc autorisées à communiquer des informations secrètes qu'avec le consentement du maître du secret ou si la levée du secret a été prononcée par l'autorité compétente[1880].

1123 En pratique, les assureurs privés intègrent régulièrement des clauses de levée du secret professionnel dans les conditions générales des contrats d'assurance privée. Ces clauses sont souvent énoncées de manière large et invitent l'assuré à délier du secret l'ensemble du personnel médical à l'égard de l'assureur privé pour le futur. De nombreux auteurs jugent de telles clauses nulles, car constitutives d'un engagement excessif au sens de l'article 27 CC (*cf. supra* N 879 ss)[1881].

f. Réflexion

1124 Ce bref tour d'horizon des dérogations au secret professionnel dans le contexte des assurances sociales suffit à mettre en lumière l'existence d'un combat devenu aujourd'hui inégal, celui du secret médical face à l'appétit en données des assureurs. Qu'il s'agisse de la gestion efficace des coûts de la santé, de la célérité et de l'économie de procédure ou même de l'intérêt de l'assuré lui-même à ce qu'il puisse bénéficier efficacement et rapidement des prestations sociales auxquelles il a droit (ou non), les intérêts mis en avant pour justifier la collecte d'informations sur les assurés l'emportent désormais bien souvent sur ceux qui sous-tendent le devoir de confidentialité des soignants.

1125 Si les collectes de données par les assureurs ont ici été examinées exclusivement à travers les dérogations au secret professionnel, on ne saurait passer complètement sous silence la question épineuse des communications de données entre assurances. Une fois qu'elles ont été collectées par une assurance, les informations initialement couvertes par le secret professionnel sont en effet susceptibles d'être communiquées à d'autres organes d'assurances sociales. De tels échanges d'informations peuvent par exemple intervenir dans le cadre de l'entraide mutuelle entre assurances (art. 32 LPGA), en cas

1879 RS 221.229.1.

1880 AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 477.

1881 Pour une revue de doctrine sur la question des engagements excessifs en matière de levée du secret professionnel, *cf.* ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018.

de modification de circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations (art. 31 LPGA) ou dans toutes sortes de situations prévues par les lois spéciales sur les assurances sociales (*cf.* par exemple l'art. 84*a* LAMal)[1882]. En dépit du principe général de finalité, les nombreuses informations collectées par les assureurs sociaux en dérogation du secret professionnel sont donc susceptibles de circuler en vue d'être réutilisées.

6. Administration de la justice

1126 Les soignants astreints au secret professionnel sont susceptibles d'intervenir dans un contexte judiciaire en différentes qualités. Ils peuvent notamment être appelés à témoigner sur des faits qu'ils auraient constatés dans le cadre de leur activité ou être eux-mêmes partie à la procédure (comme initiateur de la procédure ou personne visée par celle-ci). L'administration de la justice et l'intérêt à la découverte de la vérité peuvent alors entrer en conflit avec l'obligation de respecter le secret professionnel[1883]. Les différents droits de procédure connaissent des règles qui visent à aménager au mieux les différents intérêts en conflit. Dans la mesure où la présente étude se limite à l'examen des devoirs de confidentialité des « *soignants* », les règles applicables aux communications des experts judiciaires ne seront pas abordées.

a. Procédure pénale fédérale

(i) Champs d'application des articles 171 et 173 CPP

1127 Par principe, les professionnels de la santé sont tenus de témoigner dans une procédure pénale comme n'importe quelle autre personne[1884]. Le code de procédure pénale permet toutefois aux personnes astreintes à un secret de limiter leur devoir de collaboration pour préserver ce secret. Il prévoit à cet égard différents types de droits de refuser de témoigner selon les catégories de personnes concernées. Parmi ces catégories figurent celle des personnes soumises au secret professionnel (art. 171 CPP) et celle des personnes astreintes à d'autres devoirs de discrétion (art. 173 CPP). L'article 171 CPP confère une protection plus forte au secret professionnel, alors que l'article 173 CPP est parfois qualifié de droit de refuser de témoigner de seconde classe[1885].

1882 Pour un aperçu des communications entre les assurances sociales : DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*, p. 211 ss.

1883 Pour un aperçu des intérêts en présence dans le contexte spécifique du procès pénal, *cf.* par exemple TAG, Revue pénale suisse 2004, p. 14 ; MICHALOWSKI, *Medical Confidentiality and Crime*, p. 20 ss. Pour une réflexion plus générale sur les intérêts, notamment éthiques, qui justifient ou non la protection du secret dans une procédure judiciaire (droit québécois) : MORISSETTE/SHUMAN, Les Cahiers de droit 1985, p. 514 ss.

1884 AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 468.

1885 MOREILLON/PAREIN-REYMOND, PC CPP, art. 173 N 2.

1128 Initialement, l'article 171 CPP s'appliquait à l'ensemble des professionnels de la santé astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP, à savoir les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues et leurs auxiliaires[1886]. L'entrée en vigueur de la LPSan le 1er février 2020 a toutefois entraîné le retrait des sages-femmes de cette liste pour les rétrograder dans la catégorie des personnes astreintes à d'autres devoirs de discrétion (art. 173 al. 1 let. f CPP). Les autres professions visées par la LPSan sont elles aussi soumises au régime de l'article 173 al. 1 CPP malgré leur intégration dans la liste des professionnels soumis à l'article 321 CP. L'article 173 al. 1 CPP, qui s'applique à une liste exhaustive de professions, vise par ailleurs d'autres catégories de professionnels astreints au secret selon l'article 321 CP par renvoi d'une loi spéciale, notamment les collaborateurs des centres de consultation en matière de grossesse (art. 2 LCCG) ou le personnel des institutions de traitement en matière de toxicomanie (art. 3c LStup).

1129 En résumé, l'entrée en vigueur de la LPSan a entraîné l'instauration d'un régime hétérogène parmi les professions de soins visées par l'article 321 CP. Les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues et leurs auxiliaires bénéficient du droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel (art. 171 CP). Les infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, sages-femmes, diététiciens, optométristes, ostéopathes et leurs auxiliaires bénéficient pour leur part d'un droit restreint de refuser de témoigner fondé « *sur d'autres devoirs de discrétion* » (art. 173 al. 1 CPP). Les raisons qui ont conduit à cette « *hiérarchisation* » des secrets restent peu claires.

(ii) Droit de refuser fondé sur le secret professionnel

1130 Selon les termes de l'article 171 al. 1 CPP, les médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues et leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Pour les professionnels concernés, il s'agit en réalité d'une « *obligation* » de se taire en justice puisqu'ils s'exposeraient aux sanctions pénales de l'article 321 CP en témoignant sans motif justificatif valable[1887].

1131 Les soignants visés par l'article 171 CPP ont toutefois l'obligation de témoigner lorsqu'ils sont soumis à une obligation de dénoncer (art. 171 al. 2 let. a CPP)

1886 En réalité, les psychologues ont été intégrés à la liste des professions de l'article 171 CPP lors de leur intégration à l'article 321 CP le 1er janvier 2013, RO 2009 6235. Pour un aperçu des travaux historiques en lien avec la liste des professions de soins visées par l'article 171 CPP : BSK StPO-VEST/HORBER, art. 171 N 8.

1887 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 125 ; CR CPP-WERLY, art. 171 N 6a ; SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, Art. 171 N 1.

ou lorsqu'ils ont été déliés du secret par le maître du secret ou par l'autorité compétente (art. 171 al. 2 let. b CPP).

1132 L'obligation de dénoncer visée par l'article 171 al. 2 let. a CPP fait référence aux dispositions légales qui instituent une véritable « *obligation* » de dénoncer et non une simple « *faculté* »[1888]. Une obligation passive de « *renseigner* » ou d'« *informer* » une autorité ne constitue pas non plus une obligation active de « *dénoncer* » et n'oblige donc pas le professionnel à témoigner en procédure pénale[1889]. Parmi les obligations de dénoncer figure par exemple l'obligation de signaler une mort suspecte conformément à l'article 253 al. 4 CPP. Depuis l'unification de la procédure pénale à l'échelon fédéral en 2011, les cantons ont toutefois à mon sens perdu la compétence d'adopter des dispositions qui imposent aux soignants de dénoncer des infractions pénales. Par conséquent, de telles dispositions prévues par le droit cantonal ne peuvent donc pas indirectement obliger les soignants à témoigner en vertu de l'article 171 CPP. Sans trancher formellement la question, le Tribunal fédéral a affirmé dans un sens similaire que l'article 171 CPP ne laissait pas aux cantons la compétence de définir la portée des obligations de témoigner en procédure pénale ni celle de supprimer le secret médical suite à la commission de certaines infractions pénales (sur cette question, *cf. supra* N 1058)[1890].

1133 Lorsqu'ils sont obligés de témoigner parce qu'ils auraient été déliés du secret par le maître du secret ou par l'autorité compétente, les soignants peuvent encore se libérer de cette obligation en rendant vraisemblable que l'intérêt du maître du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 171 al. 3 CPP)[1891]. L'exemple souvent donné par la doctrine est celui où le patient consent à ce que le praticien révèle son dossier médical en justice mais que cette révélation pourrait causer une aggravation de l'état de santé du patient[1892]. Une telle manière de faire relève toutefois généralement d'un paternalisme aujourd'hui dépassé, de telle sorte que ce type de situation devrait rester exceptionnel[1893]. Dans les cas où le soignant a été délié par l'autorité

1888 CR CPP-WERLY, art. 171 N 30.

1889 Arrêt du TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.

1890 Arrêt du TF 1B_96/2013 du 20 août 2013 c. 5.6. Voir aussi plus récemment : arrêt du TF 1B_545/2019 du 14 octobre 2020 c. 4.9 (destiné à la publication). Egalement : DONATSCH, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 171 N 35.

1891 CR CPP-WERLY, art. 171 N 41.

1892 Par ex. : BSK StPO-VEST/HORBER, art. 171 N 14 ; CR CPP-WERLY, art. 171 N 39.

1893 D'un avis similaire : GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 277-279 ; DUMOULIN, Jusletter 18 janvier 2010, N 12. Aussi HIRSIG-VOUILLOZ, *La responsabilité du médecin*, p. 203, pour qui il s'agit d'une expression du principe du privilège thérapeutique, lequel est problématique puisqu'il viole le droit à l'autodétermination du patient. Pour une interprétation de l'art. 171 al. 3 CPP, voir au surplus : BIAYI, Jusletter 15 février 2016, N 39 ss.

cantonale compétente, la pesée des intérêts a déjà été faite par celle-ci de telle sorte que l'article 171 al. 3 CPP ne devrait pas trouver application[1894].

1134 La loi cantonale de santé des Grisons délie du secret les médecins lorsqu'ils fournissent aux autorités pénales un certificat médical, un rapport, une expertise concernant une personne accusée ou les antécédents médicaux de cette dernière afin de préciser si une infraction pénale a été commise[1895]. En dehors des cas d'expertise, une telle disposition a pour effet d'esquiver la procédure de levée du secret professionnel par l'autorité cantonale compétente lorsqu'elle est exigée par l'article 171 al. 2 let. b CPP. Elle est à mon sens contraire au droit fédéral (art. 49 Cst.).

(iii) Droit de refuser de témoigner fondé sur un autre devoir de discrétion

1135 Les autres soignants visés par l'article 173 al. 1 CPP (professions de la LPSan ; personnes astreintes au secret selon les art. 321bis CP, art. 11 LCCG, art. 3c LStup[1896]) peuvent se prévaloir du droit de refuser de témoigner fondé sur d'« *autres devoirs* » de discrétion, alors même que certains d'entre eux sont désormais soumis à titre principal au secret institué par l'article 321 CP. Ces personnes « *ne doivent déposer que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret* ».

1136 Les professionnels soumis au régime de l'article 173 al. 1 CPP peuvent donc par principe refuser de témoigner. Le fardeau de la preuve selon laquelle il existe un intérêt à la manifestation de la vérité qui l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret dans un cas particulier appartient à l'autorité compétente au sens de l'article 174 CPP[1897]. La manière de procéder n'est pas claire et implique de prendre en compte les intérêts protégés par les différentes lois auxquelles sont soumis les professionnels (Ex. : LCCG, LStup)[1898].

1137 Malgré l'absence d'indication dans la loi, les professionnels visés par l'article 173 al. 1 CPP qui ont été déliés du secret par le maître du secret ou par l'autorité compétente ont l'obligation de témoigner[1899].

1894 CR CPP-WERLY, art. 171 N 41 ; BSK StPO-VEST/HORBER, art. 171 N 14.

1895 Art. 39 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-GR 500.000).

1896 L'art. 173 al. 1 let. d mentionne aussi les collaborateurs des centres LAVI. Ceux-ci ne sont toutefois pas astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP, c'est pourquoi ils sont laissés de côté ici.

1897 CR CPP-WERLY, art. 173 N 5 ; BSK StPO-VEST/HORBER, art. 173 N 3.

1898 BSK StPO-VEST/HORBER, art. 173 N 3, qui se montrent critiques face à la disposition.

1899 DONATSCH, in : DONATSCH/HANSJAKOB/LIEBER, StPO Komm., art. 173 N 4.

(iv) Professionnel comme partie à la procédure pénale

Lorsqu'un soignant astreint au secret professionnel est lui-même prévenu, l'intérêt à la découverte de la vérité peut entrer en conflit direct avec l'intérêt à la protection de la confidentialité de ses patients. Dans cette configuration, le professionnel prévenu doit toutefois être considéré de la même manière qu'un autre justiciable[1900]. Il n'est pas autorisé à faire valoir le secret professionnel en son nom propre pour faire obstacle à l'instruction pénale[1901]. Le secret est en effet institué pour servir l'intérêt des patients et du public en général, non celui du professionnel. 1138

L'instruction pénale menée à l'encontre du professionnel soumis au secret ne doit pas pour autant porter une atteinte injustifiée et excessive aux tiers, en particulier les patients dont les dossiers médicaux seraient collectés par les autorités pénales[1902]. La problématique se concentre principalement autour du séquestre des dossiers médicaux et de la levée des scellés par le Tribunal des mesures de contrainte ou par le tribunal saisi de la cause, étant entendu que le secret professionnel du prévenu ne constitue pas un obstacle absolu à l'accès au dossier (art. 264 *cum* art. 248 CPP)[1903]. La jurisprudence a déterminé la marche à suivre pour procéder à la levée des scellés portant sur les dossiers médicaux dans une affaire où un médecin est lui-même prévenu[1904]. Le Tribunal des mesures de contrainte doit procéder à un tri des documents mis sous scellés. Pour être exploitées par le Ministère public, les pièces doivent se trouver dans un rapport étroit et concret avec l'objet de l'enquête pénale et leur exploitation doit être indispensable pour atteindre les buts visés par l'instruction (art. 197 al. 2 CPP). Cela implique de soustraire à l'examen du Ministère public tous les documents qui n'ont pas de rapport avec l'instruction. Pour les autres documents, il faut procéder à une pesée entre les intérêts opposés de la poursuite pénale et de la protection du secret et n'admettre les mesures de contrainte qu'avec une retenue particulière. En raison de la nature sensible des informations qui composent les dossiers médicaux, le Ministère public ne doit pas être autorisé à accéder librement à l'ensemble des dossiers d'un médecin prévenu aussi longtemps que le médecin n'a pas été délié de son 1139

1900 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 132.

1901 Arrêt du TF 1B_36/2016 du 8 juin 2016 c. 6.1. CUENAT, RJJ 2017, p. 50.

1902 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 133.

1903 ATF 141 IV 77 c. 5, JdT 2016 IV 6. TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 34 ; AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 470. Selon l'art. 264 al. 1 let. c CPP, les objets et les documents concernant des contacts entre le prévenu et une personne qui a le droit de refuser de témoigner en vertu des art. 170 et 173 CPP ne peuvent être séquestrés, pour autant que cette personne n'ait pas le statut de prévenu dans la même affaire.

1904 ATF 141 IV 77 c. 5, JdT 2016 IV 6.

secret. Le Tribunal des mesures de contrainte peut faire appel à un expert pour examiner les dossiers séquestrés et requérir l'avis du prévenu et du Ministère public. Dans la mesure du possible, les documents doivent être anonymisés avant d'être remis au Ministère public.

1140 Certaines législations sanitaires cantonales délient expressément du secret les professionnels de la santé lorsqu'ils sont visés par une procédure pénale ou qu'ils sont interrogés en qualité de témoin[1905]. Depuis que la procédure pénale a été unifiée au niveau fédéral, le législateur cantonal ne saurait toutefois déroger au droit fédéral en adoptant des règles plus souples en matière de secret professionnel. De telles dispositions doivent donc être interprétées (et le cas échéant restreintes) à la lumière du droit fédéral.

b. Procédure civile fédérale

1141 Le code de procédure civile pose le principe général selon lequel les parties et les tiers sont tenus de collaborer à l'administration des preuves (art. 160 al. 1 CPC). Comme en procédure pénale, l'existence d'une obligation de garder un secret peut toutefois restreindre la portée du devoir de collaborer.

(i) Professionnel comme témoin

1142 En matière de témoignage, le code de procédure civile contient une disposition analogue à l'article 171 CPP. Selon l'article 166 al. 1 let. b CPC, tout tiers peut refuser de collaborer dans la mesure où, de ce fait, la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'article 321 CP. Il a toutefois l'obligation de témoigner s'il est soumis à une « *obligation de dénoncer* » ou s'il est délié de l'obligation de garder le secret. Dans ce cas, il peut toutefois encore rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité, hypothèse qui devrait rarement être admise en pratique (*cf. supra* N 1133). Contrairement au code de procédure pénale (art. 171 et 173 CPP ; *cf. supra* N 1127 ss), tous les soignants astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP bénéficient du même droit de refuser de témoigner en procédure civile. Les soignants peuvent également refuser de collaborer si cela risque de les exposer ou d'exposer un de leurs proches à une poursuite pénale ou d'engager leur responsabilité ou celle de leurs proches (art. 166 al. 1 let. a CPC).

1143 Des devoirs de renseigner s'appliquent de surcroît dans le cadre de la réglementation des effets généraux du mariage. Selon l'article 170 CC, le juge peut astreindre des tiers à fournir des renseignements utiles sur les revenus, les biens et les dettes d'un conjoint. L'article 170 al. 3 CC réserve expressément

1905 Par exemple aux Grisons, art. 39 al. 2 let. d GesG (RS-GR 500.000) : « *Sie sind von Gesetzes wegen vom Berufsgeheimnis befreit* [...] *wenn sie von den Strafverfolgungsbehörden als Auskunftsperson, als Zeuge oder als beschuldigte Person befragt werden* ».

« *le secret professionnel des avocats, des notaires, des médecins, des ecclésiastiques et de leurs auxiliaires* ». *A contrario*, les autres professionnels astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP sont obligés de fournir les renseignements demandés[1906]. Cette distinction entre les médecins et les autres soignants soumis à l'article 321 CP est regrettable et difficile à justifier. Une règle similaire existe à l'article 16 LPart.

(ii) Professionnel comme partie à la procédure civile

1144 Contrairement à ce qui prévaut en procédure pénale pour le « *soignant prévenu* », le soignant astreint au secret professionnel selon l'article 321 CP bénéficie lui aussi d'un droit de refuser de collaborer lorsqu'il est partie à la procédure civile (art. 163 al. 1 let. b CPC). Les règles applicables à l'obligation ou au droit de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. b CPC) s'appliquent par analogie. Les professionnels sont donc obligés de collaborer en tant que partie lorsqu'ils sont soumis à une obligation de dénoncer ou qu'ils ont été déliés de l'obligation de garder le secret. Ils peuvent encore rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Les soignants bénéficient par ailleurs d'un droit de refuser de collaborer en tant que partie lorsque l'administration des preuves pourrait exposer un de leurs proches à une poursuite pénale ou engager leur responsabilité civile (art. 163 al. 1 let. a CPC).

1145 Le droit fédéral ne contient pas de règle qui délierait du secret professionnel le soignant en vue d'agir civilement contre son patient. Le professionnel doit donc être valablement délié du secret avant d'agir puisqu'il révélerait alors à des tiers des informations couvertes par le secret professionnel (à tout le moins l'existence de la relation et les éléments essentiels fondant la prétention)[1907]. La levée du secret doit idéalement reposer sur le consentement du maître du secret ou, à défaut, sur la décision de levée rendue par l'autorité cantonale compétente[1908]. L'une des situations les plus fréquentes en pratique est celle où le soignant agit contre son patient pour recouvrer des honoraires impayés. La jurisprudence rendue en matière de recouvrement d'honoraires d'avocat impose aujourd'hui clairement au professionnel de se faire délier avant d'engager des poursuites ou d'agir en justice contre son client[1909].

1906 En ce sens : CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 89.

1907 BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 45, qui offrent une étude détaillée des exigences posées par le respect du secret professionnel dans le cadre des procédures de poursuite.

1908 En matière de levée du secret de l'avocat : arrêt du TF 2C_101/2019 du 18 février 2019 c. 4.1 ; arrêt du TF 2C_8/2019 du 1er février 2019 c. 2.1

1909 Arrêt du TF 2C_101/2019 du 18 février 2019 c. 4.1 ; arrêt du TF 2C_8/2019 du 1er février 2019 c. 2.1 ; arrêt du TF 2C_439/2017 du 16 mai 2018 c. 3.2 ; arrêt du TF 2C_704/2016 c. 3.1.

Cette jurisprudence devrait s'appliquer par analogie aux soignants soumis au secret professionnel, conformément à la solution généralement préconisée par la doctrine[1910]. Certains auteurs exposent toutefois que la seule « *réquisition de poursuite* » peut être adressée à l'office des poursuites sans levée du secret si elle ne contient pas d'informations propres à révéler la nature des services rendus (contre-exemple : « *traitement médical* »)[1911]. Pour contourner la problématique de la levée du secret, certains auteurs recommandent d'obtenir dès le début de la relation le consentement écrit du patient déliant le professionnel de son secret en vue d'une éventuelle procédure future en recouvrement d'honoraires[1912]. La levée du secret professionnel est également nécessaire en cas de recours à un tiers pour l'encaissement ou le recouvrement de factures[1913]. Notons encore que plusieurs législations cantonales sanitaires alémaniques délient expressément du secret les soignants en vue du recouvrement de leurs honoraires, y compris parfois pour la communication d'informations à des organes de recouvrement[1914]. Le bien-fondé de telles dérogations prévues en droit cantonal semble toutefois discutable. L'article 321 ch. 3 CP se limite en effet à réserver les dispositions de « *la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer,*

1910 BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 45 ; NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 150 s ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 160 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 351 ; BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*, p. 336 ; GMÜR, Bulletin des médecins suisses 2004, p. 1766, pour qui on peut se passer d'obtenir la levée du secret pour envoyer un commandement de payer (ce dernier doit toutefois éviter de contenir des renseignements trop précis), mais qui admet la nécessité d'obtenir la levée du secret dès l'ouverture de la procédure judiciaire.

1911 BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 43 s.

1912 GMÜR, Bulletin des médecins suisses 2004, p. 1766 ; BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*, p. 336. Voir aussi : BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 47, qui expliquent que la validité de tels documents est parfois remise en cause.

1913 BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 42 s ; RAMER, *Datenschutz*, p. 32 ; MANAÏ, *Biomédecine*, p. 131. *Contra* : UTTINGER, *Datenschutz im Gesundheitswesen*, p. 329 s , qui considère les maisons de facturation comme des auxiliaires du professionnel et estime donc que la levée du secret n'est pas nécessaire pour leur communiquer des informations. Dans un sens similaire, ATF 101 Ia 312 c. 7, mais l'affaire en cause s'inscrivait dans le contexte particulier de la facturation de la clientèle privée d'un hôpital public. Le service de facturation de l'hôpital devait être considéré comme un auxiliaire du médecin et ce dernier pouvait donc lui communiquer des informations sans obtenir préalablement la levée du secret. Dans ce contexte spécifique, les patients privés qui bénéficiaient des infrastructures de l'hôpital devaient se soumettre au règlement de celui-ci et accepter que leur nom soit enregistré. La situation n'est donc pas comparable au recours à des organes de facturation externes.

1914 Par ex. : § 21 al. 2 let. e Gesundheitsgesetz (RS-AG 301.100) ; § 27 al. 4 Gesundeheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-LU 800) ; art. 15 al. 2 let. e Gesundheitsgesetz (RS-SH 810.100) ; § 16 al. 2 let. d Gesundheitsgesetz (RS-SO 811.11) ; § 22 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1) ; art. 25 Gesundheitsgesetz (RS-UR 30.2111) ; § 37 al. 4 Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1). BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 46.

une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice ». Une disposition de droit cantonal autorisant les communications d'informations secrètes à l'attention d'un organe privé de recouvrement de créances semble excéder le cadre de liberté offert aux cantons.

1146 La législation fédérale ne prévoit pas non plus de dérogation légale au secret pour les situations où le professionnel est défendeur dans la procédure civile. Lorsque la procédure est intentée par un tiers, le professionnel doit être libéré du secret par le maître du secret avant de révéler des informations le concernant[1915].

1147 Lorsque le professionnel est défendeur dans une procédure intentée par le maître du secret, le respect du principe de l'égalité des armes exigerait que le professionnel puisse assurer sa défense et révéler des informations couvertes par le secret. L'illustration la plus fréquente de cette situation est celle où le patient intente une action en responsabilité civile contre le soignant. Pour la doctrine majoritaire, le soignant doit malgré tout se faire délier du secret par l'autorité cantonale compétente, le consentement du patient étant peu probable dans ces circonstances[1916]. L'hypothèse selon laquelle le patient qui initie une action judiciaire contre le soignant consent de ce fait à délier par actes concluants ce dernier de son secret devrait être rejetée[1917]. En tout état de cause, le secret professionnel ne devrait pas être utilisé par le soignant comme un bouclier pour défendre ses propres intérêts. Dans le canton de Vaud, l'article 80a al. 2 de la loi sur la santé publique prévoit à cet égard que : « [la personne astreinte au secret professionnel] *ne peut pas se prévaloir du secret professionnel pour refuser de renseigner les autorités sanitaires sur les faits dont elle est elle-même accusée, ni pour refuser de témoigner devant les juridictions civiles dans le cadre de conflits l'opposant à ses patients.* »

c. Procédure administrative

1148 En procédure administrative, le statut des soignants astreints au secret professionnel diffère d'un canton à l'autre[1918]. Dans certains cantons, ils bénéficient

1915 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 135. Pour la question particulière du devoir de renseigner du mandataire soumis au secret professionnel dans la procédure de poursuite, voir toutefois : BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31, p. 53 ss.

1916 En ce sens : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 189 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 183 ; CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 136 ; FILLI, BJM 1987, p. 73. *Contra* : GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1740 ; BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*, p. 335 s., qui constatent toutefois qu'en pratique, il est d'usage pour les soignants d'accomplir les démarches utiles à la levée du secret, auprès du patient ou de l'autorité compétente.

1917 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 136.

1918 DUMOULIN, Jusletter 18 janvier 2010, n 17.

d'un droit absolu de témoigner, c'est-à-dire qu'ils peuvent même refuser de témoigner lorsqu'ils ont été déliés du secret par leur patient[1919]. Dans d'autres cantons, ils doivent témoigner dès lors qu'ils ont été valablement déliés de leur secret[1920].

7. Dérogations fondées sur d'autres intérêts

1149 D'autres intérêts ont conduit le législateur fédéral ou cantonal à adopter des dérogations légales au secret professionnel.

1150 Dans le cadre de l'exécution des décisions de renvoi ou d'expulsion, les professionnels de la santé sont tenus 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 la mesure (art. 71*b* LEI)[1921].

1151 Sur demande, les médecins sont tenus de communiquer aux parents non détenteurs de l'autorité parentale des renseignements sur l'état et le développement de l'enfant (art. 275*a* CC).

1152 Si un enfant ne naît pas dans un hôpital, une maison de naissance ou une institution similaire, la tâche d'annoncer la naissance à l'état civil revient, dans l'ordre, au médecin, à la sage-femme ou à leurs auxiliaires (art. 34 OEC[1922]).

1153 Plusieurs cantons ont adopté des dispositions légales en vue de faciliter la communication d'informations médicales aux proches du patient. Dans les cantons de Nidwald, Bâle-Ville ou Argovie par exemple, les législations cantonales sanitaires présument le consentement du patient à ce que des informations soient communiquées aux proches parents, sauf si le patient s'est prononcé dans un sens contraire ou si ce refus peut être déduit des circonstances[1923]. Dans ces cas, il est difficile de déterminer si l'intérêt protégé est celui du patient à ce que ses proches soient informés ou celui des proches à être informés. A Nidwald, la présomption légale vaut également à l'égard des proches représentants au sens de l'article 378 CC[1924]. En Valais, les professionnels de la santé sont autorisés à déroger au secret professionnel pour

1919 Ex. : art. 54 al. 2 let. c Code de procédure et de juridiction administrative (RS-FR 150.1).

1920 Ex. : art. 16 let. b Loi sur la procédure et la juridiction administrative (RS-NE 152.130).

1921 Loi fédérale sur les étrangers et l'intégration, RS 142.20. Sur cette question et les implications sur le secret médical, voir : GILLI/SALATHÉ/WOLFF, Bulletin des médecins suisses 2017/14, p. 426 ss.

1922 Ordonnance sur l'état civil, RS 211.112.2.

1923 Art. 47 al. 3 ch. 1 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 53 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1) ; § 27 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; § 21 al. 2 Patientenverordnung (RS-AG 333.111).

1924 Art. 47 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1).

informer le représentant légal d'un patient mineur ou interdit capable de discernement lorsqu'il existe de justes motifs[1925]. Ici aussi, l'intérêt protégé est difficile à déterminer. Avec une formulation si large, cette disposition pourrait vider l'institution du secret médical de son sens. Cette disposition fait actuellement l'objet de discussions en vue d'une révision. Dans le canton de Vaud, le dossier établi par l'infirmière scolaire est consultable en tout temps « *par l'enfant ou ses parents* ». Encore une fois, lorsque l'enfant est capable de discernement, un tel accès par les parents apparaît contraire au droit fédéral, d'autant plus que ce droit d'accès est inscrit dans une ordonnance et non dans une loi formelle, comme devrait l'être une dérogation au secret professionnel institué par l'article 321 CP[1926].

1154 Certains cantons ont par ailleurs adopté des dérogations au secret professionnel en vue de faciliter la communication d'informations médicales entre soignants. Les dispositions légales concernées prévoient généralement une présomption selon laquelle le patient consent, sauf indice contraire, à ce que des données le concernant soient communiquées entre les soignants qui assurent le suivi de son traitement[1927] ou qu'elles soient communiquées au sein d'un même établissement[1928]. Les cantons de Vaud et Genève ont également adopté des dispositions légales autorisant les communications d'informations entre soignants lorsque les intérêts du patient l'exigent, mais ces communications sont expressément soumises au consentement du patient qui n'est pas présumé[1929]. Elles ne dérogent donc pas au régime général prévu par l'article 321 CP.

1155 Enfin, quelques cantons ont encore adopté des dispositions légales dérogeant au secret professionnel pour la communication de données relatives à personnes décédées à l'égard de leurs proches[1930]. L'accès aux données par

1925 Art. 31 al. 3 Loi sur la santé (RS-VS 800.1).

1926 Art. 27 al. 3 Règlement sur la promotion de la santé et la prévention en milieu scolaire (RS-VD 400.01.2).

1927 *Cf.* par ex. : § 20 Patientenverordnung (RS-AG 333.111), qui autorise seulement les communications du diagnostic au médecin traitant ; § 27 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; § 32 al. 1 Patientenreglement für die Luzerner Psychiatrie (RS-LU 822b), qui s'applique dans le milieu psychiatrique et autorise les communications à l'égard des médecins référents et des soignants qui assureront le suite du traitement ; art. 47 al. 3 ch. 2 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 53 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1) ; § 27 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1) ; § 16 Patientinnen- und Patientengesetz (RS-ZH 813.13).

1928 § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1) ; § 15 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-ZH 810.1).

1929 Art. 87 al. 3 Loi sur la santé (RS-GE K 1 03) ; art. 80 al. 3 Loi sur la santé publique (RS-VD 800.01).

1930 *Cf.* par ex. : § 24 Patientenverordnung (RS-AG 333.111) qui autorise les proches à accéder au rapport d'autopsie et au rapport final et autorise l'accès au dossier médical à

les proches d'une personne décédée fera lui aussi l'objet de développements spécifiques (*cf. infra* N 1376 ss).

8. Constat intermédiaire

1156 L'examen des dérogations légales aux devoirs de confidentialité des soignants s'est jusqu'ici limité aux dérogations à l'article 321 CP. Cet examen appelle les constatations intermédiaires suivantes :

— les dérogations légales sont aujourd'hui nombreuses et disséminées dans une multitude de normes de rangs fédéral et cantonal ;
— l'augmentation progressive du nombre de dérogations légales au secret professionnel est nuancée par le fait que les législateurs préfèrent généralement opter pour des « *facultés* » de communiquer plutôt que pour des « *obligations* » ;
— les dérogations légales sont parfois énoncées de manière particulièrement large, au risque de vider le secret professionnel de son sens. Ces dérogations doivent être interprétées de manière à garantir au mieux le secret professionnel. Le résultat de cette interprétation n'est pas toujours clairement prévisible ;
— l'adoption de dérogations légales en droit cantonal tend à créer des régimes disparates sur le territoire suisse qui sont parfois difficilement justifiables (ex. : signalements d'indices d'infractions pénales) ;
— la conformité des dérogations légales de droit cantonal avec le droit fédéral est parfois discutable et implique des réinterprétations qui créent une insécurité juridique ;
— les dérogations légales s'inscrivent parfois dans des systèmes d'annonce particulièrement complexes et difficilement prévisibles (ex. : signalement des menaces pour les mineurs) ;
— certaines dérogations légales instituent des régimes distincts au sein même des professions soumises au secret de l'article 321 CP (ex. : droit de refuser de témoigner en matière pénale, art. 171 et 173 CPP) ;
— les dérogations légales ne reposent pas toujours sur une base légale formelle et n'énoncent pas toujours clairement le nom des professions auxquelles elles s'appliquent, remettant en cause la validité de telles dérogations ;
— contrairement à l'article 321 ch. 3 CP qui réserve les communications avec les autorités ou les devoirs de témoigner en justice, certaines dé-

---

des conditions restrictives ; art. 55A Loi sur la santé (RS-GE K 1 03) qui prévoit une procédure d'accès au dossier médical à l'égard des proches qui bénéficient d'un intérêt digne de protection ; art. 16 Legge sanitaria (RS-TI 801.100), qui autorise les proches à obtenir une copie du rapport d'autopsie.

rogations légales autorisent des communications à des personnes privées (ex. : proches) ;
— dans certains domaines, en particulier celui des assurances, la marge de manœuvre du soignant pour déterminer quelles informations il entend transmettre en vertu du principe de proportionnalité a quasiment disparu. Dans les autres domaines, l'étendue des communications est parfois difficile à déterminer.

Pour que la confiance des patients et du public à l'égard des soignants et du système de soins soit assurée, les dérogations au secret médical devraient être claires, prévisibles et restreintes du point de vue de leur portée et de leur nombre. Le seul examen des dérogations légales au secret professionnel de l'article 321 CP laisse à l'inverse entrevoir un système complexe et peu prévisible qui met en jeu de nombreuses communications. Pour disposer d'une vue d'ensemble des limites du secret médical en Suisse, il convient maintenant d'examiner les limites légales des autres devoirs de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants. Cet examen sera mené de manière plus brève. 1157

B. Dérogations légales au secret de fonction (art. 320 CP)

1. Introduction

Contrairement à l'article 321 CP, l'article 320 CP ne réserve pas spécifiquement les dispositions légales de droit fédéral ou cantonal. Il faut toutefois admettre que de telles dispositions peuvent limiter la portée du secret de fonction institué par le droit fédéral en vertu de l'article 14 CP (actes autorisés par la loi)[1931]. Une base légale au sens formel est nécessaire lorsque la communication de données a pour objet des données personnelles sensibles, comme des données de santé[1932]. 1158

Les dispositions spécifiques qui autorisent ou obligent les fonctionnaires (ou plus généralement l'administration) à communiquer des informations sont nombreuses. Le propos de la présente section se concentrera donc exclusivement sur les dispositions susceptibles de s'appliquer aux « *soignants* » astreints au secret de fonction. 1159

2. Communications au sein de l'administration

Le cercle des personnes autorisées à prendre connaissance d'une information couverte par le secret de fonction au sein d'une administration n'est pas 1160

1931 CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 48 ; BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 116.

1932 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 116.

clairement défini. Il faut à cet égard distinguer la notion de « *secret partagé* » qui prévaut au sein d'une même unité administrative de l'entraide administrative qui s'applique quant à elle aux communications entre différentes unités d'une administration ou entre différentes administrations.

1161 Le « *secret partagé* » au sein d'une même administration est une question complexe et peu explorée à ce jour. Il permet en principe aux fonctionnaires d'une même unité administrative de se communiquer des informations lorsque ces échanges sont dictés par la bonne marche du service, comprise au sens large[1933]. Les unités d'une administration sont déterminées par le droit fédéral ou cantonal applicable. Le secret de fonction partagé au sein de l'administration ne constitue pas à proprement parler une dérogation légale au secret de fonction, mais repose plutôt sur l'extension de la titularité du secret à une fraction de l'administration, composée par nature de plusieurs fonctionnaires[1934]. Cette question doit par conséquent être examinée en premier lieu sous l'angle des éléments constitutifs de l'article 320 CP, en particulier celui de la révélation du secret de fonction.

1162 L'« *entraide administrative* » règle quant à elle les communications d'informations entre différentes unités d'une même administration ou entre différentes collectivités. Sa mise en œuvre est souvent délicate et laisse souvent place à une grande marge d'appréciation[1935]. De telles communications peuvent reposer sur une base légale « *générale* », en principe inscrite dans la législation sur la protection des données personnelles applicable (LPD ou lois cantonales sur la protection des données)[1936], mais aussi dans de nombreuses lois « *spéciales* »[1937]. Souvent, les bases légales « *générales* » inscrites dans les législations sur la protection des données personnelles règlent non seulement les communications entre différentes unités administratives ou collectivités, mais également celles à l'égard de tiers, moyennant parfois la prise en compte de l'intérêt prépondérant de celui qui requiert les informations (sur les communications de l'administration qui reposent sur une pesée d'intérêts en présence, *cf. supra* N 1003 ss)[1938]. Les bases légales « *générales* » qui autorisent un fonctionnaire ou une unité administrative à communiquer des informations prévoient généralement la possibilité de refuser ou de limiter

1933 CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 31 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 10.

1934 En ce sens, JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 141.

1935 TANQUEREL, *Le secret de fonction*, p. 61.

1936 Ex. : art. 39 Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RS-GE A 2 08) ; art. 19 LPD.

1937 Ex. : art. 84*a* LAMal pour les communications de données personnelles par les organes chargés d'appliquer la LAMal.

1938 Ex. : art. 15 al. 1 let. b Loi sur la protection des données personnelles (RS-VD 172.5).

les communications en présence d'une obligation spéciale de garder le secret[1939]. Parmi ces obligations spéciales de garder le secret figurent non seulement les secrets de fonction dits « *qualifiés* » (c'est-à-dire ceux expressément institués par une loi, ex. : l'obligation de garder le secret pour le personnel de la police[1940]), mais également le secret professionnel (art. 321 CP) ou les devoirs de garder le secret institués par le droit cantonal sanitaire. On qualifie parfois ces situations de « *double secret* ». Pour être licite, une communication devrait en principe être autorisée à la lumière des deux formes de secret. Chaque situation doit toutefois être analysée dans le cas particulier, à la lumière des bases légales applicables.

1163 Appliquées au secteur des soins, ces constatations mènent aux conclusions suivantes. Dans la mesure où des informations traitées par des soignants sont effectivement couvertes par le secret de fonction, elles peuvent être communiquées au sein d'un établissement si cela est nécessaire pour la bonne marche du service au sens large. Si un soignant ou une unité hospitalière entend communiquer de telles informations à une autre entité administrative ou à un tiers, cette communication doit en principe reposer sur une base légale. Souvent, les bases légales « *générales* » applicables permettent au surplus d'exclure ou de limiter les communications d'informations couvertes par un secret de fonction qualifié ou une autre forme de secret institué par la loi (situation de double secret). Les communications d'informations couvertes à la fois par le secret de fonction et par le secret professionnel (art. 321 CP ou droit cantonal sanitaire) doivent alors en principe être justifiées conformément aux règles applicables au secret de fonction et au devoir spécial de garder le secret.

3. Soupçons d'infractions pénales

1164 De nombreuses législations cantonales contiennent des dispositions formulées de manière très générale qui obligent les fonctionnaires à dénoncer ou à signaler des infractions pénales qu'ils constateraient dans le cadre de leurs activités. A Neuchâtel par exemple, les titulaires de fonctions publiques qui prennent connaissance dans le cadre de leurs fonctions d'une infraction se poursuivant d'office sont tenus d'en aviser sans délai le ministère public[1941].

1165 A considérer que les soignants exerçant leur activité dans un établissement médico-hospitalier de droit public soient soumis au secret de fonction, un tel devoir de dénoncer des infractions pourrait entrer en conflit avec les

1939 Ex. : art. 19 al. 4 LPD, dont la formulation a servi de base pour de nombreuses dispositions analogues des législations cantonales sur la protection des données personnelles.

1940 Ex. : art. 24 Loi sur la police (RS-GE F 1 05).

1941 Art. 22 Loi sur le statut de la fonction publique (RS-NE 152.510) ; ils doivent procéder par la voie hiérarchique.

obligations de garder le secret professionnel fondés sur l'article 321 CP ou le droit cantonal sanitaire par exemple.

1166 Comme le droit neuchâtelois, le droit genevois impose aux fonctionnaires une obligation générale de dénoncer les infractions pénales poursuivies d'office[1942]. Pour remédier au problème du conflit de devoirs, il a cependant expressément écarté du devoir de dénoncer les personnes visées par les articles 168, 169 et 171 CPP, dans les limites posées par ces dispositions. Si l'intention est louable, elle n'est toutefois pas idéale. Comme on l'a vu (*cf. supra* N 1127 ss), l'article 171 CPP n'englobe pas tous les soignants puisqu'il ne s'applique qu'à une fraction des professionnels astreints au secret par l'article 321 CP. La solution adoptée par le droit genevois résout donc seulement partiellement le problème.

1167 L'exemple du devoir de dénoncer les infractions institué à l'égard des fonctionnaires souligne bien la nécessité de régler la question du concours entre secret de fonction et autres secrets potentiellement applicables. Ici, la solution préconisée par une partie de la doctrine consiste à considérer le secret professionnel des soignants comme une *lex specialis* par rapport au secret de fonction. La problématique des concours de normes, notamment entre le secret de fonction et le secret professionnel, fera l'objet de développements plus approfondis (*cf. infra* N 1274 ss).

4. Protection de l'enfant et de l'adulte

1168 En matière de protection de l'enfant, les personnes qui, dans l'exercice de leur fonction officielle, prennent connaissance d'indices concrets que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant est menacée ont l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'enfant si elles ne peuvent pas remédier elles-mêmes à la situation dans le cadre de leur activité (art. 314*d* al. 1 CC). Le devoir d'annonce est satisfait par l'annonce au supérieur hiérarchique (art. 314*d* al. 2 CC). Une obligation similaire figure également dans le droit de la protection de l'adulte. Selon l'article 443 al. 2 CC, les personnes qui, dans le cadre de leur fonction officielle, prennent connaissance du fait qu'une personne semble avoir besoin d'aide ont l'obligation d'en informer l'autorité si elles ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leurs activités. Sur le plan matériel, les deux obligations d'aviser sont identiques[1943].

1169 La notion de personne qui exerce une fonction officielle doit être interprétée de manière large et comprend aussi les fonctionnaires au sens fonctionnel.

1942 Art. 33 Loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (RS-GE E 4 10).

1943 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, RMA 2019/2, p. 165.

5. Administration de la justice

Aussi bien en procédure civile qu'en procédure pénale, les fonctionnaires au sens de l'article 110 ch. 3 CP bénéficient d'un droit de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 let. c CPC ; art. 170 CPP). Dans les deux cas, ils sont toutefois tenus (obligation) de témoigner si l'autorité dont ils relèvent les y a habilités[1944]. En procédure pénale, l'article 170 al. 3 CPP précise à cet égard que l'autorité doit ordonner à la personne de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur le maintien du secret. WERLY en déduit que l'autorité a une obligation de délier le fonctionnaire en vue de témoigner, à moins que des intérêts prépondérants de l'Etat ou privés exigent le contraire[1945]. Le fait que la révélation envisagée complique seulement de manière légère l'activité de l'administration ne justifie pas un refus de lever le secret. Le consentement de la personne concernée par l'information à ce que le fonctionnaire témoigne n'oblige pas celui-ci à témoigner[1946]. Par ailleurs, les fonctionnaires sont obligés de témoigner dans un procès civil s'ils sont soumis à une obligation de dénoncer (art. 166 al. 1 let. c CPC). 1170

Les lois cantonales de procédure administrative contiennent parfois des règles spécifiques sur le témoignage des fonctionnaires. A Genève par exemple, les personnes soumises au secret de fonction ne peuvent être entendues que si elles ont été déliées du secret de fonction, à moins qu'elles ne puissent ou ne doivent s'en abstenir en vertu d'un autre secret protégé par la loi[1947]. 1171

6. Constat intermédiaire

Le secret de fonction bénéficie d'une protection moins forte que celle conférée au secret professionnel. Les devoirs de signaler des soupçons d'infractions pénales à charge des fonctionnaires constituent une bonne illustration de ce constat. Pour les personnes qui portent aussi bien la casquette de fonctionnaire que celle de soignant, il est donc primordial de déterminer aussi clairement que possible, dans chaque situation, si elles sont astreintes aux règles applicables aux fonctionnaires ou à celles qui régissent d'autres formes de secret. En pratique, cette distinction n'est toutefois pas aisée, en particulier lorsque la loi ne contient pas de règle particulière de concours. Au demeurant, même lorsque la loi contient de telles règles, leur mise en œuvre peut donner lieu à des situations complexes et parfois confuses (ex. : en matière 1172

1944 CR CPC-JEANDIN, art. 166 CPC N 18.

1945 CR CPP-WERLY, art. 170 N 23.

1946 BSK ZPO-SCHMID, art. 166 N 11.

1947 Art. 32 al. 1 Loi sur la procédure administrative (RS-GE E 5 10).

de protection de l'adulte, l'art. 448 al. 2 CC réserve seulement le secret professionnel de certaines professions et non celui de toutes les professions de soins visées par l'article 321 CP).

C. Dérogations légales au secret institué par la LAVI

1173 Le devoir de garder le secret institué par l'article 11 LAVI est un devoir spécial de confidentialité qui déploie ses effets à l'égard des tiers et des autorités. Les limites de cette obligation de confidentialité doivent donc s'examiner à la lumière de cette seule disposition. Contrairement à ce qui prévaut pour l'article 321 CP, d'autres exceptions ne peuvent en principe pas être prévues par le droit fédéral ou cantonal[1948]. A côté du consentement de la personne concernée, l'article 11 LAVI se limite à réserver certains signalements en matière de protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que les devoirs de témoigner en procédure pénale.

1174 En matière de protection de l'adulte et de l'enfant, l'article 11 al. 3 LAVI autorise (faculté) les personnes travaillant dans un centre LAVI à signaler à l'APEA que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une personne mineure ou d'un adulte sous curatelle de portée générale est « *sérieusement mise en danger* ». Cette dernière notion doit être interprétée restrictivement et implique une situation plus grave que lorsque l'intégrité semble menacée[1949]. Les faits peuvent également être dénoncés à l'autorité de poursuite pénale. Ainsi, même lorsqu'elles remplissent une « *fonction officielle* », les personnes travaillant dans un centre LAVI ne sont pas soumises à une obligation de signaler comme les autres fonctionnaires (art. 314*d* al. 1 ch. 2 et art. 443 al. 2 CC)[1950].

1175 L'article 11 al. 1 LAVI réserve par ailleurs l'obligation de témoigner en vertu du code de procédure pénale. Conformément à l'article 173 CPP, les travailleurs des centres LAVI bénéficient d'un « *droit de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion* ». Ils ne doivent donc déposer que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (*cf. supra* N 1135).

1176 Quelques commentateurs estiment que les travailleurs des centres LAVI sont soumis en procédure civile au régime du droit de refuser de collaborer

1948 WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 155 ; VOGT, in : GOMM/ZEHNTER (édit.), *Stämpflis Handkommentar zum Opferhilfegesetz*, Art. 11 N 18. On doit toutefois réserver certaines exceptions, en particulier les motifs justificatifs généraux du code pénal (ex : état de nécessité au sens de l'article 17 CP).

1949 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, RMA 2019/2, p. 174.

1950 COPMA, *Droit et obligation d'aviser*, RMA 2019/2, p. 174. Pour plus de détails sur cette question, *cf.* : RYSER BÜSCHI, *Familiäre Gewalt an Kindern*, p. 256 ss.

prévu par l'article 166 al. 2 CPC (droit de refus restreint)[1951]. Selon cette disposition, les titulaires d'un droit de garder le secret protégé par la loi sont tenus de témoigner, à moins de rendre vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité. Ce point de vue doit à mon sens être écarté. L'article 11 al. 1 LAVI se limite en effet à réserver les obligations de témoigner en procédure pénale seulement. Quant à l'article 166 al. 2 CPC, il ne vise pas spécifiquement les travailleurs des centres LAVI et ne constitue donc pas une *lex specialis* par rapport à l'article 11 al. 1 LAVI. Il ne permet donc pas d'y déroger en prévoyant un régime qui obligerait les travailleurs des centres LAVI à témoigner en procédure civile. En d'autres termes, les travailleurs des centres LAVI ne peuvent pas être obligés de témoigner sur les faits couverts par le secret de la LAVI en procédure civile. Ils gardent toutefois la possibilité de le faire s'ils sont valablement déliés de leur secret à la lumière de l'article 11 LAVI.

D. Dérogations légales aux secrets fondés sur le droit cantonal sanitaire

1177 Les devoirs de confidentialité imposés par le droit cantonal sanitaire peuvent être limités par des dispositions légales de droit fédéral ou cantonal. La portée pratique de ces exceptions s'étend essentiellement à la part des soignants qui sont astreints à une obligation de confidentialité imposée par le droit cantonal sanitaire sans être astreints au secret professionnel (art. 321 CP). Pour déployer valablement leurs effets, les dérogations légales concernées doivent viser spécifiquement les professionnels du domaine des soins ou à tout le moins les personnes titulaires d'une obligation légale de garder un secret. Le champ d'application personnel de chaque dérogation légale s'examine au cas par cas. Comme pour les dérogations légales au secret professionnel (art. 321 CP), ces dispositions doivent en principe figurer dans une loi formelle.

1178 En matière de protection de l'enfant, l'article 314*d* al. 1 ch. 1 CC énonce par exemple une obligation de signalement à l'égard des « *professionnels des soins* » qui sont en contact régulier avec des enfants dans l'exercice de leur activité professionnelle, à condition qu'ils ne soient pas soumis au secret professionnel en vertu du code pénal. Les soignants astreints à un devoir de confidentialité imposé par une loi cantonale sanitaire sans toutefois être visés par l'article 321 CP tombent donc sous le coup de l'obligation d'annonce. L'obligation d'annonce vise les cas où le professionnel constate des indices concrets

1951 CR CPC-JEANDIN, art. 166 N 25 *cum* art. 163 CPC N 20 ; BSK ZPO-SCHMID, art. 166 N 18 *cum* art. 163 N 8c.

que l'intégrité physique, psychique ou sexuelle de l'enfant est menacée et qu'il ne peut pas remédier à la situation dans le cadre de son activité (art. 314*d* al. 1 CC). L'annonce au supérieur hiérarchique satisfait à l'obligation d'aviser l'autorité (art. 314*d* al. 2 CC).

1179 En procédure pénale, les soignants exclusivement astreints au secret imposé par le droit cantonal sanitaire sont tenus de déposer à moins qu'ils rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité et que la direction de la procédure les libère de l'obligation de témoigner (art. 173 al. 2 CPP). Ils peuvent être soumis à un régime de témoigner différent s'ils sont parallèlement soumis à une autre forme de secret énoncée à l'article 173 al. 1 CPP[1952]. Lorsque le soignant astreint au secret imposé par le droit cantonal sanitaire est lui-même prévenu, il ne peut pas se retrancher derrière le secret professionnel pour défendre ses intérêts personnels. Les principes développés à cet égard pour l'article 321 CP (*cf. supra* N 1138 ss) valent également pour la procédure pénale administrative[1953].

1180 En procédure civile, les soignants exclusivement astreints au secret imposé par le droit cantonal sanitaire peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité (art. 166 al. 2 CPC).

1181 Je renvoie pour le surplus aux développements menés dans le cadre de l'étude des dérogations au secret professionnel selon l'article 321 CP dans la mesure où elles pourraient s'appliquer aux soignants d'un canton donné, selon le champ d'application personnel de chaque dérogation.

E. Dérogations légales aux devoirs de discrétion imposés par les législations sur la protection des données

1182 Les différents devoirs de discrétion imposés par les législations fédérale et cantonales sur la protection des données personnelles peuvent tous être limités par la loi.

1183 Les personnes astreintes au devoir de discrétion selon l'article 35 LPD sont par exemple uniquement punissables si elles révèlent d'une manière « *illicite* » des données personnelles secrètes et sensibles (art. 35 al. 1 LPD). Pour être punissable selon cette disposition, l'auteur doit ainsi communiquer des données de manière contraire à la LPD[1954]. La mention du caractère illicite

1952 Notamment les secrets imposés par les articles 321bis CP, 2 LCCG, 11 LAVI et 3c LStup.

1953 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 132. Voir aussi pour le secret de l'avocat en droit pénal administratif fédéral : ATF 132 IV 63, SJ 2006 I 287.

1954 En ce sens : ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 14.

de la révélation disparaîtra dans la LPD révisée (art. 62 n-LPD), mais elle continuera de s'appliquer implicitement.

1184 Selon l'article 13 al. 1 LPD (art. 34 al. 1 n-LPD), une atteinte à la personnalité causée par un traitement de données personnelles effectué par une personne privée peut être justifiée par la « *loi* ». La norme qui autorise le traitement peut être de rang fédéral ou cantonal, formelle ou matérielle, énoncée sous forme d'obligation ou de faculté de communiquer, explicite ou même implicite si elle se trouve en relation avec certaines obligations imposées par la loi concernée[1955]. La communication doit toutefois se limiter au but de la loi qui autorise la communication[1956].

1185 Lorsque des données sont traitées par des organes publics fédéraux ou cantonaux, le traitement doit en principe toujours reposer sur une base légale[1957]. L'article 17 al. 2 LPD (art. 34 al. 2 n-LPD) exige que le traitement de données sensibles par des organes fédéraux repose sur une loi au sens formel[1958]. Des exceptions à l'exigence d'une base légale sont prévues de manière restrictive par les législations fédérale et cantonales sur la protection des données (ex. : art. 17 al. 2 LPD ; art. 34 al. 4 n-LPD). Les devoirs de confidentialité parfois énoncés dans les législations cantonales sur la protection des données peuvent eux aussi être limités par la loi.

1186 En définitive, les soignants soumis au devoir de discrétion imposé par une loi sur la protection des données à l'exclusion de tout autre devoir de confidentialité spécial communiquent des données de manière licite lorsqu'une loi formelle ou matérielle les y oblige ou les y autorise.

1187 On peut encore se demander dans quelle mesure les dispositions du droit de la protection des données personnelles qui autorisent des communications peuvent ou non servir de motif justificatif pour déroger aux devoirs spéciaux de garder le secret potentiellement applicables aux soignants (notamment art. 321 ou 320 CP, droit cantonal sanitaire). Cette question est notamment controversée quant au fait de savoir si les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction peuvent faire sous-traiter leurs données sur la seule base de l'article 10*a* LPD (art. 9 n-LPD ; traitement de données par un tiers/sous-traitance). Ces questions feront l'objet de développements spécifiques (*cf. infra* N 1258 ss pour les liens entre les législations sur la

1955 MEIER, *Protection des données*, N 1601 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 15 et 17.

1956 MEIER, *Protection des données*, N 1605 ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 15.

1957 Pour les traitements de données personnelles effectués par des organes fédéraux par exemple : art. 17 al. 1 LPD.

1958 Applicable aussi pour les organes publics cantonaux qui traitent des données sensibles comme les données de santé : BAERISWYL, plädoyer 2003, p. 38.

protection des données et les devoirs spéciaux de garder le secret et N 1373 ss pour la question plus particulière de la sous-traitance).

F. Motifs justificatifs généraux du code pénal

1188 La transgression des devoirs de confidentialité des soignants institués par le droit pénal peut être justifiée par l'existence d'un motif justificatif général prévu dans la partie générale du code pénal fédéral (art. 14 ss CP). Ces motifs justificatifs écartent l'illicéité d'un comportement qui remplit pourtant la typicité d'une infraction pénale, notamment parce qu'il est justifié par la loi ou par la sauvegarde d'un intérêt prépondérant[1959].

1189 Dans le cadre des devoirs de confidentialité des soignants, les motifs justificatifs du code pénal s'appliquent logiquement aux infractions inscrites dans le code pénal (art. 320 et 321 CP), mais aussi aux infractions pénales inscrites dans d'autres lois fédérales qui contiennent du droit pénal accessoire (art. 333 al. 1 CP ; par ex. : art. 35 LPD et 11 LAVI). Par ailleurs, les motifs justificatifs du code pénal fédéral s'appliquent également aux infractions pénales inscrites dans les lois cantonales (droit pénal administratif) par le biais de renvois du droit cantonal vers la partie générale du code pénal fédéral[1960].

1190 Les motifs justificatifs généraux peuvent être légaux (écrits) ou extra-légaux (non-écrits)[1961]. Ils ne devraient en principe être admis que si l'acte incriminé est conforme aux principes de proportionnalité et de subsidiarité. Le respect du principe de proportionnalité doit être examiné à la lumière des circonstances concrètes de chaque cas[1962]. Par ailleurs, sur le plan subjectif, un motif justificatif ne peut être admis que si l'auteur a effectivement eu la volonté d'agir conformément au droit, l'existence probable d'un fait justificatif dans l'esprit de l'auteur étant suffisante[1963].

1191 En matière de confidentialité, les motifs justificatifs les plus susceptibles de trouver application sont les actes autorisés par la loi (art. 14 CP), l'état de nécessité (art. 17-18 CP) et la sauvegarde d'intérêts légitimes. Le consentement, les devoirs de fonction ou de profession, ainsi que la théorie de la « *Sozialadäquanz* » sont parfois également avancés pour justifier certains types de communications par les soignants. J'examinerai ici dans quelle mesure ces motifs justificatifs pourraient être retenus pour justifier des communications

1959 CR CP I-MONNIER, Introduction aux articles 14 à 18 CP, N 1.

1960 Ex. : art. 10 al. 1 Loi sur les contraventions (RS-VD 312.11) ; art. 71 al. 1 Loi d'application du code pénal (RS-VS 311.1).

1961 CR CP I-MONNIER, Introduction aux articles 14 à 18 CP, N 3.

1962 *Idem*, Introduction aux articles 14 à 18 CP, N 5.

1963 *Idem*, Introduction aux articles 14 à 18 CP, N 10.

d'informations couvertes par le secret médical qui sortent du cadre de la loi. Le motif justificatif légal de la légitime défense (art. 15 CP) ne sera pas examiné dans la mesure où il est difficilement envisageable pour justifier une violation du secret professionnel[1964].

1. Actes autorisés par la loi

L'article 14 CP institue le principe général selon lequel celui qui agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du code pénal ou d'une autre loi. Bien que la jurisprudence relative à l'article 14 CP n'exige pas une base légale formelle[1965], l'exigence de la loi formelle s'impose lorsque des données médicales sont en jeu, eu égard au caractère sensible des données notamment. Pour les dérogations légales aux différents devoirs de confidentialité des soignants, je renvoie le lecteur aux développements précédents dans le présent chapitre. 1192

2. Devoirs de fonction ou de profession

Jusqu'au 1er janvier 2007, l'ancien article 32 CP ne se contentait pas de réserver les actes autorisés par la loi, mais dédouanait également celui qui commettait un acte ordonné « *par un devoir de fonction ou de profession* ». 1193

La mention du devoir de fonction ou de profession a toutefois été biffée lors de la révision de la partie générale du code pénal au motif que la doctrine considérait unanimement qu'il ne s'agissait pas d'une source justificative autonome et que cette mention ne pouvait « *dès lors qu'induire en erreur en faisant penser que l'accomplissement de ces devoirs* [pouvait] *justifier une infraction même s'il ne* [s'appuyait] *pas sur une loi* »[1966]. En dépit de son abrogation en 2007, le devoir de profession ou de fonction constituerait encore un motif justificatif non écrit[1967], mais devrait toutefois nécessairement reposer sur une norme juridique écrite ou non écrite pour être invoqué (motif justificatif non autonome)[1968]. 1194

La mise en œuvre de ce motif justificatif n'est pas aisée. Lorsqu'il figurait encore expressément dans le code pénal, quelques auteurs ont examiné dans 1195

1964 En ce sens : JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 189.

1965 ATF 94 IV 5 c. 1, JdT 1968 IV 38.

1966 Message du Conseil fédéral du 21 septembre 1998 concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal), FF 1999 1787, 1810. Voir aussi : ATF 113 IV 4 c. 3 ; CR CP I-MONNIER, Introduction aux articles 14 à 18 CP, N 21 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 14 N 2.

1967 BSK StGB-TRESCHEL/GETH, art. 14 N 6 ; CR CP I-MONNIER, art. 14 N 32 ss ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 15 ss et 23 ss.

1968 ATF 129 IV 172 c. 2.4 ; ATF 113 IV 4 c. 3. CP I-MONNIER, art. 14 N 33 et 41.

quelle mesure il pouvait être invoqué pour justifier les communications d'informations médicales couvertes par le secret professionnel. SCHÄFER a par exemple soutenu que le devoir professionnel pouvait justifier des communications d'informations couvertes par le secret professionnel sans que le patient n'en ait connaissance dès lors que cette communication était dans son intérêt[1969]. Une telle vision est toutefois trop permissive et risquerait de vider le secret médical de son sens. Elle doit donc être rejetée[1970]. D'autres auteurs ont admis qu'on pouvait recourir à la notion de devoir professionnel pour justifier des communications couvertes par le secret professionnel à des conditions restrictives et seulement à titre subsidiaire. Pour KELLER par exemple, une communication peut être justifiée par le devoir professionnel si le consentement du patient (même présumé) ou l'autorisation de l'autorité supérieure ne peuvent pas être recueillis, si la communication envisagée poursuit la sauvegarde des intérêts du patient et si la communication est essentielle pour la réussite du traitement[1971]. Enfin, d'autres auteurs, à l'instar de JENDLY, rejettent le fait que les soignants puissent s'appuyer sur leur devoir professionnel pour justifier les communications de données couvertes par le secret professionnel, ou à tout le moins pour justifier les communications habituelles en lien avec la continuité du traitement (ex. : secret partagé)[1972]. JENDLY explique à cet égard que le motif justificatif du devoir professionnel est exclusivement une norme de renvoi et que la communication doit impérativement reposer sur une loi. Le motif justificatif n'a donc qu'une portée déclaratoire[1973]. Par ailleurs, ce motif justificatif présente un caractère subsidiaire et ne doit trouver application qu'à titre exceptionnel[1974]. Il ne permet donc pas de justifier les communications habituelles entre soignants, en particulier celles qui s'inscrivent dans le cadre de la continuité des traitements.

1196 La position du dernier groupe d'auteurs est la plus convaincante. Je partage en particulier l'avis de JENDLY selon lequel un motif justificatif général du code pénal ne permet pas de justifier des communications usuelles et régulières, comme celles qui se rattachent au secret partagé ou à la communication d'informations à un médecin spécialiste par exemple. Le motif justificatif du devoir de fonction ou de profession ne doit donc pas être retenu pour justifier des communications d'informations soumises au secret professionnel

1969 SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 74.

1970 En ce sens : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 163.

1971 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 163 ss.

1972 JENDLY, Revue pénale suisse 2006, p. 188 ss ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 24.

1973 En ce sens : KUNZ, *Questions juridiques en relation avec le SIDA*, p. 350.

1974 JENDLY, Revue pénale suisse 2006, p. 188.

des soignants. Dans les situations d'urgence, la justification d'une communication doit plutôt être recherchée sous l'angle d'un éventuel état de nécessité (art. 17 CP)[1975].

3. Etat de nécessité

1197 Selon la lettre de l'article 17 CP (état de nécessité licite), celui qui « *commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants* ».

1198 L'état de nécessité licite est soumis à plusieurs conditions. Il ne peut être admis qu'en présence d'un « *danger imminent* ». Cela vise les situations dans lesquelles il existe, selon le cours ordinaire des choses, une certaine probabilité qu'un bien juridique soit lésé[1976]. Il doit toutefois exister des indices concrets du danger, une simple perspective étant insuffisante[1977]. Le danger peut être d'origine humaine ou naturelle, à l'image d'une maladie contagieuse grave[1978]. Le danger doit par ailleurs être « *imminent* », c'est-à-dire qu'il doit être actuel et concret, et non passé ou futur[1979]. S'il s'agit d'une maladie, le fait que la maladie s'étendra sur une longue durée dans le futur ne joue aucun rôle[1980].

1199 Pour que l'état de nécessité licite trouve application, le danger imminent doit être « *impossible à détourner autrement* ». Il n'est donc admissible qu'à titre subsidiaire (subsidiarité absolue ; *ultima ratio*), c'est-à-dire si l'auteur ne bénéficie d'aucun autre moyen d'agir licitement pour sauvegarder les biens juridiques menacés[1981].

1200 L'état de nécessité licite ne peut être retenu que si les intérêts protégés sont prépondérants aux biens sacrifiés, ce qui implique une pesée d'intérêts en présence[1982]. Cette pesée d'intérêts doit s'appuyer sur les valeurs de l'ordre juridique et prendre en compte l'ensemble des circonstances concrètes de chaque cas donné, notamment l'importance du danger et la gravité de l'atteinte[1983]. Si les deux biens en jeu sont de valeur équivalente,

1975 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 24.

1976 CR CP I-MONNIER, art. 17 N 6 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 17 N 6.

1977 ATF 122 IV 1 c. 3a et réf. citées. CR CP I-MONNIER, Art. 17 CP, N 9 *cum* art. 15 N 11.

1978 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 N 12 ; CR CP I-MONNIER, art. 17 N 6.

1979 ATF 122 IV 1 c. 3a; ATF 109 IV 156 c. 3, JdT 1984 IV 121. CR CP I-MONNIER, art. 17 CP, N 7 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 N 14.

1980 BÜCHLER/HOTZ, AJP/PJA 2010, p. 750.

1981 TRECHSEL/GETH, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 17 N 7 ; CR CP I-MONNIER, art. 17 N 10 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 N 16 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 190.

1982 BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 N 17.

1983 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 17 N 16 ; CR CP I-MONNIER, art. 17 N 15.

l'état de nécessité « *licite* » ne peut plus être retenu[1984]. La peine peut toutefois être atténuée en vertu de l'état de nécessité « *excusable* » au sens de l'article 18 CP si les biens sacrifiés sont considérés comme essentiels (vie, intégrité corporelle, liberté, honneur, patrimoine ou autres biens essentiels)[1985].

1201 La doctrine admet qu'une violation du secret professionnel peut être justifiée à titre exceptionnel par l'état de nécessité lorsque les conditions susmentionnées sont remplies. Il faut toutefois se montrer strict quant à l'admission des conditions susmentionnées, étant entendu que les soignants disposent en principe de la possibilité de se faire délier du secret par le patient ou par l'autorité supérieure. L'état de nécessité ne doit être reconnu que si aucun autre moyen licite de lever le secret ne peut être employé[1986]. En pratique, l'existence d'un état de nécessité dépendra essentiellement du fait de savoir si la sauvegarde d'intérêts prépondérants commande une communication et si le danger est imminent. Si un état de nécessité existe, le soignant qui a communiqué les informations sur la base de ce motif doit ensuite se faire délier formellement du secret dans les meilleurs délais, que ce soit par le patient ou par l'autorité compétente[1987].

1202 Sous l'angle du secret médical, l'état de nécessité est essentiellement admis pour protéger les intérêts de tiers, notamment contre les atteintes imminentes à leur santé[1988]. La doctrine admet ainsi généralement qu'une révélation peut être justifiée si elle permet d'éviter la contamination « *imminente* » d'un tiers par le virus du SIDA ou d'une autre maladie grave[1989]. Le risque

1984 CR CP I-MONNIER, art. 17 N 14 ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 17 N 17.

1985 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 18 N 4-5 ; TRECHSEL/GETH, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 18 N 1.

1986 En ce sens : CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 93 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 190 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 354 s ; KUNZ, *Questions juridiques en relation avec le SIDA*, p. 353.

1987 KUNZ, *Questions juridiques en relation avec le SIDA*, p. 352 ; MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2051 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 190.

1988 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 166 s ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 77. Voir toutefois SCHUBARTH, Bulletin des médecins suisses 2008, qui défend la position selon laquelle le médecin pourrait invoquer l'état de nécessité pour communiquer des informations confidentielles à son avocat lorsqu'il est attaqué en responsabilité par son patient. Sur cette question, l'Obergericht thurgovien a récemment affirmé que les communications d'informations confidentielles par le médecin à son défenseur pénal pouvaient constituer une violation du secret professionnel si elles ne reposaient pas sur un motif justificatif, l'état de nécessité pouvant être admis dans certains cas : arrêt de l'Obergericht du 2 mai 2019, RBOG(TG) 2019 p. 148.

1989 En ce sens : CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 93 ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 77 s, qui donne l'exemple de la syphilis ; BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 90 note 90 et réf. citées ; TRESCHEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 37.

doit toutefois impérativement être concret et direct, de telle sorte que ce type de situation devrait être rare en pratique[1990]. De manière plus générale, l'état de nécessité peut être invoqué pour justifier une révélation lorsqu'un patient s'apprête de manière imminente à porter une atteinte grave à l'intégrité corporelle d'un tiers et que le soignant ne dispose pas du temps nécessaire pour se faire délier du secret (ex. : suite à une consultation, un soignant a des raisons sérieuses de penser que son patient essaiera de tuer son épouse en rentrant chez lui).

1203 En tout état de cause, l'état de nécessité peut uniquement être retenu dans des situations exceptionnelles et ne permet pas de justifier des révélations prévisibles et répétées, voire quasiment institutionnalisées[1991]. Il ne saurait donc justifier les communications ordinaires au sein d'un établissement (secret partagé) ou en vue de la continuité d'un traitement.

4. Sauvegarde d'intérêts légitimes

1204 La sauvegarde d'intérêts légitimes est un motif justificatif extra-légal qui s'apparente à l'état de nécessité[1992]. Selon le Tribunal fédéral, « *ce fait doit être interprété restrictivement et soumis à des exigences particulièrement sévères dans l'appréciation de la subsidiarité et de la proportionnalité. Les conditions sont réunies uniquement lorsque l'acte illicite ne constitue pas seulement un moyen nécessaire et approprié pour la défense d'intérêts légitimes d'une importance nettement supérieure à celle des biens protégés par la disposition violée, mais que cet acte constitue encore le seul moyen possible pour cette défense* »[1993]. Ces différentes conditions sont cumulatives.

1205 La jurisprudence a reconnu à quelques reprises l'existence d'intérêts légitimes justifiant la commission d'une infraction[1994]. Toutefois, au regard du manque de précision des conditions posées, ce motif justificatif doit être interprété de manière restrictive et ne peut trouver application que si l'auteur a épuisé tous les moyens de droit qui étaient à sa disposition et a agi de manière proportionnée[1995]. En matière de devoirs de confidentialité, le Tribunal fédéral a par exemple écarté à plusieurs reprises l'existence d'intérêts légitimes

1990 KUNZ, *Questions juridiques en relation avec le SIDA*, p. 356 ss, qui traite de manière circonstanciée la question de savoir si l'état de nécessité peut être invoqué pour alerter les soignants qui participent à une opération médicale sur le fait que le patient est atteint du SIDA.

1991 DE ROUGEMONT, *Coexistence des secrets*, P. 89 ; JENDLY, *Coexistence des secrets*, p. 190.

1992 ATF 129 IV 6 c. 3.3, JdT 2005 IV 215 et réf. citées.

1993 ATF 127 IV 166 c. 2b, SJ 2001 I 612.

1994 ATF 117 IV 170, JdT 1993 IV 152 ; ATF 113 IV 4.

1995 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 14 N 36 ; CR CP I-MONNIER, art. 14 N 55.

justifiant la violation du secret de fonction par des lanceurs d'alerte au motif que ceux-ci n'avaient pas épuisé tous les moyens qui étaient à leur disposition pour alerter sur la situation (voies non seulement internes au département, mais aussi externes comme des autorités politiques de surveillance)[1996].

1206 Même si cela est peu probable, une violation du secret médical pourrait être justifiée par la sauvegarde d'intérêts légitimes, en particulier lorsque le soignant a requis sans succès la levée du secret auprès de l'autorité supérieure[1997].

5. Consentement

1207 Le consentement du lésé est reconnu à titre de motif justificatif général extralégal du code pénal[1998]. Cependant, comme on l'a vu, l'ensemble des devoirs de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants peuvent déjà être levés par le biais du consentement du maître du secret. Ce consentement concrétise les droits fondamentaux du maître du secret à la liberté personnelle (art. 10 Cst.) et à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.). Il est prévu de manière explicite ou implicite par les dispositions légales qui imposent le devoir de confidentialité. Je renvoie donc le lecteur aux développements concernés (*cf. supra* N 862 ss, avec des conditions particulières pour le secret de fonction toutefois, *cf. supra* N 896 ss).

6. Théorie de la « *Sozialadäquanz* »

1208 Quelques auteurs ont par ailleurs examiné s'il était possible de recourir à la théorie de la « *Sozialadäquanz* » pour justifier des communications d'informations couvertes par le secret professionnel. L'application de cette théorie exclurait toute punissabilité de l'auteur lorsque son comportement, bien que constitutif d'une infraction pénale, se situerait dans les limites de ce qui est absolument usuel[1999]. On identifie rapidement les avantages que pourrait apporter l'application d'un tel motif pour justifier les communications usuelles au sein d'un établissement médico-hospitalier, mais aussi les communications à l'attention d'autres soignants externes ou de sous-traitants informatiques

1996 Arrêt du TF 6B_305/2011 du 12 décembre 2011 c. 4 ; ATF 114 IV 44 c. 3, JdT 1989 IV 51 c. 3. Voir aussi : BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 17.

1997 En faveur d'une application éventuelle de la sauvegarde d'intérêts supérieurs pour justifier une violation du secret professionnel, par ex. : DUPUIS ET AL., PC CP, art. 321 N 61 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 46 ; TRESCHEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 37.

1998 DUPUIS ET AL., PC CP, art. 14 N 30 ss ; TRECHSEL/GETH, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 14 N 11 ss ; BSK StGB-NIGGLI/GÖHLICH, art. 14 N 7 ss ; CR CP I-MONNIER, art. 14 N 67 ss.

1999 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 57.

par exemple. La doctrine préconise toutefois de rejeter l'application de ce principe en raison de son manque de précision, la détermination de ce qui est absolument usuel ou non étant non quantifiable[2000].

G. Constat

Toutes les obligations légales de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants en Suisse peuvent être limitées par la loi. 1209

Les restrictions légales au secret médical devraient offrir suffisamment de prévisibilité et contribuer à la sécurité juridique. Dans l'idéal, chaque patient intéressé par le sort de ses données devrait être en mesure de déterminer sans trop de difficultés si les informations qu'il a confiées à un soignant seront communiquées à un tiers dans le futur et, le cas échéant, à quel destinataire et dans quelle étendue. Le bon fonctionnement de l'institution du secret médical implique donc que les dérogations légales qui s'y rapportent soient aussi claires que possible, tout en limitant au maximum leur nombre et leur portée. 1210

Dans les faits, les dérogations légales au secret médical prévues aujourd'hui par le droit suisse surprennent d'abord par leur nombre. Sous le seul angle du secret professionnel au sens de l'article 321 CP, des dérogations légales touchent des domaines aussi divers que la protection de la santé publique (ex. : maladies transmissibles, pharmacovigilance, mise en danger de la santé publique, sécurité des patients), la protection de la sécurité publique (ex. : morts suspectes, soupçons d'infractions pénales, circulation routière, armes à feu), la protection des personnes vulnérables (ex. : protection de l'adulte et de l'enfant), les assurances sociales ou l'administration de la justice. Ces multiples dérogations ne figurent pas dans un texte de loi unique, mais sont dispersées dans d'innombrables lois ou ordonnances de rang fédéral ou cantonal. Leur identification est donc particulièrement fastidieuse. 1211

Les dérogations légales au secret médical surprennent ensuite par la complexité de leur mise en oeuvre. Même en écartant la question débattue des concours de normes (sur ce sujet, *cf. infra* N 1247 ss), certaines dérogations légales sont particulièrement délicates à mettre en œuvre. On pense en particulier aux devoirs d'annonce en matière de protection de l'enfant et aux conditions posées par l'article 314*d* CC à l'égard des soignants qui ne sont pas astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP. Les règles applicables 1212

2000 Contre une application de ce principe pour justifier des communications de données couvertes par le secret professionnel ou le secret de fonction auprès d'un sous-traitant informatique : WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 57 ; MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 616.

aux communications des soignants à l'attention des assureurs sociaux sont elles aussi particulièrement complexes et difficiles à appréhender pour le profane.

1213 La complexité du régime juridique en place est d'autant plus forte que les dérogations légales varient selon le devoir de confidentialité applicable. Les distinctions sont particulièrement marquées entre le secret professionnel et le secret de fonction qui, il est vrai, poursuivent des intérêts divergents. Si la loi ne le fait pas, il paraît donc essentiel de déterminer dans quelle mesure un « *soignant fonctionnaire* » est soumis au secret professionnel ou au secret de fonction. En l'absence de clarification légale, certaines communications pourraient desservir les intérêts protégés par le secret médical.

1214 Les disparités de traitements ont non seulement été constatées entre les professionnels soumis à des obligations différentes de garder le secret, mais aussi entre les professionnels soumis à une même obligation de confidentialité (ex. : art. 171 et 173 CPP). Ces distinctions sont difficiles à expliquer.

1215 Les dérogations légales adoptées en droit cantonal instituent quant à elles des régimes disparates dans un domaine où les particularismes cantonaux n'ont plus véritablement de raisons d'être, en particulier à l'heure où les soignants ont tendance à faire preuve d'une plus grande mobilité professionnelle[2001]. Ces dispositions de droit cantonal sont parfois problématiques sous l'angle du principe de primauté du droit fédéral. A cet égard, la compatibilité des dispositions de droit cantonal qui obligent ou autorisent les soignants à signaler des soupçons d'infractions pénales avec le code de procédure pénale est particulièrement discutable.

1216 Il faut ainsi poser le constat selon lequel le système de dérogations légales aux devoirs de confidentialité des soignants manque aujourd'hui de prévisibilité et de sécurité juridique en droit suisse (pour une discussion plus approfondie sur les problèmes soulevés, se rapporter aux « *conclusions intermédiaires* » énoncées *infra*, N 1388 ss).

2001 DUMOULIN, Jusletter 27 août 2012, N 38.

Quatrième partie :
Articulation des normes, conclusions intermédiaires et perspectives futures du secret médical

Chapitre 1 : Introduction

Les deuxième et troisième parties de la présente étude ont été consacrées à l'étude du droit positif suisse en matière de secret médical (compris comme l'obligation de confidentialité imposée par le droit au soignant). L'examen des normes applicables a mis en lumière un système normatif complexe, caractérisé par une pluralité d'obligations de confidentialité. Ainsi, les obligations qui astreignent les soignants à la confidentialité sont énoncées dans le code pénal (art. 321 et 320 CP), dans les législations cantonales de droit sanitaire, dans les législations sur la protection des données (art. 35 LPD, droit cantonal sur la protection des données) ou encore dans les législations sur les professions médicales (LPMéd, LPsy, LPSan), sans compter les normes qui n'ont pas fait l'objet d'un examen approfondi dans le cadre de la présente étude (protection de la personnalité selon l'art. 28 CC, devoir de discrétion contractuel déduit de l'art. 398 al. 2 CO). Or, ces multiples obligations de confidentialité ne se limitent pas à énoncer une même obligation de se taire, qui se verrait renforcée. Elles varient à la fois sous l'angle de leur champ d'application personnel ou matériel et sous celui de leurs dérogations respectives. En effet, si les devoirs de confidentialité légaux peuvent généralement être restreints selon des catégories de motifs similaires (consentement, pesée d'intérêts, dérogations légales), ces motifs diffèrent d'une obligation de confidentialité à une autre. La problématique est d'autant plus épineuse que la détermination précise des limites d'un seul devoir de confidentialité pris à part se révèle souvent complexe à elle seule. 1217

Après avoir analysé de manière systématique les fondements et les limites des devoirs de confidentialité applicables aux soignants, il faut désormais déterminer comment ces différentes normes s'articulent entre elles. Cette question, qui fera l'objet du deuxième chapitre de cette quatrième et dernière partie est délicate (le premier chapitre est dédié à la présente introduction). Non seulement les normes qui régissent le secret médical sont nombreuses, mais elles émanent de rangs normatifs et de domaines du droit différents. 1218

Le troisième chapitre abordera ensuite quelques situations choisies en raison des difficultés particulières qu'elles suscitent pour la mise en œuvre du secret médical en droit suisse. 1219

1220 Le quatrième chapitre offrira un constat intermédiaire général. En me basant sur l'ensemble des résultats obtenus au cours du présent travail, je tenterai d'établir une critique argumentée du secret médical telle qu'il est institué aujourd'hui dans l'ordre juridique suisse.

1221 Enfin, le cinquième et dernier chapitre sera résolument prospectif. J'y examinerai différents scénarios envisageables pour l'avenir du secret médical en Suisse, en identifiant pour chacun d'eux les bénéfices escomptés et les obstacles juridiques qui pourraient survenir.

Chapitre 2 : Articulation des normes

Les obligations de confidentialité imposées aux soignants par le droit suisse peuvent émaner de différents domaines du droit : droit pénal, droit administratif ou droit civil. Les sanctions rattachées à la violation de ces différentes obligations de confidentialité sont elles aussi de nature différente : peines privatives de liberté ou peines pécuniaires pour la violation d'obligations de nature pénale, mesures disciplinaires ou amendes pour la violation des dispositions de droit administratif et réparations pécuniaires ou abstention d'adopter certains comportements pour la violation de devoirs imposés par le droit civil. 1222

Comme déjà expliqué, les règles susmentionnées ont des champs d'application partiellement communs et sont souvent appelées à s'appliquer en concours. La présente étude n'a toutefois pas pour vocation d'offrir une analyse exhaustive des liens et mécanismes qui régissent l'ensemble des dispositions légales imposant le silence aux soignants. Au regard du nombre de normes en jeu (normes qui imposent la confidentialité et dispositions qui en limitent leur portée), un tel exercice serait forcément incomplet ou à tout le moins inutilement long. La présente étude n'a pas non plus pour vocation de comparer les différents types de sanctions. Ces différences émanent de manière suffisamment claire de l'analyse des différents devoirs de confidentialité menée dans la deuxième partie de la présente étude. 1223

L'accent sera au contraire porté sur la détermination des règles qui dictent le « *comportement* » des soignants. C'est là que réside en effet la question centrale du secret médical : se taire ou parler. Et si l'on parle, à quelles conditions. 1224

I. Concours et conflits de normes : principes généraux

A. Partage des compétences

L'exercice qui consiste à identifier la règle de droit applicable dans un contexte donné relève en premier lieu du droit constitutionnel, plus particulièrement des règles relatives au partage des compétences entres Confédération et cantons et à la hiérarchie des normes. 1225

1226 Comme dans tout Etat fédéral, l'ordre juridique suisse est régi par des normes de rang constitutionnel déterminant qui peut édicter des règles de droit dans un domaine donné. L'article 3 Cst. énonce ainsi que « *les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* ». Cette disposition est complétée par l'article 42 al. 1 Cst. selon lequel « *la Confédération accomplit les tâches que lui attribue la Constitution* ». La Constitution fédérale prévoit un système selon lequel la Confédération ne détient que les compétences que lui attribue explicitement ou implicitement la Constitution[2002]. On distingue alors les compétences de la Confédération dites « *exclusives* », « *concurrentes* », « *concurrentes limitées aux principes* » et « *parallèles* »[2003].

B. Primauté du droit fédéral

1227 Le partage des compétences entre Confédération et cantons donne inévitablement naissance à des conflits de règles[2004]. Pour résoudre ceux-ci, la Constitution fédérale prévoit des règles matérielles de conflit.

1228 En premier lieu, le « *principe de primauté du droit fédéral* » institue le principe selon lequel le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire (art. 49 al. 1 Cst.). L'application de ce principe empêche les cantons d'édicter du droit contraire au droit fédéral ou du droit dans les domaines exclusivement réglés par le droit fédéral[2005]. Les cantons doivent plus généralement s'abstenir d'édicter du droit qui éluderait le droit fédéral ou qui en contredirait le sens ou l'esprit[2006]. Le « *droit fédéral* » au sens de l'article 49 al. 1 Cst. doit être compris au sens large et vise la Constitution fédérale, les lois fédérales, les ordonnances d'exécution, mais aussi le droit international contraignant pour la Suisse[2007].

1229 L'article 190 Cst. réserve toutefois l'immunité des lois fédérales en énonçant que « *le Tribunal fédéral et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international* ». En d'autres termes, les tribunaux sont tenus d'appliquer les lois fédérales, même si celles-ci sont contraires à la Constitution fédérale[2008]. Si plusieurs interprétations d'une norme sont possibles, il convient

2002 MAHON, *Droit constitutionnel*, p. 126.

2003 *Idem*, p. 128 ss.

2004 AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, p. 371.

2005 ATF 120 Ia 299 c. 2c.

2006 118 Ia 299 c. 3a.

2007 BELSER/NOUREDDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 13 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, N 99.

2008 MAHON, *Droit constitutionnel*, p. 142 ; AUER/MALINVERNI/HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, p. 374.

cependant de choisir l'interprétation conforme à la Constitution. On présume en effet que le législateur fédéral n'a pas choisi une solution contraire à la Constitution, sauf si cela résulte clairement de la lettre ou de l'esprit de la loi[2009].

1230 Le droit contraire au principe de primauté du droit fédéral est sanctionné par la nullité, c'est-à-dire qu'il ne déploie pas d'effet, définitivement et de manière générale[2010].

C. Hiérarchie des normes

1231 Pour former un « *ordre juridique* », les règles de droit doivent s'articuler entre elles selon un système logique et prédéterminé. C'est à cette seule condition que le droit peut remplir sa vocation maintien de la paix sociale et de sécurité juridique[2011].

1232 Cette cohérence juridique est en particulier assurée par l'application du principe de « *hiérarchie des normes* ». Selon ce principe, « *les actes d'un certain niveau doivent être conformes aux actes d'un niveau supérieur, mais* [...] *ils peuvent abroger les actes de leur niveau ou de niveau inférieur* »[2012]. Ainsi, conformément au principe général « *lex superior derogat inferiori* », une règle de droit supérieure l'emporte sur une règle de droit inférieure qui lui est contraire.

1233 Le principe de hiérarchie des normes permet en particulier de régler l'articulation de normes adoptées à un même niveau étatique (niveau fédéral ou cantonal). Au niveau fédéral, le principe de hiérarchie des normes se concrétise ainsi : la Constitution fédérale prime sur le droit fédéral, qui prime à son tour sur les ordonnances parlementaires, qui priment à leur tour sur les ordonnances du Conseil fédéral.

D. Conflits de normes

1234 Il est courant que les champs d'application respectifs de plusieurs normes couvrent – au moins potentiellement – des situations de fait identiques. Ces normes se trouvent alors en « *concours* »[2013]. L'articulation de ces normes en concours ne peut pas toujours être résolue par recours aux principes de primauté du droit fédéral ou de hiérarchie des normes. La question a un intérêt pratique limité lorsque les normes concernées ont un contenu analogue. Elle

2009 ATF 107 V 214 c. 2b.

2010 MAHON, *Droit constitutionnel*, p. 143 ; BELSER/NOURREDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 22.

2011 MAHON, *Droit constitutionnel*, p. 284.

2012 *Idem*, p. 285.

2013 TSCHENTSCHER, *Grundprinzipien des Rechts*, p. 121.

gagne toutefois en intérêt lorsque les normes présentent des contradictions. On parle alors de « *conflits* » ou de « *collisions* » de normes et il faut déterminer quelle règle de droit l'emporte sur les autres[2014].

1235 L'existence des conflits de normes n'a rien de surprenant dans un système juridique. Les normes sont nombreuses et évoluent constamment (adoption, modification ou abrogation de normes). Cependant, les conflits de normes ne découlent pas forcément d'un défaut d'attention du législateur. Dans une majorité de cas, les conflits doivent plutôt être perçus comme une conséquence intrinsèque du droit, dont le rôle consiste fondamentalement à trancher des conflits d'intérêts et de valeurs[2015]. Il est alors inévitable que des normes protégeant des intérêts différents entrent en conflit dans un même système.

1236 La résolution des conflits de normes est avant tout une question d'interprétation. Plusieurs méthodes sont présentées ci-dessous. Aucune de ces méthodes ne doit toutefois être appliquée de manière purement mécanique et aucune d'entre elles ne prévaut par défaut sur les autres. Chaque situation doit faire l'objet d'un examen au cas par cas[2016].

1. Conciliation des normes

1237 Dans certains cas, le conflit apparent entre deux normes peut être résolu par l'interprétation des normes de telle manière à les rendre conciliables, en application du principe de l'« *interprétation conforme* » ou de l'adage « *textus concordandi sunt* ». En d'autres termes, « *l'interprète a la possibilité de choisir parmi les divers sens possibles d'une norme celui qui se concilie le mieux avec un des sens judicieusement choisi de l'autre norme. Dans cette manœuvre, l'interprète n'écarte pas une des normes en présence, il les applique toutes les deux et il ne peut le faire que parce qu'il les a interprétées de façon conforme l'une par rapport à l'autre* »[2017].

1238 Si l'interprétation conforme aboutit, les deux normes qui se trouvaient initialement en contradiction peuvent être appliquées cumulativement et chacune d'entre elles déploie ses effets dans les limites posées par l'interprétation. La résolution des conflits par la conciliation des normes trouve typiquement application dans les situations où des normes spéciales viennent compléter des normes générales ou lorsqu'il faut recourir aux normes générales pour interpréter des normes spéciales[2018].

2014 BELSER/NOUREDDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 67.

2015 ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*, p. 65.

2016 *Idem*, p. 68.

2017 ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*, p. 69.

2018 BELSER/NOUREDDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 67.

Le principe de la conciliation des normes trouve toutefois rapidement des limites. L'interprétation d'un terme en vue de le faire concorder avec un autre texte ne doit pas déboucher sur des solutions « *contra legem* »[2019]. 1239

2. Choix d'une norme

Lorsque deux normes entrent en conflit, du moins en apparence, et que ce conflit ne peut pas être résolu par l'application des principes de primauté du droit fédéral ou de hiérarchie des normes, il faut examiner si l'une des normes en jeu doit être appliquée au détriment de l'autre (choix d'une norme ou règle de l'exception)[2020]. Cette analyse est menée au travers de l'interprétation des normes, notamment par recours aux principes généraux « *lex specialis derogat legi generali* » et « *lex posterior derogat legi priori* »[2021]. Le principe « *lex superiori derogat inferiori* » s'inscrit quant à lui plutôt dans le cadre de l'examen de conformité avec la hiérarchie des normes (*cf. supra* N 1232). 1240

Déterminer si une norme constitue une « *lex specialis* » par rapport à une autre est parfois délicat. Dans les cas classiques, la norme spéciale se caractérise par le fait que son champ d'application est plus restreint que celui de la norme générale[2022]. En d'autres termes, une norme doit en principe être considérée comme spéciale lorsque tous les états de fait qu'elle vise sont englobés par ceux, plus nombreux, de la norme générale. Il est aussi possible que le champ d'application de la norme générale ne couvre pas complètement celui de la norme spéciale. Il y a alors chevauchement partiel des normes générale et spéciale[2023]. Le recours au critère du champ d'application n'est toutefois pas la seule manière d'identifier une norme spéciale par rapport à une norme générale. Il est parfois aussi utile de recourir à l'interprétation téléologique des normes pour déterminer laquelle des deux normes est la plus proche des faits que le législateur avait souhaité réglementer[2024]. 1241

Dans certains cas, des normes expresses de coordination facilitent l'identification des normes spéciales[2025]. Pour autant que cette norme soit valable sous l'angle de la hiérarchie des normes et du principe de primauté du droit fédéral, le recours à la norme de coordination permet alors de désigner la 1242

2019 ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*, p. 70.

2020 BELSER/NOUREDDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 67.

2021 *Ibid*.

2022 KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, p. 126.

2023 *Ibid*.

2024 *Idem*, p. 127.

2025 MARANTA, RMA 2018, p. 249.

norme applicable en cas de conflit. La norme de coordination peut notamment être énoncée sous la forme d'une « *réserve* »[2026].

1243 L'application d'une règle au détriment d'une autre peut aussi être choisie en fonction du principe « *lex posterior derogat legi priori* ». Selon ce principe, qui s'inscrit quant à lui plutôt dans la méthode d'interprétation historique, la norme ancienne est abrogée par la norme nouvelle qui la contredit, même lorsque l'ancienne norme n'a pas été formellement abrogée[2027]. Ce principe vise donc à établir une hiérarchie de normes sur le plan temporel[2028]. Pour certains auteurs, cet adage n'est pas à proprement parler une règle d'interprétation dans la mesure où il permet seulement de découvrir qu'une règle (antérieure) a été abrogée par l'entrée en vigueur d'une norme plus récente[2029].

1244 Les adages classiques d'interprétation sont uniquement des présomptions qui doivent être appliquées conjointement aux méthodes d'interprétation classiques[2030]. Pour rappel, selon la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, la loi doit être interprétée en premier lieu selon sa lettre (interprétation littérale) et, si le texte n'est pas absolument clair ou si plusieurs interprétations sont possibles, il faut chercher la véritable portée de la norme. Les éléments à considérer peuvent découler des travaux préparatoires (interprétation historique), du but de la règle (interprétation téléologique) ou encore de sa relation avec d'autres dispositions (interprétation systématique). Aucune méthode d'interprétation ne doit être privilégiée, mais il convient de s'inspirer d'un pluralisme pragmatique[2031].

3. Cas particulier : concours de normes pénales

1245 La partie générale du code pénal, et plus particulièrement l'article 49 CP, prévoit des règles spécifiques propres aux concours d'infractions pénales. L'article 49 CP se limite toutefois à régler la question de la fixation de la peine lorsque plusieurs infractions ont été commises[2032]. Cette disposition prévoit ainsi que la peine peut être aggravée dans une certaine mesure lorsque plusieurs infractions ont été commises sans unité juridique d'action (« *concours*

2026 Par exemple, l'article 314*d* al. 1 CC « *oblige* » sous certaines conditions les professionnels de la médecine et des soins à dénoncer les menaces à l'intégrité d'un enfant, mais réserve le cas des personnes qui sont soumises au secret professionnel en vertu du code pénal.

2027 ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*, p. 70 ; KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, p. 126.

2028 KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, p. 126.

2029 ROSSEL, *L'interprétation des normes contradictoires*, p. 71.

2030 *Idem*, p. 72.

2031 ATF 136 III 283 c. 2.3.1 et réf. citées.

2032 CR CP I-STOLL, art. 49 N 78.

réel ») ou lorsque l'auteur, par un seul acte, commet plusieurs infractions ou la même infraction plusieurs fois (« *concours idéal* »)[2033]. Les règles relatives aux concours réel et idéal ne permettent toutefois pas de déterminer quel comportement doit adopter un justiciable lorsqu'il se trouve face à un « *conflit* » de normes.

1246 Les conflits de « *devoirs* » découlant de l'application concurrente de deux normes pénales doivent être résolus à la lumière d'un troisième type de concours qui n'est pas expressément réglé par l'article 49 CP : le « *concours imparfait* » ou « *concours improprement dit* ». Une norme pénale exclut alors l'application d'une ou de plusieurs autres normes pénales[2034]. Selon les critères généralement développés par la doctrine, le choix d'une norme au détriment d'une autre doit faire l'objet d'une interprétation, qui peut en particulier se fonder sur l'application des critères de spécialité ou de subsidiarité[2035]. Une infraction est considérée comme « *spéciale* » lorsqu'elle présente non seulement toutes les caractéristiques d'une autre infraction, mais aussi des caractéristiques supplémentaires[2036]. Quant au principe de « *subsidiarité* », il présuppose l'existence de deux normes s'appliquant au même comportement. Toutefois, une des deux normes ne s'applique qu'à la condition que l'autre ne s'applique pas[2037]. Le caractère spécial ou subsidiaire d'une infraction peut ressortir expressément ou tacitement de la loi. Dans le second cas, il convient de résoudre le conflit par l'interprétation des normes en jeu.

II. Mise en œuvre en matière de secret médical

1247 A la lumière des développements qui précèdent, il s'agit maintenant de déterminer comment les nombreuses normes examinées tout au long de la présente étude s'articulent entre elles. La présente section vise plus précisément à décrire le processus qui permet d'identifier la norme autorisant ou non un soignant à communiquer une information à des tiers.

2033 CR CP I-STOLL, art. 49 N 7 et 22 ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 49 N 5 et 8 ss.

2034 TRECHSEL/THOMMEN, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 49 N 2 ; CR CP I-STOLL, art. 49 N 50 ss ; DUPUIS ET AL., PC CP, art. 49 N 18 ss.

2035 BSK StGB-JÜRG-BEAT/ACKERMANN, art. 49 N 49, qui mentionnent que la doctrine recourt aussi souvent à d'autres critères (ex. : subsidiarité, alternativité), tout en précisant que l'absence de base légale sur cette question suscite des controverses continues sur la portée de ces critères. Voir aussi : HURTADO POZO, *Droit pénal*, N 1481.

2036 BSK StGB-JÜRG-BEAT/ACKERMANN, art. 49 N 52.

2037 ATF 125 IV 124 c. 2c, JdT 2001 IV 6. DUPUIS ET AL., PC CP, art. 49 N 19 ; CR CP I-STOLL, art. 49 N 53 ; BSK StGB-JÜRG-BEAT/ACKERMANN, art. 49 N 49.

1248 Ce processus se compose de plusieurs étapes, à savoir l'examen du régime général de protection des données, l'identification de devoirs spéciaux de confidentialité, la résolution des concours de normes entre les devoirs spéciaux de confidentialité et les législations sur la protection des données, la résolution des conflits entre les devoirs spéciaux de confidentialité et la mise en œuvre de la norme spéciale applicable et de ses dérogations.

A. Régime général de protection des données personnelles

1249 Lorsqu'il s'agit de déterminer si un soignant est en droit de communiquer ou non des informations à un tiers, la première étape consiste à établir si la communication, comprise comme une forme particulière de traitement de données, tombe dans le champ d'application d'une législation sur la protection des données.

1250 Le champ d'application des différentes législations sur la protection des données se limite en effet aux traitements des « *données personnelles* » (*cf. supra* N 761 ss). Malgré toutes les précautions à prendre en lien avec les risques de réidentification, les données « *anonymes* » échappent aux règles prévues par les législations sur la protection des données. Il en va de même pour la protection conférée par les devoirs spéciaux de confidentialité, en particulier le secret professionnel (art. 321 CP). En droit suisse, les données anonymes ne bénéficient donc pas d'une protection fondée sur le secret médical et peuvent être librement communiquées.

1251 Il faut toutefois reconnaître que certaines données anonymes ou sans aucun lien avec des personnes peuvent bénéficier d'une protection, notamment en application des règles relatives au secret de fonction (art. 320 CP). Il en va par exemple ainsi pour les informations relatives au fonctionnement interne d'un établissement médico-hospitalier de droit public. Ces situations excèdent toutefois le champ d'investigation de la présente étude, qui se concentre sur le secret médical et donc sur les données relatives aux patients.

1252 La LPD s'applique lorsque le traitement est effectué par une personne privée ou un organe public fédéral[2038], alors que les législations cantonales sur la protection des données s'appliquent aux traitements effectués par les organes cantonaux. Le droit de la protection des données fait donc l'objet de compétences parallèles entre la Confédération et les cantons (sur la question délicate de la démarcation entre les champs d'application de la LPD et des lois cantonales sur la protection des données, *cf. supra* N 735 ss).

2038 Il faut toutefois réserver les cas de traitements de données personnelles exclus du champ d'application des législations sur la protection des données personnelles, par exemple les traitements de données personnelles traitées par le Comité international de la Croix-Rouge pour la LPD (art. 2 al. 2 let. e LPD).

Les législations fédérale ou cantonales sur la protection des données sont des lois transversales et générales qui visent à faire respecter les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. Parallèlement à celles-ci, il existe de nombreuses dispositions spéciales. Pour examiner le caractère licite d'une communication par un soignant, il faut alors déterminer si le soignant concerné est soumis à un devoir spécial de confidentialité et, le cas échéant, établir comment celui-ci s'articule avec le régime général de la protection des données applicable. 1253

B. Devoirs spéciaux de confidentialité

1. Identification des devoirs spéciaux de confidentialité

Les législations sur la protection des données soumettent les communications de données personnelles à certaines conditions, en particulier lorsqu'elles sont sensibles et que leur communication est susceptible de porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (ex. pour les communications de données sensibles effectuées par des personnes privées : art. 12 al. 2 let. c et 13 LPD). 1254

Dans l'ordre juridique suisse, certaines dispositions instituent de surcroît des régimes spéciaux de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants. Par principe, les dispositions spéciales évincent les régimes de protection des données. Comme le remarque en effet WOHLERS : « *ce n'est pas le droit de la protection des données qui limite la protection des secrets mais la protection des secrets qui limite le droit de la protection des données* »[2039]. 1255

Les normes instituant un devoir spécial de confidentialité sont celles qui ont été examinées en détail au cours de la présente étude, notamment sous l'angle de leur champ d'application respectif, à savoir le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP), le secret institué par la LAVI (art. 11 LAVI) et les obligations de confidentialité instituées par le droit cantonal sanitaire. Les obligations de garder le secret figurant dans la LPMéd (art. 40 let. f), la LPSy (art. 27 let. e) ou la LPSan (art. 16 let. f) peuvent être écartées sur le plan matériel, car elles opèrent seulement un renvoi aux « *dispositions applicables* ». Elles peuvent toutefois jouer un rôle du point de vue des sanctions prononcées (sanctions disciplinaires prononçables en parallèle des sanctions pénales). De même, les secrets institués par la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse (art. 2) ou la LStup (art. 3c al. 4) ne font qu'élargir le champ d'application personnel du secret de fonction (art. 320 CP) ou du secret professionnel (art. 321 CP). 1256

2039 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 58.

1257 En conséquence, les dispositions spéciales les plus pertinentes pour le secret médical (art. 321 CP, 320 CP, 11 LAVI et droit cantonal sanitaire) se distinguent essentiellement par leur caractère pénal, même si l'on doit réserver les cas de quelques législations cantonales sanitaires qui se limitent à sanctionner la violation du devoir d'observer le secret par un régime à caractère disciplinaire uniquement. Le caractère éminemment pénal des normes spéciales pour l'examen du secret médical s'explique à la fois d'un point de vue historique (influence de la codification française, *cf. supra* N 38) et, plus simplement, parce qu'elles permettent l'encadrement le plus sévère des communications de données confiées à des soignants, ces dernières étant considérées comme particulièrement dignes de protection.

2. Rapports entre les législations sur la protection des données (régime général) et les devoirs de confidentialité spéciaux

a. Rapports avec le régime de la LPD

1258 Lorsque la LPD est applicable, il y a concours imparfait entre le secret professionnel (art. 321 CP) et le secret de fonction (art. 320 CP) d'une part et le devoir de discrétion institué par l'article 35 LPD d'autre part[2040]. A la lumière des travaux préparatoires de la LPD, il a toujours été clair que l'article 35 LPD devait combler les lacunes qui résultaient du cercle restreint des professions astreintes au secret professionnel (art. 321 CP) ou au secret de fonction (art. 320 CP)[2041]. En raison de leur caractère spécial, les articles 321 et 320 CP l'emportent donc sur l'article 35 LPD, qui s'applique quant à lui seulement à titre subsidiaire[2042]. La prévalence des articles 321 et 320 CP s'explique notamment par le cercle spécifique des professions visées par ces dispositions ainsi que par le caractère particulièrement sensible des données traitées par celles-ci[2043]. Le champ d'application personnel de l'article 35 LPD se limite cependant aux personnes privées ou à celles qui agissent en qualité d'organe fédéral, mais pas aux personnes qui agissent pour le compte d'organes cantonaux (art. 2 al. 1 LPD)[2044].

2040 BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 73.

2041 Message LPD, FF 1988 II 421, 491 ; Message révision LPD, FF 2017 6565, 6717.

2042 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 17 ; BURGAT, *Le secret médical*, p. 248 ; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 49. Message LPD, FF 1988 II 421, 491 ; Message révision LPD, FF 2017 6565, 6717. Pour un résultat similaire, mais en invoquant un concours idéal imparfait ou apparent sous forme de consommation (*unechte Idealkonkurrenz in Form der Konsumtion*) et où la violation du devoir de discrétion serait comprise dans la violation du secret professionnel ou du secret de fonction : BSK DSG-ALEXANDER/MAEDER, art. 35 N 74 ; BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 74

2043 Message LPD, FF 1988 II 421, 491. En ce sens : BSK DSG-NIGGLI/MAEDER, art. 35 N 73 ss ; BELSER/NOUREDDINE, in : BELSER/EPINEY/WALDMANN, *Datenschutzrecht*, § 8 N 74.

2044 ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 35 N 3.

Cette manière de résoudre les concours entre les articles 35 LPD et 321 CP laisse subsister une anomalie du point de vue du motif justificatif du consentement. Sous l'angle de l'article 321 CP, qui impose un régime plus strict en vertu des intérêts spéciaux protégés par le secret professionnel, le consentement est admis sans exigence de forme. Il peut donc être valablement donné par écrit, mais aussi oralement, tacitement ou par actes concluants (*cf. supra* N 885 ss). A l'inverse, le régime instauré par la LPD, qui par principe est plus souple que celui imposé par le secret professionnel, exige que le consentement requis pour justifier une communication de données personnelles sensibles à un tiers soit donné de manière « *explicite* » (« *exprès* » selon la révision totale de la LPD ; *cf. supra* N 922). En d'autres termes, la règle générale et subsidiaire se révèle ici plus stricte que la règle spéciale[2045]. Comme la majorité des informations couvertes par le secret professionnel « *médical* » sont des données sensibles, faudrait-il alors exiger des professionnels soumis à l'article 321 CP qu'ils recueillent le consentement selon les exigences plus strictes posées par la LPD ? Cette solution doit à mon sens être rejetée. Les règles relatives aux concours d'infractions pénales conduisent à appliquer l'article 321 CP au détriment de l'article 35 LPD. Or, l'interprétation de l'article 321 CP est claire : le consentement au sens de cette disposition n'est soumis à aucune forme et c'est cette exigence formelle qui doit être retenue. C'est d'ailleurs l'interprétation qui s'adapte le mieux à la pratique médicale. Cette dernière met en jeu un nombre important de communications et l'exigence stricte de recueillir le consentement explicite ou exprès lors de chaque communication serait impossible à respecter[2046]. Une bonne partie de ces communications repose en effet sur le consentement tacite ou par actes concluants du patient et l'on peut difficilement se départir de ce mécanisme. La question devient épineuse lorsque les données sont traitées par des soignants qui ne sont pas soumis au secret professionnel selon l'article 321 CP, mais à titre principal par le régime de la LPD (ex. : ambulancier privé non considéré comme auxiliaire d'un professionnel soumis à l'article 321 CP). Dans ce contexte, certains auteurs préconisent d'abandonner le consentement (explicite ou exprès) comme « *règle d'or* » et de recourir plus largement au motif justificatif des intérêts prépondérants pour justifier le traitement de données médicales (art. 13 al. 2 LPD)[2047]. L'existence d'intérêts prépondérants ne saurait toutefois être invoquée pour 1259

2045 Pour BURGAT, *Télémédecine*, p. 233, « *Ce résultat semble aller à l'encontre de la volonté du législateur qui souhaitait conserver une distinction avec le statut particulier des professionnels de la santé visés par l'article 321 CP* » ; ROSENTHAL, *Handkommentar DSG*, art. 4 abs. 5 N 83 constate quant à lui qu'il n'est pas possible de déterminer si le législateur avait souhaité prévoir une règle plus stricte que celle prévue par le droit pénal.

2046 BURGAT, *Le secret médical*, p. 224.

2047 *Ibid*.

justifier la communication de données couvertes par le secret professionnel (art. 321 CP).

1260 Le secret institué par l'article 11 LAVI entre lui aussi en concours imparfait avec l'article 35 LPD et prévaut sur celui-ci en raison de son caractère spécial (cercle d'auteurs restreint et dérogations au secret plus étroites)[2048].

1261 Le concours entre une éventuelle norme pénale prévue par le droit cantonal sanitaire et l'article 35 LPD doit quant à lui être résolu en faveur de l'article 35 LPD (ex. : situation où le soignant privé est soumis au droit cantonal sanitaire sans pour autant être visé par un autre devoir spécial de confidentialité prévu par le droit fédéral, à l'instar de l'art. 321 CP)[2049]. L'argument selon lequel le droit cantonal serait spécial par rapport à la LPD parce qu'il viserait des professions de soins spécifiques n'est pas valide. Comme on l'a vu, une telle construction basée sur l'interprétation ne peut être développée que si le principe de primauté du droit fédéral et de hiérarchie des normes est respecté. Or, le principe de primauté du droit fédéral conduit ici à reconnaître la prévalence de l'article 35 LPD.

1262 Dans les faits, seuls les soignants qui exercent leurs activités pour le compte d'un organe public cantonal sont donc susceptibles d'être soumis à une obligation de confidentialité prévue par le droit cantonal sanitaire. Or, dans une telle situation, les professionnels revêtent en principe aussi le statut de fonctionnaire et doivent donc se conformer au secret de fonction (art. 320 CP). Il conviendra donc d'examiner dans quelle mesure le concours entre le secret de fonction et le droit cantonal sanitaire laisse de l'espace pour l'application d'une disposition pénale de droit cantonal sanitaire (*cf. infra* N 1315 ss).

1263 La licéité des communications effectuées par des soignants privés qui ne sont pas soumis à une obligation spéciale de confidentialité imposée par le droit fédéral (ex. : art. 321 CP) s'examine donc en premier lieu à la lumière des règles de la LPD (art. 12 et 13 LPD notamment), et non à celle du droit cantonal sanitaire. Ce dernier peut toutefois constituer une base légale valable pour justifier un traitement de données personnelles qui causerait une atteinte à la personnalité (art. 13 al. 1 LPD).

1264 L'application prioritaire de la LPD sur le droit cantonal sanitaire a par ailleurs pour conséquence d'écarter la procédure de levée du secret professionnel prévue par le droit cantonal sanitaire pour les soignants privés (les soignants privés astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP doivent quant à eux se faire délier du secret par l'autorité en vertu de cette disposition et non du droit cantonal sanitaire). Pour autant qu'aucune norme spéciale de

2048 WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 147.

2049 BURGAT, *Le secret médical*, p. 248.

droit fédéral ne trouve application (ex. : art. 321 CP, art. 11 LAVI), le régime général de la LPD s'applique et les communications de données sensibles peuvent par exemple être justifiées par l'existence d'un intérêt privé ou public prépondérant. Dans ce type de configuration, la procédure de levée du secret ne peut pas non plus être imposée par le biais du droit disciplinaire cantonal puisque le droit cantonal empièterait alors sur le droit fédéral.

1265 Les développements qui précèdent s'appliquent aussi pour le devoir de discrétion qui figurera dans la LPD révisée (art. 62 n-LPD).

b. Rapports avec le régime du droit cantonal de la protection des données

1266 Lorsque le droit cantonal de la protection des données trouve application, les règles relatives à la communication d'informations qu'il préconise doivent céder le pas face aux devoirs spéciaux institués par le secret professionnel (art. 321 CP), l'article 11 LAVI ou le droit cantonal sanitaire. Ces dispositions tirent alternativement leur priorité du principe de primauté du droit fédéral (art. 321 CP, art. 11 LAVI) ou du principe de spécialité (droit cantonal sanitaire visant un cercle de professions spécifiques).

1267 La relation entre le secret de fonction (art. 320 CP) et le droit cantonal de la protection des données est plus subtile puisque ce dernier s'applique en principe essentiellement aux données personnelles traitées par des fonctionnaires cantonaux. Les deux types de normes s'appliquent donc à des destinataires similaires. Comme le secret de fonction ne doit pas être spécifiquement imposé par une norme (*cf. infra* N 534 ss), il faut partir du principe que l'article 320 CP permet de punir les révélations à des tiers qui auraient été commises par des fonctionnaires de manière contraire aux règles imposées par le droit cantonal de la protection des données. A l'inverse, les règles du droit cantonal de la protection des données qui autorisent les fonctionnaires à communiquer des informations permettent de déroger valablement au secret de fonction[2050]. L'article 320 CP et le droit cantonal de la protection des données s'appliquent donc de manière cumulative.

c. Constat intermédiaire

1268 Dans la présente section, l'accent a jusqu'ici été mis sur l'identification des devoirs spéciaux de confidentialité par rapport aux législations sur la protection des données fédérale et cantonales. Selon mes constatations, les articles 321 CP, 320 CP et 11 LAVI sont des dispositions spéciales par rapport à l'article 35 LPD. Ce dernier prévaut toutefois sur d'éventuelles dispositions pénales de droit cantonal sanitaire. Par ailleurs, lorsque le droit cantonal de la protection

2050 En ce sens : BLÖCHLINGER, *Amtsgeheimnis und Behördenkooperation*, p. 28.

des données trouve application, celui-ci est supplanté par l'article 11 LAVI ainsi que par les dispositions pertinentes de droit cantonal sanitaires. Le droit cantonal de la protection des données s'applique toutefois en cumul avec le secret de fonction (art. 320 CP).

1269 L'application d'un devoir de confidentialité spécial (ou de plusieurs d'entre eux) n'a toutefois pas pour effet d'écarter purement et simplement la législation sur la protection des données applicable. Le devoir spécial y déroge seulement dans la mesure de son champ d'application. Par exemple, l'article 321 CP se limite à déterminer à quelles conditions un des professionnels visés par cette norme peut ou doit communiquer à un tiers une information couverte par le secret. Pour le reste et conformément au principe de conciliation des normes, la législation sur la protection des données applicable « *complète* », de manière subsidiaire, les règles en matière de communication. Cela se traduit notamment par l'application « *concurrente* » des principes généraux de la protection des données pour chaque communication. Ainsi, l'étendue et la manière de procéder à une communication d'informations couvertes par le secret au sens de l'article 321 CP doivent par exemple répondre aux exigences de proportionnalité (seules les informations nécessaires pour atteindre le but visé par la communication autorisée peuvent être communiquées) et de sécurité (la communication doit être opérée selon des modalités techniques et organisationnelles qui empêchent les tiers non autorisés de prendre connaissance de l'information communiquée) imposées par la législation sur la protection des données.

1270 Les articulations entre la législation sur la protection des données et le devoir spécial de confidentialité ne sont pas toujours limpides. Dans certains cas, on peut en effet se demander si les législations sur la protection des données permettent de déroger à un devoir spécial de confidentialité. Comme examiné, la question se pose par exemple pour déterminer si les exigences du consentement explicite (ou exprès) imposé par la LPD pour le traitement de données sensibles doit s'appliquer à l'article 321 CP, qui ne prévoit quant à lui aucune forme particulière. Cette question doit en l'occurrence être tranchée par la négative. Une question similaire se pose par exemple pour déterminer si l'on peut s'appuyer sur l'article 10*a* LPD (conditions pour la sous-traitance de données personnelles) pour déroger au secret professionnel (art. 321 CP). Cette dernière question fera l'objet d'un examen spécifique (*cf. infra* N 1367).

1271 Enfin, il faut encore préciser que certains soignants ne sont soumis à aucun devoir spécial de confidentialité. Dans ce cas, les traitements de données personnelles effectués par ces soignants sont exclusivement régis par le droit général de la protection des données applicable.

C. Concours entre devoirs spéciaux de confidentialité

L'analyse menée jusqu'ici montre que plusieurs devoirs spéciaux de confidentialité peuvent s'appliquer à une même situation. On se trouve alors en présence d'un concours de normes. Ainsi, un médecin travaillant dans un centre LAVI détenu par l'Etat pourrait potentiellement être soumis au secret professionnel (art. 321 CP), au secret de fonction (art. 320 CP), au secret LAVI (art. 11 LAVI) et au secret imposé par le droit cantonal sanitaire. 1272

Comme les différents devoirs spéciaux de confidentialité sont soumis à des limites différentes (dérogations légales, modalités de levée du secret, etc.), il est essentiel de déterminer quel devoir spécial de confidentialité doit être appliqué en priorité sur les autres. La présente section offre une proposition de résolution des principaux concours de devoirs spéciaux. 1273

1. Secret professionnel (art. 321 CP) et secret de fonction (art. 320 CP)

Le concours entre les articles 321 CP et 320 CP est certainement celui qui a fait couler le plus d'encre. Sont ici visés les professionnels astreints au secret professionnel (art. 321 CP) et dont l'activité s'inscrit dans l'accomplissement d'une tâche publique, c'est-à-dire ceux qui répondent à la définition de fonctionnaire selon l'article 110 ch. 3 CP. Il s'agit souvent des professionnels exerçant leur activité dans un établissement médico-hospitalier public, mais la question se pose aussi pour les professionnels qui reçoivent un mandat de la part d'une autorité publique (ex. : médecin ou infirmier scolaire). Il faut alors déterminer si le soignant est astreint au secret professionnel, au secret de fonction ou aux deux secrets et, le cas échéant, selon quelles modalités. 1274

a. Revue de jurisprudence et doctrine

(i) Jurisprudence

Le Tribunal fédéral n'a jamais formellement tranché la question du concours imparfait entre les articles 320 et 321 CP, à tout le moins pas d'une manière qui soit généralisable[2051]. 1275

Dans un premier arrêt rendu en 1992, le Tribunal fédéral avait été saisi par une patiente atteinte de troubles psychiatriques qui avait été internée à plusieurs reprises (procédure selon l'ancien droit de la protection de l'adulte) et qui contestait la légalité de l'un de ses internements. Elle estimait que les documents relatifs aux autres séjours ne pouvaient pas être produits dans la procédure au motif qu'ils étaient couverts par le secret professionnel. Sur ce 1276

2051 Du même avis : CUENAT, RJJ 2017, p. 18.

point le Tribunal fédéral a jugé que « *Les internements et les traitements concernés n'étaient pas fondés sur une relation de mandat de droit privé. Les médecins* [...] *agissaient au contraire dans l'exercice d'une fonction publique et en exécution de prérogatives étatiques* [...]. *Ils n'étaient donc pas soumis au secret professionnel mais seulement au secret de fonction (art. 320 CP) dont ils ont été relevés lorsque le Conseil d'Etat du canton de Zurich a, en sa qualité d'autorité hiérarchique supérieure, produit les documents déterminants dans la procédure* »[2052]. Une partie de la doctrine s'est appuyée sur cet arrêt pour affirmer que les médecins employés par un hôpital public étaient exclusivement soumis au secret de fonction et non au secret professionnel[2053]. Une telle interprétation est toutefois difficilement soutenable. Dans l'affaire jugée, le Tribunal fédéral se fonde en effet bien plus sur la relation de nature publique qui avait été créée entre la patiente internée et les médecins que sur le statut public ou privé du fonctionnaire. De cette manière, on ne peut pas déduire de cet arrêt que les soignants qui exercent leur fonction dans un hôpital public sont soumis exclusivement au secret de fonction[2054].

1277 En 2003, en examinant la recevabilité d'un recours, le Tribunal fédéral a laconiquement affirmé que la divulgation des noms des patients concernait la relation médecin-patient et que cette dernière était en principe soumise au secret médical au sens de l'article 321 CP afin de protéger le patient[2055].

1278 Dans un autre arrêt de 2007, le Tribunal fédéral a été saisi par un patient qui accusait le médecin d'un hôpital public de violation du secret de fonction au motif qu'il aurait transmis un diagnostic erroné à un confrère en Italie. Notre Haute Cour a affirmé que « *En l'espèce, il est incontesté que le rapport en cause a été établi et transmis par des médecins agissant comme employés d'un hôpital public. Cela ressort notamment du fait que le recourant invoque la violation du secret de fonction de l'art. 320 CP, non pas celle du secret professionnel prévue à l'art. 321 CP. En conséquence, l'éventuelle créance qu'il pourrait avoir contre le dénoncé relèverait du droit public cantonal* »[2056]. Encore une fois, j'estime qu'il n'est pas possible de tirer une conclusion généralisable de cet arrêt, où le Tribunal fédéral se contente de s'appuyer sur l'argumentation du recourant sans trancher sur le fond la question de savoir si l'article 320 CP doit ou non s'appliquer.

2052 ATF 118 II 254, JdT 1996 I 259 c. 1b.

2053 CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 48.

2054 DUMOULIN, RSDS 2004, p. 25 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 18.

2055 Arrêt du TF 1P.433/2003 du 1er octobre 2003 c. 2.2.

2056 Arrêt du TF 6S.543/2006 du 20 février 2007 c. 3.

Enfin, dans un quatrième arrêt rendu en 2012, le Tribunal fédéral a au contraire constaté que le médecin-chef d'un hôpital public était soumis au secret professionnel selon l'article 321 CP. Il a délibérément renoncé à trancher la question de savoir si le médecin-chef était aussi soumis au secret de fonction, car cette question n'était pas déterminante pour le sort de l'affaire[2057]. 1279

Quant à la jurisprudence cantonale, elle n'apporte pas non plus de solution uniforme : 1280

— Dans un arrêt assez ancien de 1976, le *Verwaltungsgericht* zurichois a jugé que le médecin qui était également fonctionnaire de la ville de Zurich était soumis à la fois au secret de fonction et au secret professionnel.
— Vingt ans plus tard, en 1996, le *Kassationsgericht* zurichois a renversé la jurisprudence de 1976 et estimé qu'il fallait au contraire appliquer alternativement le secret professionnel ou le secret de fonction selon le type d'activité exercée par le médecin, à savoir une activité médico-thérapeutique ou une activité administrative[2058].
— Dans un arrêt de 1983, l'*Obergericht* argovien a semblé opérer une distinction basée sur le statut public ou privé du médecin pour lui appliquer alternativement le secret de fonction ou le secret professionnel. Il a en tout état de cause considéré que les médecins employés par l'hôpital cantonal d'Aarau étaient soumis au secret de fonction[2059].
— A Saint-Gall, le *Kantonsgericht* a jugé en 2006 qu'un médecin qui exécutait une expertise judiciaire était tenu à la fois au secret de fonction et au secret professionnel. S'il souhaitait communiquer l'expertise à une autorité tierce, il devait donc se faire délier des deux secrets par les deux autorités compétentes[2060].
— On mentionnera enfin deux arrêts genevois plutôt originaux. Dans un premier arrêt rendu en 1999, le Tribunal administratif de Genève s'est prononcé sur la levée du secret professionnel, respectivement du secret de fonction, d'un professionnel de la santé en vue d'éclaircir des faits en lien avec une affaire de dopage. Il a d'abord constaté que le patient, même s'il avait été hospitalisé en tant que patient privé, avait été pris en charge au CHUV par des médecins agissant dans le cadre du droit public et que ces derniers revêtaient donc la qualité de fonctionnaires. Ils étaient donc soumis au secret de fonction. Puis, le Tribunal administratif genevois a

2057 Arrêt du TF 2C_361/2012 du 19 septembre 2012 c. 2.3.

2058 Arrêt du Kassationsgericht de Zurich du 17 juin 1996, ZR 96/1997 89 c. 2.

2059 Arrêt de l'Obergericht argovien du 15 décembre 1983, RSJ/SJZ 1985 81/1985 146 c. 1.

2060 Arrêt du Kantonsgericht de St-Gall du 20 janvier 2006, GVP (SG) 2006 N 75 239 s.

expliqué de manière peu claire, voire hésitante que : « *A l'égard de médecins fonctionnaires déjà liés par leur secret professionnel, le secret de fonction n'a de portée qu'en tant qu'il concerne l'activité de l'hôpital lui-même et non pas celle de chacun des membres du personnel soignant : le but du secret de fonction est alors de garantir le secret médical dans la situation particulière d'un ensemble hospitalier. Il s'agira notamment de tenir compte du fait que le patient d'un hôpital est amené à accorder tacitement au médecin qui s'occupe de lui l'autorisation de communiquer les éléments de son dossier à ses collègues* [...] *; on conçoit mal dans ces circonstances que l'un de ces collègues puisse rompre seul un secret médical qu'il ne fait en quelque sorte que partager avec les autres médecins.* [...] *Cela étant, on doit voir en l'occurrence une sorte de subordination du secret de fonction, qui ne peut être levé si le secret médical ne l'a pas été lui-même auparavant ; on peut se dispenser de trancher ici la question de savoir si tous les membres de la chaîne soignante ou seulement l'un ou certains d'entre eux devraient être libérés du secret professionnel avant que ne puisse être envisagée une levée du secret de fonction* »[2061]. Dans cet arrêt, le Tribunal administratif genevois semble donc retenir à la fois une application concomitante du secret professionnel et du secret de fonction (concours idéal) tout en donnant la priorité au secret professionnel.

— Dans un second arrêt genevois de 2019[2062], la Cour de Justice était amenée à déterminer si un chirurgien qui avait publié un livre contenant des informations personnelles sur un de ses patients avait ou non violé le secret de fonction. Le patient avait retiré sa plainte pour violation du secret professionnel et le médecin invoquait devant la Cour de Justice que le secret de fonction ne s'appliquait qu'aux informations relatives à la bonne marche de l'établissement. Le Ministère public soutenait quant à lui que chaque médecin engagé aux HUG était soumis à la fois au secret médical et au secret de fonction. Pour trancher la question, la Cour de Justice s'est exclusivement basée sur les définitions du secret professionnel et du secret de fonction inscrites dans le droit cantonal genevois (droit cantonal de la fonction publique et droit cantonal sanitaire) pour parvenir à la conclusion suivante : « *Le législateur genevois a expressément prévu que le spectre du secret de fonction s'étendait également aux éléments protégés par le secret médical ("sans préjudice de" ; art. 9 LEPM). En droit genevois, secret de fonction et secret médical peuvent donc se superposer et les dispositions pénales les protégeant s'appliquer en concours idéal.*

2061 Arrêt du Tribunal administratif genevois du 28 mai 1999, 99/0017, RDAF I 2000 117 c. 5.

2062 Arrêt de la Cour de Justice genevoise du 7 novembre 2019, AARP/391/2019.

Aussi, le secret de fonction applicable aux médecins employés par les HUG couvre "toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions", soit tant les données médicales qu'administratives »[2063].

A ce jour et en l'absence d'une véritable décision de fond rendue par le Tribunal fédéral, la jurisprudence ne permet pas de tirer une conclusion ferme sur la solution à adopter pour résoudre le concours entre les articles 320 et 321 CP. Les solutions proposées par le Tribunal fédéral et les autorités judiciaires cantonales se démarquent au contraire par leur grande variété : application exclusive du secret de fonction, concours idéal entre les deux secrets, application alternative des deux secrets, application du secret professionnel… 1281

(ii) Doctrine

Les solutions proposées par la doctrine se distinguent elles aussi par leur diversité. Les principales positions soutenues peuvent être synthétisées ainsi : 1282

— Un premier groupe d'auteurs essentiellement romands[2064] adopte le critère de la *nature de l'information* confidentielle pour distinguer le secret professionnel du secret de fonction. Le soignant fonctionnaire serait soumis au secret professionnel pour l'ensemble des informations relatives au patient, en particulier les informations contenues dans le dossier médical. Le secret de fonction s'appliquerait quant à lui aux informations de nature administrative, en particulier celles relatives au bon fonctionnement de l'établissement.
— Un second groupe d'auteurs, essentiellement alémaniques, opère la distinction sur la base de l'orientation de l'*activité* du soignant. Un soignant est ainsi alternativement soumis au secret professionnel ou au secret de fonction selon que la révélation a trait à la position de soignant ou de fonctionnaire[2065]. A cet égard, Russek précise que seules sont soumises

2063 Arrêt de la Cour de Justice genevoise du 7 novembre 2019, AARP/391/2019 c. 2.4.2. L'article 9 al. 1 de la Loi genevoise sur les établissements publics médicaux, RS-GE K 2 05, est énoncé ainsi : « *Le conseil d'administration, le directeur général et le personnel des établissements sont soumis au secret de fonction, sans préjudice de leur soumission, pour ceux qui y sont tenus, au secret professionnel institué par l'article 321 du code pénal.* »

2064 En ce sens : BURKHARDT S. ET AL., *Secret professionnel : généralités*, p. 329 ; BURGAT, *Télémédecine*, p. 232 ; BURGAT, *Le secret médical*, p. 232 ; CUENAT, RJJ 2017, p. 19, qui prône quant à lui une application large de l'art. 321 CP et réserve l'application du secret de fonction à de rares cas ; DUMOULIN, RSDS 2004, p. 25 ; GUILLOD, *Le secret médical, aujourd'hui*, p. 53 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 221 ; MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2047 ; CR CP II-VERNIORY, art. 320 N 320 N 57, qui réserve l'application exclusive de l'art. 320 CP aux experts judiciaires.

2065 BERNHEIM, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970, p. 191 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 109 ss ; RUCKSTUHL,

au secret de fonction les informations que le soignant a reçues en sa qualité expresse de fonctionnaire (condition *sine qua non*), les autres informations étant couvertes par le secret professionnel[2066].

— Un troisième groupe d'auteurs préconise d'appliquer exclusivement le secret de fonction, de telle sorte à évincer l'article 321 CP[2067]. Cette distinction repose donc essentiellement sur le critère du *statut de fonctionnaire* du soignant, même si les auteurs concernés opèrent plutôt une distinction entre « *médecin public* » et « *médecin privé* ». Or, comme on l'a vu, cette nuance n'est pas anodine dans la mesure où le champ d'application du statut de fonctionnaire (art. 110 ch. 3 CP) vise aussi les fonctionnaires au sens fonctionnel et qu'il peut donc aussi s'appliquer à des personnes privées.

— Un quatrième groupe d'auteurs préconise une solution plus rarement soutenue selon laquelle le secret professionnel et le secret de fonction s'appliquent cumulativement, en concours idéal[2068].

— Enfin, un cinquième groupe d'auteurs préconise une solution hybride, qui tend dans les faits à procéder à une première distinction entre « *fonctionnaires au sens étroit* » et « *fonctionnaires au sens fonctionnel* »[2069]. Ainsi, les professionnels dont les activités consistent à accomplir une tâche publique sont soumis au secret de fonction. Il s'agit notamment des médecins cantonaux ou des collaborateurs de médecine légale, mais aussi des médecins privés qui accomplissent une tâche publique (ex. : médecin d'arrondissement, expert médical judiciaire). Pour sa part, le personnel médical qui exerce dans les services publics de santé (ex. : hôpitaux cantonaux ou communaux) est soumis alternativement au secret professionnel ou au secret de fonction selon que le secret a trait à des activités administratives ou thérapeutiques.

Art. 321bis StGb, p. 88, avec une tendance à reconnaître assez facilement le statut de fonctionnaire (ex. : médecins impliqués dans les traitements forcés, médecins scolaires volontaires) ; RUSSEK, *Das ärzltiche Berufsgeheimnis*, p. 58 ; SCHÄFER, *Aerztliche Schweigepflicht*, p. 38.

2066 RUSSEK, *Das ärzltiche Berufsgeheimnis*, p. 58.

2067 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 121 ss, 132 s; CORBOZ, *Infractions*, art. 320 N 48 ; FILLI, BJM 1987, p. 61 ; NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 241 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 320 N 7, qui retient le critère des rapports publics ou des rapports de services ; STRATENWERTH/BOMMER, *Strafrecht. Bd. II*, § 61 N 14. D'un avis apparemment similaire : CommFam Protection de l'adulte/STECK, art. 443 CC N 20.

2068 RÖTHLISBERGER, RDAF 1982, p. 338 ; SCHULTZ, Kriminalistik 1979, p. 373.

2069 AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 459 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 100, qui semble toutefois retenir une application cumulative et non alternative des deux secrets pour les soignants des services de santé publique ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 320.

Si les avis divergent sur la question, on constate toutefois une tendance à vouloir appliquer de manière distincte le secret professionnel ou le secret de fonction selon que l'information concernée ou l'activité exercée est de nature médicale ou purement administrative. Les partisans de l'application exclusive du secret de fonction sont plus rares et, mis à part BRÜHWILER-FRÉSEY[2070], aucun d'entre eux n'a exposé de manière circonstanciée pourquoi cette solution devait être préférée.

b. Proposition de résolution

(i) Identification du type de concours

1283 La première question à résoudre est celle de déterminer si les articles 320 et 321 CP, en tant que normes pénales, peuvent ou doivent être appliqués cumulativement (concours idéal, art. 49 CP) ou si l'application d'une des deux normes conduit à exclure l'application de l'autre (concours imparfait).

1284 Le concours idéal entre les articles 320 et 321 CP est rarement soutenu en doctrine et n'a jamais été retenu par la jurisprudence fédérale. Tout au plus a-t-il été appliqué par certaines juridictions cantonales, en particulier les juridictions genevoises.

1285 Les difficultés liées à l'application cumulative des deux dispositions a principalement trait aux limites divergentes des deux secrets. Les difficultés les plus notables peuvent être résumées de la manière qui suit.

1286 Le consentement de la personne intéressée à la levée du secret de fonction est admis par la doctrine à des conditions restrictives (absence d'intérêt public autonome notamment, *cf. supra* N 896 ss) alors qu'il est expressément prévu par l'article 321 CP et qu'il sert à justifier une grande partie des communications dans le domaine médical. Si l'on exigeait le double consentement du patient, le « *soignant-fonctionnaire* » devrait alors se soumettre au délicat exercice de déterminer dans chaque cas particulier si les informations concernées touchent de manière clairement prépondérante la sphère privée du patient et s'il n'existe pas d'intérêt public autonome qui empêcherait la communication. Le double examen des conditions formelles du consentement au sens des articles 320 et 321 CP rendrait l'exercice de la pratique médicale difficile, voire impossible.

1287 Le soignant d'un établissement médico-hospitalier de droit public qui souhaiterait être délié du secret médical devrait systématiquement obtenir la levée du secret (ou plutôt des secrets) auprès des deux autorités compétentes au sens des articles 320 ch. 2 et 321 ch. 2 CP. Outre les aspects négatifs liés à la lourdeur d'une telle procédure, on distingue mal comment justifier

2070 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 121 ss.

que l'autorité chargée de lever le secret de fonction puisse s'opposer à la levée lorsque les informations concernent essentiellement la santé du patient[2071]. Pour résoudre cette question dans le cadre des témoignages judiciaires, l'article 19 al. 1 de la loi vaudoise sur l'information énonce que : « *Les collaborateurs de la fonction publique ne peuvent déposer en justice comme partie, témoin ou expert sur des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction qu'avec l'autorisation écrite de l'autorité que désignera le Conseil d'Etat. Une telle autorisation n'est toutefois pas nécessaire aux médecins et autres professionnels de santé employés des établissements sanitaires publics lorsqu'ils sont sollicités par leurs patients de témoigner sur des aspects qui concernent personnellement ces derniers* »[2072]. Si l'intention doit être saluée, la portée de cette disposition est limitée tant matériellement (témoignages judiciaires) que territorialement (Vaud).

1288 Enfin, on soulignera les difficultés liées à l'application cumulative des dérogations légales au secret professionnel et au secret de fonction (*cf. supra* N 1021 ss et N 1158 ss). L'application cumulative des deux normes pourrait en effet conduire à des *conflits de devoirs*. Pour prendre un exemple parmi d'autres, les obligations de signaler les infractions pénales prévues par le droit cantonal sont généralement énoncées de manière beaucoup plus large à l'égard des fonctionnaires qu'à l'égard des soignants. A considérer que le « *soignant-fonctionnaire* » soit astreint à la fois au secret professionnel et au secret de fonction, il se trouverait confronté au choix impossible de violer son secret de fonction pour respecter le secret professionnel ou de violer son secret professionnel pour respecter son secret de fonction[2073].

1289 Pour les raisons qui précèdent, il convient d'écarter le concours idéal entre les articles 320 et 321 CP et admettre l'existence d'un concours imparfait d'infractions. Il faut donc déterminer dans quelle mesure l'une des deux normes l'emporte sur l'autre. Cette question doit être résolue par le biais de l'interprétation.

(ii) Interprétation

1290 Les deux normes ont été adoptées en même temps (adoption du code pénal) et se trouvent côte à côte dans le code pénal. Le recours aux principes généraux

2071 C'est peut-être pour cette raison que les tribunaux genevois avaient décrété la priorité de la levée du secret professionnel sur celle du secret de fonction : arrêt du Tribunal administratif genevois du 28 mai 1999, 99/0017, RDAF I 2000 117 c. 5.

2072 Loi sur l'information, RS-VD 170.21.

2073 Notons que le professionnel soumis à l'obligation de dénoncer une infraction pourrait requérir la levée du secret professionnel auprès de l'autorité de levée du secret professionnel compétente, mais cette dernière pourrait très bien refuser de lever le secret professionnel.

« *lex posterior derogat legi priori* » et « *lex superior derogat inferiori* » peut donc d'emblée être écarté pour l'interprétation.

1291 Pour résoudre le concours imparfait entre les articles 320 et 321 CP, il faut déterminer si l'une des deux normes peut être considérée comme « *spéciale* » ou « *subsidiaire* » par rapport à l'autre.

1292 Les deux dispositions ont un champ d'application *partiellement commun*. En d'autres termes, certains fonctionnaires ne sont pas astreints au secret professionnel et inversement. Entre les deux se trouve un groupe de professionnels astreints à la fois au secret professionnel et au secret de fonction. En pratique, comme on l'a vu, ce champ d'application commun peut être particulièrement large. L'application stricte de la notion de « *fonctionnaire* » (art. 110 ch. 3 CP) conduit en effet à reconnaître le statut de fonctionnaire à de nombreux soignants, qu'il s'agisse de médecins de l'administration au sens étroit, du personnel engagé par l'Etat pour assurer de manière durable des missions thérapeutiques ou de surveillance, des soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers de droit public ou encore des soignants privés accomplissant occasionnellement des tâches de droit public (sur cette question, *cf. supra* N 515 ss).

1293 L'existence d'un *chevauchement* entre les articles 320 et 321 CP ne permet pas de conclure à la spécialité d'une des deux normes au motif que son champ d'application serait entièrement englobé par le champ d'application de l'autre norme.

1294 Il semble par ailleurs difficile de déterminer le caractère spécial ou subsidiaire d'une des deux normes sur la base du caractère allégé de l'une d'elles (les peines sont similaires), du caractère simple ou composé de l'infraction, d'une indication expresse de la loi, du degré de réalisation de l'infraction, de l'intensité de l'atteinte au bien juridique protégé ou de l'intensité du préjudice réalisé. On pourrait éventuellement arguer du fait que la violation du secret de fonction est poursuivie d'office et qu'elle devrait être considérée comme une infraction plus grave, mais cet argument peine à convaincre. Si la violation du secret professionnel est poursuivie sur plainte, ce n'est pas parce qu'elle serait considérée comme moins grave, mais plutôt pour permettre à la victime de décider si elle souhaite ou non que l'affaire concernant ses données intimes fasse l'objet d'une procédure judiciaire potentiellement publique.

1295 L'*interprétation littérale* des deux dispositions apporte un premier indice de la spécialité du secret professionnel par rapport au secret de fonction. Comme l'explique RUCKSTUHL[2074], l'article 320 CP a pour objet les secrets confiés à un fonctionnaire « *en sa qualité de membre d'une autorité ou de*

2074 RUCKSTUHL, *Art. 321bis StGb*, p. 81 s.

fonctionnaire » alors que l'article 321 CP vise les secrets confiés aux professionnels visés par cette disposition « *en vertu de leur profession* ». Or, dans les faits, le patient qui se rend dans un hôpital public ne confie pas ses informations à un fonctionnaire, mais bien à un soignant. On peut donc déduire du texte de la loi un premier indice en faveur d'une distinction basée sur la *qualité* du confident.

1296 L'*interprétation historique* des articles 320 et 321 CP apporte peu d'éléments utiles. Tout au plus peut-on noter que le législateur fédéral n'a jamais émis l'idée que les soignants d'hôpitaux publics seraient exclus du champ d'application de l'article 321 CP.

1297 L'*interprétation systématique* offre quant à elle des indices en faveur d'une spécialité de l'article 321 CP. Cela transparaît notamment au travers de la lettre de certaines dérogations légales au secret professionnel. A titre d'exemple, l'article 314*c* énonce que les « *personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal* » peuvent aviser (faculté) l'autorité lorsque l'intérêt de l'enfant le justifie, alors que l'article 314*d* al. 1 ch. 2 prévoit que « *les personnes ayant connaissance d'un tel cas dans l'exercice de leur fonction officielle* » sont tenues d'aviser (obligation) l'autorité sous certaines conditions. De toute évidence, le renvoi de l'article 314*c* CC vise tous les professionnels astreints au secret professionnel et non pas seulement ceux qui ne seraient pas fonctionnaires. Les travaux préparatoires relatifs à ces deux dispositions confirment d'ailleurs ce point de vue : « *Il peut arriver qu'une personne soumise au secret professionnel en vertu du droit pénal agisse aussi dans le cadre d'une fonction officielle, comme c'est le cas des médecins des hôpitaux publics ou encore des psychologues scolaires, également soumis au secret professionnel depuis l'entrée en vigueur au 1er avril 2013 de la loi du 18 mars 2011 sur les professions de la psychologie (LPsy) (art. 321, ch. 1, CP). Ces personnes auront un droit d'aviser l'autorité, et non une obligation au sens de l'art. 314d. Il serait en effet contre-productif que les mineurs ayant besoin d'aide ne puissent plus se confier à la personne compétente* »[2075].

1298 Enfin, l'*interprétation téléologique* plaide également en faveur d'une spécialité de l'article 321 CP sur l'article 320 CP. Comme je l'ai exposé (*cf. supra* N 240 ss), le secret professionnel (médical) tend à préserver les intérêts individuels à la *santé du patient* et à la protection de sa sphère intime ainsi que l'intérêt public à la *santé publique* qui se traduit en l'occurrence par la nécessité de préserver la confiance du public envers les professions médicales. Cette protection n'est en aucune manière altérée par le fait que l'activité de soins est accomplie en vue de remplir une tâche publique ou non. Quant au secret de fonction, il protège l'intérêt public au bon fonctionnement de l'activité étatique et l'intérêt à la protection de la sphère privée des particuliers.

2075 Message protection de l'enfant, FF 2015 3111, 3134.

La protection du secret de fonction n'est donc pas spécifiquement liée à la santé. Cette comparaison plaide donc pour une spécialité de l'article 321 CP par rapport à l'article 320 CP, à tout le moins lorsque l'information et l'activité concernées sont en lien avec la pratique d'une *activité médicale*.

(iii) Discussion

Pour soutenir que le secret de fonction l'emporte sur le secret professionnel, 1299
BRÜHWYLER-FRÉSEY avance notamment que les deux secrets protègent des intérêts aussi bien publics que privés et que le secret professionnel ne garantit guère à l'individu une protection des données plus efficace[2076]. Il préconise donc de recourir à une distinction qu'il qualifie de nette (« *sauber* ») entre le médecin fonctionnaire – soumis exclusivement au secret de fonction – et le médecin privé – soumis exclusivement au secret professionnel[2077]. Avec RUCKSTUHL[2078], j'estime que cette argumentation est critiquable, voire douteuse. La distinction entre fonctionnaire et non-fonctionnaire n'est pas toujours nette et pose souvent des questions d'interprétation. Tel est le cas lorsqu'un médecin « *privé* » remplit une tâche publique (ex. : le médecin d'une clinique privée qui assume un mandat de prestations attribué par le canton). Par ailleurs, comme on l'a vu, les intérêts protégés par le secret de fonction et le secret professionnel *peuvent* se recouper, mais l'interprétation des deux dispositions conduit à retenir que le secret professionnel médical protège des intérêts spéciaux par rapport au secret de fonction. Enfin, l'argumentation selon laquelle la protection conférée par le secret professionnel et celle conférée par le secret de fonction seraient comparables est, elle aussi, difficilement défendable. Il suffit d'examiner les dérogations légales applicables aux deux secrets pour constater des différences majeures en termes de communications imposées ou autorisées par la loi[2079].

L'argumentation de la Cour de Justice genevoise pour appliquer le secret 1300
de fonction à un soignant fonctionnaire qui avait révélé des informations relatives à un patient peine elle aussi à convaincre[2080]. Pour rappel, la Cour de Justice s'était principalement reposée sur une disposition de droit cantonal genevois pour parvenir à ce résultat. Selon la lettre de cette disposition, le personnel des établissements publics médicaux est soumis au secret de

2076 BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 131 ss.

2077 *Idem*, p. 132-133.

2078 RUCKSTUHL, *Art. 321bis StGb*, p. 81.

2079 Pour une mise en évidence, certes ancienne, des différences entre le secret professionnel et le secret de fonction : BERGER, Revue internationale de criminologie et de police technique 1970, p. 183 ss.

2080 Arrêt de la Cour de Justice genevoise du 7 novembre 2019, AARP/391/2019 c. 2.4.2.

fonction, sans préjudice de leur soumission, pour ceux qui y sont tenus, au secret professionnel institué par l'article 321 CP. Le raisonnement de la Cour de Justice apparaît critiquable sous l'angle du principe de primauté du droit fédéral. Même si la juridiction genevoise s'est limitée à constater la violation du secret de fonction dans un cas d'espèce, elle a dans les faits tranché la question du concours entre les deux dispositions de droit pénal fédéral que sont les articles 320 et 321 CP. Or, la problématique du concours entre deux normes de droit pénal fédéral ne peut en principe pas être résolue à la lumière du droit cantonal. A mon sens, le législateur cantonal peut tout au plus restreindre ou limiter la portée du secret de fonction, mais il ne saurait étendre son champ d'application dans une mesure que le droit fédéral n'autorise pas. Or, dans le cas jugé, le patient avait décidé de retirer sa plainte pour violation du secret professionnel. L'autorité genevoise aurait donc dû déterminer si le « *concours* » entre les articles 320 et 321 CP permettait de punir la révélation à la lumière du droit fédéral, et non s'appuyer sur le droit cantonal pour juger que les fonctionnaires sont de toute manière soumis au secret de fonction.

1301 La conclusion selon laquelle le secret professionnel doit prévaloir sur le secret de fonction se justifie d'ailleurs au regard du principe selon lequel les patients traités dans le secteur public doivent bénéficier des mêmes droits et garanties que ceux qui sont traités dans le secteur privé. A cet égard, le Tribunal fédéral avait affirmé que : « *il n'existe aucune raison pour que la liberté personnelle d'un patient admis dans un établissement hospitalier public soit restreinte dans une mesure plus étendue que ne l'est celle du patient soigné dans un établissement hospitalier privé* »[2081]. Cette jurisprudence a certes été rendue au sujet d'actes médicaux, mais rien n'empêche de l'appliquer en matière de secret médical également[2082]. Or, la solution qui consiste à appliquer le secret de fonction aux « *soignants fonctionnaires* » et le secret professionnel aux « *soignants non fonctionnaires* » aurait pour effet de créer des disparités difficilement justifiables entre les patients pris en charge dans un établissement public et ceux pris en charge par un soignant ou un établissement privé (autorités de levée du secret, dérogations légales au secret, admission du consentement, etc.). De telles distinctions doivent être écartées et il convient d'imposer le régime du secret professionnel aussi bien aux soignants privés qu'aux soignants qui exercent leur activité dans un établissement public[2083].

2081 ATF 111 Ia 231 c. 5 bb.

2082 Pour l'application de cet arrêt au secret médical : HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 222.

2083 En ce sens : HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 222 ; DUMOULIN, RSDS 2004, p. 25.

Toutefois, astreindre les soignants fonctionnaires au secret professionnel n'évince pas pour autant complètement le secret de fonction. Le secret de fonction protège en effet des intérêts propres qui n'ont pas de lien direct avec l'activité médicale. Comme on l'a vu, de nombreux auteurs préconisent ainsi de soumettre les soignants fonctionnaires au secret de fonction pour les informations de nature administrative, en particulier celles en lien avec le bon fonctionnement de l'établissement médico-hospitalier. Sur le principe, cette application alternative des deux secrets est justifiée. Les « *soignants fonctionnaires* » sont des fonctionnaires au même titre que les autres et l'Etat a un intérêt à ce que ses activités puissent être menées sereinement. En ce sens, le secret de fonction ne peut trouver application qu'à partir du moment où le secret professionnel cesse de déployer ses effets. 1302

Pour tracer la limite entre les deux secrets, deux critères peuvent être envisagés (*cf. supra* N 1282). Selon un premier critère possible, le secret professionnel couvrirait toutes les informations confiées au soignant *ès qualités* ou découvertes par celui-ci dans le cadre de son activité de soignant (critère de la nature de l'activité). De cette manière, le soignant serait soumis au secret professionnel pour les informations apprises parce qu'il est soignant et au secret de fonction pour les informations apprises parce qu'il est fonctionnaire. Selon un deuxième critère envisageable, le secret professionnel s'appliquerait aux professionnels visés par l'article 321 CP dans la mesure où les informations concerneraient des patients, qu'elles soient de nature médicale ou non. Les informations sans lien avec les patients tomberaient à l'inverse dans le champ de protection du secret de fonction, à la condition que l'article 320 CP trouve application (critère de la nature de l'information). 1303

L'interprétation littérale de l'article 321 CP conduirait à retenir le critère de la nature de l'activité (« *secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci* »). Les intérêts protégés par le secret professionnel pousseraient eux aussi à retenir ce critère, dans la mesure où l'on vise à protéger la relation de confiance entre le patient et son soignant. Pour des raisons liées à la sécurité du droit, j'estime toutefois préférable de retenir le critère de l'information. Il est en effet beaucoup plus aisé de déterminer si une information se trouve ou non en lien avec un patient que de déterminer si l'information a été confiée ou découverte par le soignant en sa qualité de soignant ou de fonctionnaire. Il faut donc admettre que le « *soignant fonctionnaire* » est soumis au secret professionnel à l'égard de toutes les informations en lien avec un patient. Quant au secret de fonction, son champ d'application se limite aux informations sans lien avec les patients, à l'instar de celles qui sont liées au bon fonctionnement de l'établissement, aux rapports de travail des soignants ou à l'attribution de mandats de prestations. 1304

1305 En cas de doute quant à la délimitation entre les deux secrets, il faut favoriser l'application du secret professionnel au détriment du secret de fonction. Cette manière de trancher est en effet celle qui protège au mieux les intérêts du secret médical.

1306 Le raisonnement qui précède a été essentiellement mené sous l'angle du régime applicable aux soignants actifs dans les établissements médico-hospitaliers de droit public qui revêtent la qualité de fonctionnaires. De mon point de vue, il s'applique de la même manière pour les soignants privés qui accomplissent régulièrement ou occasionnellement des tâches de droit public et qui revêtent donc le statut de fonctionnaires au sens fonctionnel (médecins scolaires, soignants impliqués dans un placement à des fins d'assistance, etc.)[2084]. Ces professionnels sont soumis de manière primaire au secret professionnel (art. 321 CP) pour toutes les informations qu'ils apprennent en lien avec leurs patients, même lorsque l'activité exercée n'est pas purement thérapeutique (ex. : santé scolaire). Quant au secret de fonction (art. 320 CP), il ne s'applique que dans la mesure où les informations ne concernent pas les « *patients* » (ex. : condition d'engagement, mandat). Comme la protection du secret professionnel est celle qui est la mieux adaptée pour garantir les intérêts protégés par le secret médical, son application se justifie d'autant plus au regard de la « *patientèle* » potentiellement concernée, qui se trouve souvent en position de faiblesse : élèves, personnes faisant l'objet d'une mesure de protection de l'adulte ou de refoulement hors des frontières, etc. Pour garantir la confiance de la population à l'égard des professions de soins, il est primordial que les personnes prises en charge par des soignants qui accomplissent une tâche publique bénéficient des mêmes droits et soient traitées de la même manière que si elles étaient traitées dans un contexte privé. Le fait d'astreindre au secret professionnel un soignant qui remplit une tâche publique ne l'empêche pas pour autant de communiquer avec l'autorité qui l'a mandaté. De telles communications doivent toutefois reposer sur un des motifs justificatifs prévus par l'article 321 CP, en particulier une base légale ou le consentement du patient.

1307 De la même manière, le concours imparfait d'infractions avec prévalence de l'article 321 CP offre une solution acceptable pour la question épineuse du régime applicable au personnel soignant d'une clinique privée qui accomplirait une tâche publique confiée par le canton (ex : mandat de prestations). Techniquement parlant, ce personnel répond en effet à la définition de fonc-

2084 *Contra* : ATF 118 II 254, JdT 1996 I 259 c. 1b, dans lequel le Tribunal fédéral avait estimé que « *Les internements et les traitements concernés n'étaient pas fondés sur une relation de mandat de droit privé. Les médecins* [...] *agissaient au contraire dans l'exercice d'une fonction publique et en exécution de prérogatives étatiques* [...]. *Ils n'étaient donc pas soumis au secret professionnel mais seulement au secret de fonction (art. 320 CP)* [...] ».

tionnaire au sens fonctionnel (art. 110 ch. 3 CP). En admettant la prévalence de l'article 321 CP, le secret professionnel s'appliquerait ainsi à la grande majorité des informations apprises par le personnel de la clinique dans le cadre de l'accomplissement du mandat de prestations et l'on éviterait d'appliquer deux régimes distincts (secret professionnel ou de fonction) selon l'activité accomplie dans la clinique privée. On contournerait par ailleurs la question complexe et pour le moins absurde qui consiste à déterminer si (et par qui) le soignant d'une clinique privée doit se faire délier du secret de fonction lorsqu'il entend communiquer à des tiers des informations en lien avec un patient pris en charge dans le cadre d'un mandat de prestations. Au final, le secret de fonction ne s'appliquerait alors qu'à titre exceptionnel, pour les informations en lien avec la conclusion du mandat de prestations par exemple.

1308 Enfin, bien que la présente étude se limite aux obligations de confidentialité des « *soignants* », on peut se questionner sur le régime applicable aux soignants qui agissent en qualité d'experts judiciaires. Ils n'exécutent pas de tâche thérapeutique puisque leur mission première consiste à établir des éléments de faits qui permettront à l'autorité d'étayer une décision qu'elle doit prendre en application du droit[2085]. La mission d'expertise relève essentiellement du droit public[2086]. Dans les faits, le soignant expert revêt simultanément la fonction d'auxiliaire de la justice et de professionnel de la santé. Dans cette situation particulière, je partage l'avis de GUILLOD selon lequel le médecin expert est simultanément soumis aux deux types de secrets et qu'il « *doit dès lors garder le secret sur les données de caractère médical ou personnel relatives à la personne expertisée, mais également sur toutes les informations relatives à la procédure en cours qu'il a été amené à connaître en raison de son intervention comme expert* »[2087]. Cette affirmation ne vaut toutefois que pour les informations médicales qui ont été versées à la procédure, ou qui ont à tout le moins été portées à la connaissance de l'autorité. Les informations excédentaires que le soignant expert a découvertes dans le cadre de son expertise sont exclusivement soumises au secret professionnel.

1309 La question est moins épineuse pour les soignants agissant à titre d'experts privés. En l'absence d'un rapport de droit public, ceux-ci ne sont pas

2085 GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 264.

2086 HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 26.

2087 GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 274 s. Voir aussi : LUPU, RFJ 2015/2, p. 133 ; MARTIN/GUILLOD, Bulletin des médecins suisses 2000, p. 2052, qui estiment que l'article 321 CP leur est applicable dans la mesure où cette disposition ne pose pas de conditions personnelles spéciales d'assujettissement et qu'elle n'opère pas de distinction entre médecin thérapeute et médecin expert. *Contra* : HERTIG PEA, *Protection des données*, N 635, qui retient pour sa part l'existence d'un concours imparfait entre les deux dispositions et préconise l'application du secret de fonction.

soumis au secret de fonction. Ils doivent cependant respecter le secret professionnel au sens de l'article 321 CP dans la mesure où ils exercent une activité médicale au sens large en leur qualité de médecin, même en l'absence d'un lien de confiance particulier.

c. Synthèse

1310 Le concours entre les articles 321 et 320 CP est une question controversée que le Tribunal fédéral n'a jamais tranchée de manière circonstanciée. La doctrine a quant à elle proposé des solutions variées. Parmi celles-ci, l'application exclusive du secret de fonction aux soignants fonctionnaires doit être rejetée. Les deux dispositions s'appliquent certes en concours imparfait, mais l'interprétation des deux dispositions conduit à reconnaître le caractère spécial du secret professionnel sur le secret de fonction. Les deux secrets s'appliquent donc en principe de manière alternative. Pour les délimiter, il convient d'appliquer le critère de la nature de l'information concernée. Si l'information en jeu 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'article 320 CP qui n'ont pas de lien avec un patient particulier (ex. : fonctionnement de l'établissement). En cas d'hésitation, il convient de favoriser l'application du secret professionnel de telle manière à sauvegarder les intérêts protégés par le secret médical. Le même raisonnement s'applique pour les soignants qui remplissent une tâche de droit public, à l'instar du personnel de médecine scolaire ou des soignants mandatés pour agir en exécution d'une mesure de protection de l'adulte. L'application cumulative du secret de fonction et du secret professionnel est admissible dans de rares cas (ex. : informations communiquées à l'autorité judiciaire par un soignant expert).

2. Droit cantonal sanitaire et droit pénal fédéral

1311 La plupart des législations cantonales sanitaires instituent des obligations de confidentialité à l'égard des soignants (*cf. supra* N 729 ss). Leur violation est parfois sanctionnée pénalement. Il faut alors déterminer comment ces dispositions de droit pénal cantonal s'articulent avec les dispositions de droit pénal fédéral.

1312 En application du principe de primauté du droit fédéral, les dispositions de droit pénal cantonal instituant une obligation de confidentialité à l'égard des soignants doivent tout d'abord céder le pas lorsqu'elles s'appliquent en concours avec l'article 321 CP.

1313 A défaut d'application de l'article 321 CP (professions concernées non visées par cette disposition, y compris les auxiliaires), le droit pénal cantonal doit également être écarté si les professions concernées sont exercées dans

le secteur privé. En effet, de telles dispositions se trouveraient en conflit avec le devoir de discrétion de l'article 35 LPD, qui les supplanterait en vertu du principe de primauté du droit fédéral lui aussi (sur ce point, *cf. supra* N 1261 ss).

1314 Le champ d'application personnel des dispositions pénales de droit cantonal sanitaire se limite par conséquent aux professionnels qui ne sont pas soumis à l'article 321 CP et qui exercent leur activité au service d'un organe de droit public cantonal (exclusion du champ d'application de la LPD et de son article 35).

1315 Se pose alors la question du concours entre la norme pénale prévue par le droit cantonal sanitaire et le secret de fonction (art. 320 CP). En principe, tous les professionnels qui exercent au service d'un organe de droit public cantonal répondent à la définition de fonctionnaire au sens de l'article 110 ch. 3 CP. Une première solution consisterait à considérer qu'à défaut d'appliquer l'article 321 CP, l'article 320 CP s'applique pleinement aux fonctionnaires, même lorsqu'ils sont soignants. Dans cette configuration, le droit fédéral, en tant que droit supérieur, évincerait alors complètement le droit pénal cantonal et ce dernier ne trouverait donc jamais application. Une seconde approche consisterait à limiter la portée de l'article 320 CP de la même manière que lorsque cette disposition se trouve en concours avec l'article 321 CP. En d'autres termes, le secret de fonction ne s'appliquerait aux soignants que dans la mesure où les informations qu'il couvre ne concernent pas un patient. Le droit pénal cantonal trouverait alors application pour sanctionner la violation des informations concernant les patients.

1316 Je suis d'avis qu'il faut soutenir la seconde solution, soit celle selon laquelle le droit pénal cantonal s'applique aux soignants qui ne sont pas visés par l'article 321 CP et qui accomplissent leurs tâches au service d'un établissement de droit public cantonal. De cette manière, on évite en effet la situation dans laquelle des soignants seraient soumis exclusivement au secret de fonction sous l'angle pénal, avec tous les inconvénients que cela impliquerait (modalités du consentement discutables, levée du secret exclusivement par l'autorité hiérarchique supérieure et non par l'autorité de levée du secret médical *ad hoc*, dérogations légales adoptées pour les fonctionnaires…).

1317 Je reconnais volontiers le caractère alambiqué du raisonnement qui précède. A la lumière du droit en vigueur, c'est toutefois celui qu'il convient d'adopter pour protéger au mieux le secret médical. La complexité de la situation est en bonne partie causée par le cercle limité des professions visées par l'article 321 CP. Si ce dernier visait les soignants sans distinction, les difficultés susmentionnées s'estomperaient.

1318 Enfin, en l'absence de dispositions pénales prévues par le droit cantonal sanitaire, des obligations de confidentialité peuvent aussi être imposées par

la menace de sanctions disciplinaires, elles aussi instituées par le droit cantonal. Si l'on devait malgré tout retenir l'application exclusive du secret de fonction (art. 320 CP) au détriment des dispositions pénales de droit cantonal sanitaire, la menace de sanctions disciplinaires imposerait aux soignants de respecter les règles relatives au « *secret médical* », par exemple celle de se faire délier du secret par l'autorité prévue par le droit cantonal sanitaire en plus de l'autorité administrative hiérarchiquement supérieure (secret de fonction). Dans toute la mesure du possible, il faut toutefois éviter de cumuler secret médical et secret de fonction, notamment parce que leurs limites respectives diffèrent et que cela peut conduire à des conflits problématiques.

3. Secret LAVI et autres obligations de confidentialité

1319 L'obligation de garder le secret imposée par la LAVI peut entrer en concours avec le secret de fonction ou le secret professionnel. C'est par exemple le cas lorsque les centres de consultation LAVI sont administrés par le canton ou qu'ils emploient du personnel médical soumis à l'article 321 CP.

1320 L'article 11 LAVI et les articles 320 ou 321 CP forment un concours d'infractions imparfait. Conformément à l'avis de doctrine, il faut admettre que l'article 11 LAVI présente un caractère spécial par rapport aux articles 320 et 321 CP et qu'il évince donc ces deux derniers[2088]. Cette spécialité découle en particulier du fait que l'article 11 LAVI est plus restrictif du point de vue des dérogations au devoir de confidentialité (ex. : absence de procédure de levée du secret ; sur les dérogations au secret LAVI, *cf. supra* N 1011). CORBOZ soutient également la prévalence du secret LAVI, mais au motif qu'il faut préférer la poursuite d'office (et donc évincer le secret professionnel poursuivi sur plainte) parce que la crédibilité d'un organisme chargé d'une tâche officielle est en jeu[2089].

1321 En vertu du principe de primauté du droit fédéral, l'obligation de confidentialité de l'article 11 LAVI l'emporte également sur les dispositions de droit cantonal sanitaire. Cela signifie qu'un soignant travaillant pour un centre LAVI ne peut pas se faire délier du secret par l'autorité cantonale compétente sous prétexte que le droit cantonal sanitaire prévoirait une telle procédure.

4. Droit disciplinaire et obligations pénales de confidentialité

1322 Le droit disciplinaire des professions de soins impose essentiellement le respect du secret professionnel par un renvoi aux « *dispositions applicables* » (art. 36 let. f LPMéd, art. 27 let. e LPsy, art. 16 let. f LPSan), ce par quoi il faut principalement comprendre l'article 321 CP. D'un point de vue matériel, les

2088 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 97 ; WEISHAUPT, *Schweigepflicht nach art. 4 OHG*, p. 45.

2089 CORBOZ, *Infractions*, art. 321 N 97.

dispositions du droit disciplinaire fédéral n'ont donc pas de portée propre, qui se distinguerait des règles pénales.

1323 La violation des règles disciplinaires, même si elles se confondent avec le droit pénal, peut toutefois entraîner des sanctions disciplinaires (art. 43 LPMéd, art. 30 LPsy, art. 19 LPSan et droit cantonal sanitaire). Ces sanctions pourront être prononcées parallèlement aux sanctions pénales.

1324 Les soignants fonctionnaires pourront au surplus encourir des sanctions disciplinaires en vertu du droit de la fonction publique, même lorsque la résolution du concours entre les articles 320 et 321 CP conduit à appliquer exclusivement l'article 321 CP. En effet, le régime disciplinaire de la fonction publique ne se trouve pas en lien avec la protection du secret médical ou la surveillance des professions de soins, mais vise à assurer le bon fonctionnement de l'administration et à garantir la confiance du public envers ses autorités[2090].

5. Droit contractuel et obligations spéciales de confidentialité

1325 Il a peu été question du droit contractuel, en particulier du contrat de mandat, au cours de la présente étude. Ces questions ont volontairement été laissées de côté dans la mesure où le devoir de discrétion déduit du devoir de fidélité du mandataire (art. 398 CO) n'a qu'une portée secondaire pour dicter le comportement des soignants en matière de communication de données.

1326 On se contentera ici d'affirmer que le secret professionnel des soignants est principalement régi par des dispositions particulières de droit fédéral (en particulier l'article 321 CP) qui ont été édictées pour sauvegarder les intérêts protégés par le secret médical. En vertu de leur caractère spécial, elles priment donc les règles générales concernant le contrat de mandat si elles ne concordent pas entièrement avec celles-ci[2091].

D. Mise en œuvre de la norme spéciale applicable et de ses dérogations

1327 Dans la grande majorité des cas, la résolution des concours de normes selon les développements menés dans la section précédente doit déboucher sur la désignation d'une norme spéciale applicable dans chaque situation spécifique. A titre exceptionnel, deux devoirs de confidentialité peuvent trouver application simultanément, comme c'est parfois le cas pour les soignants qui agissent en qualité d'experts judiciaires (informations recueillies par l'expert et versées à la procédure).

2090 BOINAY, RJJ 1998, p. 27.

2091 Pour un raisonnement similaire à propos du secret professionnel de l'avocat : arrêt du TF 4A_15/2009 du 15 septembre 2009 c. 3.4.

1328 Pour déterminer si une communication est licite ou non, il convient alors d'examiner la communication envisagée à la lumière des dérogations admissibles au devoir spécial retenu. Comme cela a déjà été expliqué, on notera toutefois que la licéité d'une communication ne s'examine pas *exclusivement* à la lumière de la norme spéciale applicable, mais que d'autres règles peuvent être appelées à s'appliquer en complément, notamment les règles du droit de la protection des données sur les modalités d'une communication (ex. : principes de proportionnalité ou de sécurité). Cela dit, le principe même de la communication – autrement dit la décision de communiquer ou non des informations – doit s'examiner en premier lieu à la lumière du devoir de confidentialité spécial applicable (art. 321 ou 320 CP, art. 35 LPD, etc.).

1329 Les dérogations aux différents devoirs spéciaux de confidentialité ont fait l'objet d'un examen approfondi dans la troisième partie de la présente étude. Je renvoie donc aux développements menés sur cette question et me contenterai ici de souligner quatre aspects quant à l'admissibilité de ces dérogations.

1330 La première remarque a trait au principe de spécialité. Le secret professionnel au sens de l'article 321 CP se distingue par son caractère spécial (délit spécial). Il repose sur une base légale formelle de droit fédéral et vise à protéger des intérêts importants tirés de la Constitution fédérale (art. 10 al. 2 Cst.) ou du droit international (art. 8 CEDH). Pour déployer valablement leurs effets, les dérogations légales au secret professionnel doivent donc être « *encore plus spéciales* ». A cet égard, elles doivent donc reposer sur une base légale formelle. Cette exigence doit à mon sens être retenue lorsque le devoir de confidentialité spécial vise à sauvegarder les intérêts protégés par le secret médical. Les dérogations au secret de fonction (art. 320 CP) peuvent quant à elles reposer sur une base légale matérielle.

1331 La seconde remarque concerne le respect du principe de primauté du droit fédéral (art. 49 Cst.). Lorsque le devoir de confidentialité spécial repose sur une disposition de droit fédéral, les dérogations légales adoptées par le législateur cantonal doivent impérativement respecter le droit fédéral. Depuis l'entrée en vigueur du CPP, la faculté des cantons d'obliger les soignants à signaler des indices d'infractions pénales a par exemple disparu (sur cette question, *cf. supra* N 1057 ss).

1332 La troisième remarque a trait à l'étendue des dérogations légales aux obligations spéciales de confidentialité. Celles-ci ne doivent pas vider de son sens le secret protégé et, plus généralement, le secret médical. Les dérogations doivent viser des situations bien précises et déterminer clairement le cercle des personnes habilitées à communiquer des informations protégées ainsi que le cercle des destinataires. Des dérogations trop générales au secret contreviendraient en particulier à l'article 8 CEDH, en application duquel des

données médicales ne sauraient être divulguées sans égard au contexte (*cf. supra* N 298).

Enfin, au regard du nombre important de dérogations aux différents devoirs de confidentialité, il est possible que certaines dérogations entrent en conflit entre elles. Ces conflits doivent être résolus au cas par cas en application des principes généraux, de l'existence de règles de conflits ou par l'interprétation des dispositions concernées. 1333

En synthèse, les soignants devraient donc refuser de procéder à une communication en dérogation de leur devoir spécial de confidentialité si la norme qui fonde la communication n'est pas prévue par une base légale, si elle est contraire au droit fédéral ou si elle risque de vider de son sens l'institution du secret médical. 1334

III. Synthèse

A la lumière du cadre légal applicable aujourd'hui en Suisse, déterminer si un soignant est en droit ou non de communiquer des informations relatives à un patient à l'attention d'un tiers est un exercice complexe. En effet, l'analyse juridique d'une telle communication met en jeu de nombreuses normes dont l'articulation n'est pas toujours aisée à établir. 1335

L'examen de la licéité des communications de données relatives à un patient par un soignant peut être synthétisé ainsi : 1336

1. Si la communication ne contient pas de données personnelles, les dispositions en lien avec la protection des données personnelles ou le secret professionnel ne trouvent pas application. Si les conditions sont réunies, seul le secret de fonction pourrait éventuellement entrer en ligne de compte puisqu'il s'applique sans distinction aux secrets qui portent sur des données personnelles ou non personnelles.
2. Lorsque la communication envisagée contient des données personnelles, il faut déterminer si l'auteur de la communication est soumis à la LPD ou au droit cantonal de la protection des données. La législation désignée servira de cadre général au traitement des données concernées (ex. : exigences en matière de sécurité des données).
3. Après avoir déterminé la législation sur la protection des données applicable, il faut déterminer si l'auteur de la communication est soumis à un ou plusieurs devoirs de confidentialité spéciaux (art. 321 ou 320 CP, art. 11 LAVI, droit cantonal sanitaire ou autre disposition renvoyant à l'une de ces dispositions). Le devoir de discrétion institué par l'article 35 LPD n'est pas un devoir spécial de confidentialité et s'efface lorsque

les articles 321 ou 320 CP trouvent application. L'article 35 LPD prévaut toutefois sur les obligations de confidentialité prévues par le droit cantonal sanitaire en vertu du principe de primauté du droit fédéral.

4. Lorsque plusieurs devoirs de confidentialité spéciaux trouvent application, il faut déterminer si l'un d'eux prévaut sur les autres. L'analyse menée au cours du présent chapitre conduit à retenir les règles générales suivantes :
   - Le secret professionnel (art. 321 CP) et le secret de fonction (art. 320 CP) forment un concours d'infractions imparfait qui doit être résolu en faveur de l'article 321 CP en raison de son caractère spécial. Ce dernier s'applique lorsque des informations concernant des patients sont en jeu. L'article 320 CP s'applique à titre subsidiaire pour les informations qui ne concernent pas les patients (ex. : fonctionnement de l'établissement). En cas d'hésitation, l'application de l'article 321 CP doit être favorisée.
   - Le secret professionnel (art. 321 CP) prévaut sur les obligations de confidentialité instituées par le droit cantonal sanitaire. Si un soignant visé par le droit cantonal sanitaire n'est pas astreint au secret professionnel selon l'article 321 CP, il est soumis alternativement au devoir de discrétion selon l'article 35 LPD ou à l'obligation pénale de confidentialité prévue par le droit cantonal sanitaire (si existante) selon qu'il agit en qualité de personne privée (ou membre d'un organe fédéral, LPD) ou de membre d'un organe cantonal (droit cantonal sanitaire).
   - Les soignants qui accomplissent leurs tâches pour un centre LAVI sont soumis en priorité au secret institué par l'article 11 LAVI.
   - En principe, les règles relatives au droit disciplinaire ne permettent pas de déterminer si un soignant est ou non en droit de communiquer des informations à un tiers[2092]. La licéité de telles communications doit en premier lieu être examinée à la lumière des règles de droit pénal. Cela dit, la violation du devoir de confidentialité peut faire l'objet de sanctions à la fois pénales et disciplinaires (droit des professions de soins et, le cas échéant, droit de la fonction publique).
   - Sous l'angle du comportement à adopter, les normes pénales l'emportent également sur les règles de droit privé, notamment les règles relatives au contrat de mandat.

2092 On doit toutefois réserver les cas (rares) où les soignants exercent pour le compte d'un organe public cantonal et où le droit cantonal sanitaire se limite à sanctionner disciplinairement la violation du secret médical. Dans ces situations, la violation du secret médical institué par le droit cantonal ne peut faire l'objet d'une sanction pénale.

5. La licéité d'une communication doit enfin être examinée à la lumière de l'obligation spéciale de confidentialité retenue, et plus particulièrement de ses dérogations admissibles. Pour déployer pleinement leurs effets, les dispositions légales qui dérogent au devoir spécial de confidentialité doivent encore respecter un certain nombre d'exigences. Les dérogations légales doivent reposer sur une base légale, respecter le principe de primauté du droit fédéral et être suffisamment précises. La base légale doit à mon sens être formelle lorsque le devoir spécial de confidentialité applicable vise à protéger les intérêts du secret « *médical* ». Les dérogations au secret de fonction compris au sens strict peuvent ainsi reposer sur une base légale matérielle.

1337 Enfin, on ne saurait clore ce chapitre sans mentionner le fait que certains cantons ont adopté des dispositions légales dans l'optique d'améliorer l'harmonisation des règles en matière de secret médical. Ainsi, à Genève, l'article 7 al. 2 de la Loi sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients[2093] prévoit que « *En cas de concours d'application entre les prescriptions légales régissant les professions de la santé et les institutions de la santé et la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, le président de la commission de surveillance statue sur l'ensemble des griefs et prétentions fondés sur l'une ou l'autre de ces lois selon les dispositions de procédure de la présente loi. Les compétences de la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, instituée par la loi sur la santé, du 7 avril 2006, sont réservées. La chambre administrative de la Cour de justice doit cependant inviter le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence à participer à la procédure de recours.* » Dans le canton de Vaud, comme déjà présenté, l'article 19 al. 1 de la Loi sur l'information[2094] prévoit quant à lui que « *Les collaborateurs de la fonction publique ne peuvent déposer en justice comme partie, témoin ou expert sur des faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction qu'avec l'autorisation écrite de l'autorité que désignera le Conseil d'Etat. Une telle autorisation n'est toutefois pas nécessaire aux médecins et autres professionnels de santé employés des établissements sanitaires publics lorsqu'ils sont sollicités par leurs patients de témoigner sur des aspects qui concernent personnellement ces derniers.* »

1338 Si l'intention des législateurs cantonaux est louable, ces règles de coordination ont une portée matérielle réduite. L'application du droit fédéral

2093 LComPS, RS-GE K 3 03.

2094 RS-VD 170.21.

(notamment les art. 321 et 320 CP) et le principe de primauté du droit fédéral réduisent d'ailleurs dans une large mesure la marge de manœuvre des cantons pour régler les questions liées aux concours de normes en matière de secret médical.

Chapitre 3 : Questions choisies

Le présent chapitre aborde les trois questions choisies suivantes : le secret partagé des soignants (chap. 3 I), la problématique particulière de l'externalisation des données informatiques ou *outsourcing* (chap. 3 II), puis les communications d'informations couvertes par le secret médical en lien avec un patient décédé (chap. 3 III). 1339

Ces trois thématiques ont été sélectionnées pour l'intérêt qu'elles présentent sous l'angle de leur évolution juridique. Les considérations au sujet du secret médical partagé sont directement liées à la nécessité de trouver des solutions juridiques aux développements des modèles de soins (équipes de soins, établissements médico-hospitaliers, réseaux…), alors que le recours croissant à l'*outsourcing* est directement lié à la place toujours plus importante des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans le domaine des soins. La question de l'accès aux informations relatives à un patient décédé a quant à elle fait l'objet de développements jurisprudentiels continus et mérite qu'on s'y attarde. 1340

Bien d'autres questions liées au secret médical mériteraient elles aussi un approfondissement. A défaut de pouvoir les traiter en détail, je me limite ici à en citer quelques-unes avec la mention de quelques références jurisprudentielles et doctrinales utiles, mais non exhaustives : la communication d'informations aux proches[2095], le transfert de cabinet[2096], les communications entre le soignant et le représentant légal[2097], les expertises[2098], 1341

2095 AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 14 ss ; BRÜHWILER-FRÉSEY, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, p. 154 ss ; DUMOULIN, RSDS 2004, p. 28 ; GUILLOD/KÖNIG, Cahiers médico-sociaux 1997, p. 60 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 120 ss ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 350 ; MAUSBACH, *Die ärztliche Schweigepflicht des Vollzugsmediziners*, p. 131 ; UTTINGER, *Datenschutz im Gesundheitswesen*, p. 327.

2096 ATF 119 II 222, JdT 1994 I 597 ; arrêt du Kantonsgericht des Grisons du 5 février 2015, SK2 14 56. AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 480 ; POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, p. 139 ; GÄCHTER/RÜTSCHE, *Gesundheitsrecht*, p. 96 ; REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 350.

2097 AFFOLTER-FRINGELI, RMA 2018, p. 114 ss ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 118 ss ; MEIER, RMA 2018, p. 455 ss.

2098 Arrêt du TF 6B_1035 du 21 novembre 2018 ; arrêt du Tribunal cantonal de Fribourg du 16 février 2018, n° 603 2016 112 ; arrêt du Tribunal cantonal de Berne du 18 janvier 2007,

le secret médical et les rapports de travail[2099] ou le recouvrement d'honoraires[2100].

I. Secret partagé

A. Contexte

1342 Comme exposé au début de la présente étude (*cf. supra* N 63 ss), la prise en charge thérapeutique d'un patient met en jeu des acteurs toujours plus nombreux. Cette évolution s'explique notamment par l'organisation des établissements de soins, la spécialisation croissante des professions de la santé, l'évolution des besoins de santé et le développement de nouveaux modèles de fourniture de soins (soins intégrés, réseaux médicaux, etc.). Les relations strictement bilatérales entre un patient et son soignant n'ont pas complètement disparu, mais elles sont devenues rares.

1343 Que la prise en charge ait lieu au sein d'un établissement médico-hospitalier ou par le biais d'équipes de soins qui interagissent en réseau (pour la prise en charge de patients atteints de maladies chroniques par exemple), la communication entre les différents intervenants est indispensable. Ainsi, lors d'un séjour dans un établissement médico-hospitalier, les données du patient sont portées à la connaissance de nombreux professionnels : équipes de soins, personnel responsable de la rééducation, personnel administratif de l'établissement médico-hospitalier, etc. Selon les situations, certains auteurs évoquent alors l'existence d'un « *secret partagé* » ou d'un « *secret d'équipe* » auquel serait soumis le personnel concerné (*cf. supra* N 236 ss).

RJ-BE 2008 n° 1603 ; arrêt du Tribunal cantonal de Berne du 25 juillet 2005, RJ-BE 2006 no 1590 ; arrêt du Kassationsgericht de Zurich du 23 mai 2005, ZR 2005 p. 286. CUENAT, RJJ 2017, p. 16 ; DUPONT, *La protection des données confiées aux assureurs*, p. 208 ss ; GUILLOD, *Professionnel de la santé comme expert ou témoin*, p. 264 ss ; JENDLY, *Secret médical du personnel soignant pénitentiaire*, p. 128 s ; NAVILLE, *Secret professionnel des médecins*, p. 76 ; NOLL, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 251 ; PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 69 ; HERTIG PEA, *Protection des données*, p. 256 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 218 ss ; WICKI, *Grenzen der ärztlichen Geheimhaltungspflicht*, p. 40 ss.

2099 ATF 143 IV 209, JdT 2017 IV 367. BÄRTSCHI, Sécurité et droit 2015, p. 115 ss (pilotes de l'air) ; FLÜCKIGER, *Dopage* (équipe sportive) ; GUILLOD/GIAUQUE, *Secret médical et rapports de travail*, p. 51 ss ; MANAÏ, *Biomédecine*, p. 143 ss ; SCHULTHEISS/LEHMANN, Jusletter 27 août 2018 (médecin-conseil en droit privé).

2100 ATF 142 II 307, JdT 2017 I 51 (avocat) ; ATF 100 Ia 312 ; arrêt du Regierungsrat de Lucerne du 30 avril 2002, LGVE-LU (3) 2002 n° 15 p. 386. BOHNET/MELCARNE, JdT 2020 II 31 ; DAL MOLIN-KRÄNZLIN, AJP/PJA 2017, 621 ss (avocat) ; GMÜR, Bulletin des médecins suisses 2004, p. 1763 ss, MANAÏ, *Biomédecine*, 141, POLEDNA/BERGER, *Öffentliches Gesundheitsrecht*, p. 139, UTTINGER, *Datenschutz im Gesundheitswesen*, p. 129 s.

Il convient ainsi d'examiner dans quelle mesure le droit autorise les communications entre les personnes qui contribuent à la prise en charge d'un patient. La question n'est pas nouvelle, mais elle pose quelques difficultés sur le plan théorique et pratique. 1344

L'examen de la licéité d'une communication par un soignant doit s'effectuer dans chaque cas particulier, selon le schéma échafaudé dans le chapitre précédent (*cf. supra* N 1335). On veillera donc à appliquer en arrière-fond le droit de la protection des données applicable selon l'auteur du traitement et on déterminera pour chaque communication si le soignant est soumis à un ou plusieurs devoirs spéciaux de confidentialité. Le cas échéant, on déterminera lequel de ces devoirs prévaut dans la situation donnée et on examinera la licéité de la communication à la lumière des motifs justificatifs admissibles. 1345

B. Révélation d'un secret entre soignants et/ou auxiliaires

Lorsque le soignant est astreint au secret professionnel selon l'article 321 CP, toute communication d'informations confidentielles à d'autres soignants constitue une « *révélation* » qui doit être justifiée pour être licite. Par principe, le secret professionnel trouve en effet aussi applicaiton entre soignants, même lorsqu'ils sont astreints à la même obligation de confidentialité (*cf. supra* N 463)[2101]. L'obligation de confidentialité déploie donc aussi ses effets entre plusieurs médecins dotés de compétences et de connaissances différentes qui interviennent dans le traitement d'un même patient[2102]. 1346

L'obligation de confidentialité vaut également *par principe* à l'encontre des auxiliaires, soit par exemple le personnel administratif d'un établissement médico-hospitalier[2103]. Cela ne signifie évidemment pas que les communica- 1347

2101 ATF 119 II 222 c. 2b/dd, JdT 1994 I 598 ; arrêt du Bezirksgericht d'Uster du 20 mars 1996, RSJ 1997 p. 266 ; voir aussi dans le contexte d'une expertise : arrêt du Kantonsgericht de Zurich du 23 mai 2005, Blätter für Zürcherische Rechtsprechung [ZR] 2005 p. 286. AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 177 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 114 s ; CUENAT, RJJ 2017, p. 16 ; RAMER, *Datenschutz*, p. 34 ; WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 49 ; BSK StGB-OBERHOLZER, art. 321 N 20.

2102 A ce sujet, voir l'opinion contradictoire de SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 33 s, qui soutiennent à la fois qu'il n'y a pas de divulgation possible entre ce type d'intervenants à la lumière de l'art. 321 ch. 1 CP et que « *ce type d'intégration d'autres médecins et d'autres personnes ainsi que la manière dont ils sont tenus de traiter les informations confidentielles du patient devrait* [sic] *idéalement être prévu déjà dans le contrat thérapeutique, à défaut de quoi on partira du principe que le patient y consent tacitement* ». Ils retiennent donc l'idée que la communication doit reposer sur un consentement à tout le moins donné tacitement.

2103 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 122.

tions à l'égard des auxiliaires sont prohibées, mais qu'elles doivent être justifiées à la lumière de l'article 321 CP et que cette justification n'existe pas du seul fait que la communication a pour destinataire un auxiliaire. Le secret professionnel n'est en effet pas confié à une catégorie abstraite de personnes (ex. : les médecins et/ou ses auxiliaires), mais à un individu qui exerce l'une des professions visées par l'article 321 CP.

1348 La conception selon laquelle le secret prévaut aussi à l'encontre des auxiliaires à moins que la communication soit justifiée est combattue en doctrine. Certains auteurs estiment en effet que l'élément constitutif de la « *révélation* » ou « *divulgation* » du secret fait défaut lors d'une communication à l'attention d'un auxiliaire[2104]. SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER expliquent par exemple que « *Le détenteur du secret ne peut pas divulguer un secret à son auxiliaire, car les auxiliaires appartiennent au cercle interne de l'organisation de travail partagé du détenteur du secret. En d'autres termes, ils deviennent partie de la même sphère de responsabilité, au sein de laquelle les participants doivent pouvoir se faire confiance mutuellement. L'élément objectif de l'infraction selon l'art. 321 ch. 1 premier alinéa CP ne peut* a priori *être donné dans le cadre du maniement d'informations confidentielles lors de la collaboration entre le détenteur (principal) du secret et l'auxiliaire* »[2105]. Les mêmes auteurs ajoutent que si l'on considère la collaboration sous l'angle fonctionnel, le fait que les auxiliaires entrent en contact avec le secret (travail de dactylographie, archivage, etc.) constitue justement un élément de définition de l'auxiliaire.

1349 Dans un arrêt récent[2106], le Tribunal fédéral a pour sa part examiné la question de savoir si l'avocat qui recourait à une plateforme pour avocats indépendants proposant des services de domiciliation et/ou d'occupation des locaux respectait ou non le secret professionnel. Après avoir rappelé l'importance cardinale du secret professionnel pour l'avocat, il a jugé que la société qui mettait à disposition la plateforme devait être considérée comme un auxiliaire de l'avocat. Pour le surplus, il a expliqué que : « *Il est donc nécessaire de fixer à cet égard des limites proportionnées. Sous cet angle, il n'est par exemple pas admissible qu'un avocat accepte qu'un auxiliaire puisse faire exécuter par un tiers tout ou partie des tâches qu'il s'est engagé à lui fournir (situation de sous-délé-*

2104 Entre autres : REHBERG, *Arzt und Strafrecht*, p. 341 ; AEBI-MÜLLER ET AL., *Arztrecht*, p. 482. Le Conseil fédéral partage également un avis similaire : Message révision LPD, FF 2017 6565, 6651. Voir aussi : SCHWANINGER/LATTMANN, Jusletter 11 mars 2013, N 26 ss, qui limitent la licéité des communications aux auxiliaires qui se situent en Suisse, car les auxiliaires étrangers ne tombent pas sous le coup de l'article 321 CP.

2105 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 32 s. Aussi parmi d'autres : CHAPPUIS/ALBERINI, Revue de l'avocat 2017, p. 338-339 ; MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 613-614.

2106 ATF 145 II 229.

gation). Cela reviendrait, pour l'avocat, à admettre qu'une personne qui n'est pas son auxiliaire et qui n'est pas non plus subordonnée à son auxiliaire ait accès à des informations couvertes par le secret, alors qu'il n'a pas lui-même la possibilité de veiller à son respect [...] »[2107]. Le Tribunal fédéral semble donc avoir implicitement admis que le professionnel astreint au secret pouvait déléguer la gestion des données secrètes à un auxiliaire, mais que ce dernier ne pouvait pas recourir à son tour à un tiers pour traiter les données concernées. Il a de surcroît affirmé que si l'avocat recourait à des auxiliaires, il devait alors les choisir soigneusement et veiller à ce qu'ils respectent le secret professionnel[2108].

C. Discussion et prise de position

Les communications en dérogation du secret professionnel ne peuvent pas être justifiées du seul fait qu'elles serviraient les intérêts du patient[2109]. Cela reviendrait à admettre qu'on pourrait valablement déroger au secret professionnel sur la base de « *motifs prépondérants* », ce que la lettre de l'article 321 CP exclut. 1350

Sous l'empire de l'ancienne partie générale du code pénal, un certain nombre d'auteurs justifiaient les communications entre soignants en invoquant le motif justificatif légal général du devoir professionnel (art. 32 aCP)[2110]. Ce motif justificatif, souvent critiqué par la doctrine, a toutefois été abrogé et ne saurait de toute manière être invoqué pour justifier les communications entre soignants (*cf. supra* N 1193 ss). 1351

Par ailleurs, le droit fédéral helvétique ne contient aucune base légale qui justifierait l'échange d'informations entre les soignants[2111], comme le ferait par exemple le Code français de la santé publique. Selon son article L1110-4 al. 3, « *Lorsque ces professionnels appartiennent à la même équipe de soins* [...], *ils peuvent partager les informations concernant une même personne qui sont strictement nécessaires à la coordination ou à la continuité des soins ou à son suivi médico-social et social. Ces informations sont réputées confiées par la personne à l'ensemble de l'équipe.* » Selon la même disposition, la communication d'informations à des professionnels ne faisant pas partie de l'équipe de soins nécessite le consentement du patient. 1352

2107 *Idem* c. 7.4.

2108 *Idem* c. 7.2.

2109 CUENAT, RJJ 2017, p. 16.

2110 GRAVEN, Médecine et Hygiène 1975, p. 1738 ; JENDLY, *Secret médical du personnel soignant pénitentiaire*, p. 113.

2111 KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 115.

1353 Comme cela a été examiné sous l'angle des dérogations légales au secret professionnel (*cf. supra* N 1154), certaines législations cantonales prévoient certes des présomptions selon lesquelles le patient consentirait, sauf indice contraire, à ce que les données le concernant soient communiquées entre les soignants qui assurent le suivi du traitement[2112] ou à ce qu'elles soient communiquées au sein d'un même établissement[2113]. A mon sens, de telles dispositions sont toutefois douteuses sous l'angle de leur compatibilité avec le droit fédéral. Elles affaiblissent non seulement le consentement prévu à l'article 321 CP en le présumant, mais elles sortent aussi du cadre des dérogations légales autorisées par la lettre de l'article 321 ch. 3 CP (« *un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice* »).

1354 En l'absence de base légale suffisante et face à l'impossibilité de requérir la levée du secret auprès de l'autorité pour les communications dans le cadre d'une prise en charge thérapeutique, je suis d'avis que les communications entre professionnels astreints à titre principal au secret, y compris celles qui ont pour destinataire un auxiliaire, doivent reposer sur le consentement du patient, qui doit à tout le moins être donné de manière tacite ou par actes concluants (le consentement présumé peut quant à lui être admis à titre exceptionnel lorsque le patient, incapable de discernement, se trouve dans une situation d'urgence et qu'il n'a pas de représentant). Il convient toutefois de se montrer relativement souple quant à l'admission de ce consentement.

1355 J'admets volontiers la pertinence du recours au concept de cercle interne de l'organisation du travail auquel font référence SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER[2114] ou à celui des tâches qui sont nécessaires pour l'accomplissement du mandat pour reprendre les termes de CHAPPUIS[2115]. D'un point de vue fonctionnel, le professionnel – en particulier le professionnel de santé – doit en effet recourir à l'aide d'auxiliaires pour exercer sa profession et ces derniers sont parfois nombreux. Cela dit, le fait que la communication

2112 *Cf.* par ex. : § 20 Patientenverordnung (RS-AG 333.111), qui autorise seulement les communications du diagnostic au médecin traitant ; § 27 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100) ; § 32 al. 1 Patientenreglement für die Luzerner Psychiatrie (RS-LU 822b), qui s'applique dans le milieu psychiatrique et autorise les communications à l'égard des médecins référents et les soignants qui assureront la suite du traitement ; art. 47 al. 3 ch. 2 Gesundheitsgesetz (RS-NW 711.1) ; art. 53 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-OW 810.1) ; § 27 al. 3 Gesundheitsgesetz (RS-ZG 821.1) ; § 16 Patientinnen- und Patientengesetz (RS-ZH 813.13).

2113 § 22 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-TG 810.1) ; § 15 al. 2 Gesundheitsgesetz (RS-ZH 810.1).

2114 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 32.

2115 CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 77.

est nécessaire sous l'angle de l'organisation du travail ne justifie pas *per se* la communication aux auxiliaires. De la même manière, affirmer, comme le font les mêmes auteurs, que l'auxiliaire est de toute manière autorisé à prendre connaissance des communications parce que cette prise de connaissance constitue un élément de définition de l'auxiliaire, est problématique.

1356 Une communication d'informations à un auxiliaire n'est pas autorisée parce qu'elle s'inscrit dans l'organisation interne du travail ou parce que l'auxiliaire aurait déjà connaissance de cette information. Il faut commencer par déterminer si la communication à l'auxiliaire est autorisée ou non à la lumière de l'article 321 CP. En principe, celle-ci sera justifiée par le consentement tacite ou par actes concluants du patient, qui acceptera dès le début de sa prise en charge que des informations soient échangées sur son compte dans la mesure nécessaire à son traitement. C'est alors plutôt dans le cadre de l'interprétation du consentement qu'il faut recourir au concept d'organisation du travail, qui peut contribuer à déterminer le cercle des personnes qui interviennent pour assurer la bonne prise en charge du patient[2116]. Il faut ainsi admettre que lors de sa prise en charge, le patient consent tacitement à ce que le personnel de l'établissement échange des données à son sujet dans la mesure nécessaire à sa prise en charge.

1357 Le raisonnement fondé sur le consentement du patient est le seul qui permette au patient de garder un contrôle sur ses données (autodétermination informationnelle) et, s'il le souhaite, de s'opposer à ce que certaines de ses données soient communiquées à des personnes en particulier (ce qui pourrait certes entraîner l'impossibilité de la prise en charge, mais le patient devrait alors l'assumer[2117]). Cette construction permet par ailleurs de limiter les communications au cercle prévisible des auxiliaires pour le patient moyen, même s'il faut se montrer souple sur cette question. En effet, un patient dispose rarement d'une vision globale des multiples intervenants qui prendront connaissance des informations qui le concernent, surtout dans un hôpital.

1358 Pour déterminer si l'intervention d'un auxiliaire est prévisible ou non et qu'une communication à son égard peut être consentie par actes concluants ou tacitement par un patient, il faut adopter le point de vue du patient moyen et déterminer pour chaque auxiliaire si l'activité qu'il exerce peut être consi-

2116 *Contra* WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 51, qui se montre particulièrement strict, exclut qu'on puisse recourir au critère financier ou organisationnel pour déterminer le cercle des personnes habilitées à connaître le secret et préconise de recourir exclusivement à la volonté objectivée de la personne concernée.

2117 Possibilité admise par CR CP II-CHAPPUIS, art. 321 N 77, apparemment plutôt sur la base des règles relatives au contrat de mandat.

dérée comme « *usuelle* » pour la prise en charge d'un patient. L'activité prévisible d'un auxiliaire peut donc évoluer en fonction du développement des soins et de la technologie par exemple (l'intervention d'un informaticien dans le processus de soins n'était pas prévisible il y a 100 ans alors qu'elle l'est aujourd'hui). La prévisibilité de l'intervention d'un auxiliaire doit surtout permettre d'exclure du champ du consentement tacite ou donné par actes concluants les auxiliaires « *insolites* » (ex. : un hôpital délègue la sous-traitance administrative de ses dossiers à une société étrangère, même si ce sous-traitement respecte les règles générales posées par les législations sur la protection des données en matière de communications de données à l'étranger). Précisons encore que le recours au caractère prévisible de l'activité de l'auxiliaire n'a pas pour effet de réduire le cercle des auxiliaires à ceux qui sont absolument indispensables pour la prise en charge du patient. L'intervention d'un auxiliaire qui n'est pas nécessaire, mais qui contribue à améliorer le traitement du patient peut, selon les cas, être considérée comme prévisible.

1359 Dans tous les cas, l'établissement et son personnel devraient s'efforcer de fournir au patient une information à tout le moins générale sur la manière dont ses données sont traitées et échangées[2118]. La question spécifique de l'*outsourcing* sera traitée plus en détail-ci après (*cf. infra* N 1364 ss).

1360 Les exigences relatives au consentement doivent être admises de manière plus stricte lorsque les données sont communiquées à des soignants ou des tiers externes à l'établissement qui ne sont pas des auxiliaires, par exemple en vue du suivi d'un patient après une intervention (ex. : service de soins à domicile), pour l'intervention d'un médecin spécialiste, pour la coordination entre plusieurs intervenants autour d'un même patient (modèle des soins intégrés) ou pour le transfert d'un patient d'un établissement à un autre (ex. : clinique de réadaptation). Même si le consentement tacite ou par actes concluants peut être admis à la lumière de l'article 321 CP, l'existence même de la communication et son étendue sont parfois plus difficilement perceptibles par le patient. Pour cette raison, l'établissement médico-hospitalier ou le soignant qui communique des informations à des tiers devrait informer le patient sur la communication envisagée et l'étendue de celle-ci et s'assurer du consentement du patient[2119].

1361 Quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle l'auxiliaire d'un avocat ne peut pas recourir à son tour à un auxiliaire pour faire traiter les données couvertes par le secret professionnel[2120], elle mériterait à mon

2118 HUG/CONSEIL D'ÉTHIQUE CLINIQUE, *Limites du secret partagé*, p. 5.

2119 D'une opinion similaire : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 127.

2120 ATF 145 II 229.

sens d'être affinée. On peut se rallier à la volonté du Tribunal fédéral de trouver une solution équilibrée qui ménagerait à la fois les intérêts de l'avocat (recours de plus en plus fréquents à des auxiliaires externes en pratique) et du secret professionnel (interdiction de la sous-délégation). Cela dit, il aurait probablement été utile que les juges fédéraux précisent les conditions auxquelles l'avocat pouvait lui-même communiquer des informations à un auxiliaire externe. Or, cette question n'a pas été traitée en détail par le Tribunal fédéral, qui s'est contenté de juger que le professionnel devait choisir soigneusement l'auxiliaire et veiller à ce que ce dernier respecte le secret professionnel. A mon avis, cette approche est lacunaire, car elle omet de prendre en compte la protection pénale du secret professionnel.

1362 Parallèlement à l'exigence du consentement, les communications au sein d'un établissement sont au surplus limitées par l'application du principe de proportionnalité, consacré aussi bien par la LPD que par les législations cantonales sur la protection des données. En vertu de ce principe, seules sont autorisées les communications (et plus généralement les traitements) de données qui sont aptes et nécessaires pour garantir la bonne prise en charge du patient[2121]. En d'autres termes, l'admission du consentement tacite ou par actes concluants du patient à ce que des informations soient communiquées à son sujet au sein d'un établissement à son sujet n'équivaut pas pour autant à une autorisation générale de communiquer[2122]. L'établissement médico-hospitalier est en particulier tenu d'adopter des mesures techniques en vue de limiter les accès du personnel aux dossiers médicaux (détermination des accès selon le statut du personnel et le besoin réel de ce dernier, limitation par service ou par site, traçabilité des accès, etc.)[2123]. Lorsque cela est possible, le principe de proportionnalité impose par ailleurs aux soignants de renoncer à mentionner le nom des patients dans le cadre de leurs communications (ex. : échanges sur la manière de traiter les patients en général)[2124].

1363 Les développements qui précèdent ont été menés à la lumière des exceptions admissibles au devoir de confidentialité spécial fondé sur le secret professionnel (art. 321 CP). A considérer que le secret professionnel ne trouve

2121 BAERISWYL, *Entwicklungen und Perspektiven des Datenschutzes in öffentlich-rechtlichen Krankenhäusern*, p. 61 ; CASANOVA, *Datenverknüpfungen*, p. 46.

2122 Décision de la Commission cantonale de la protection des données jurassienne du 23 février 2000, RJJ 2000 p. 105 c. 3.

2123 Décision de la Commission cantonale de la protection des données jurassienne du 23 février 2000, RJJ 2000 p. 105 c. 3 et 4. Voir aussi : GOGNIAT, Jusletter 20 juin 2016, N 46 ss.

2124 La discussion entre soignants de cas anonymisés est admissible à condition d'assurer un degré suffisant d'anonymisation : SCHNYER ET AL., *Protection de la sphère privée dans les institutions*, p. 27.

pas application, il conviendra d'examiner la licéité de la communication à la lumière du droit applicable. Si la LPD trouve application, on pourra admettre plus facilement la communication entre soignants sur la base de l'intérêt privé prépondérant du patient (art. 13 al. 1 LPD).

II. Externalisation des traitements de données ou *outsourcing*

1364 Le recours à des prestataires informatiques externes et à la technologie *cloud* connaît un essort important dans le domaine de la santé (pour une présentation de ce phénomène : *cf. infra* N 119 ss). Or, dans la plupart des situations, le prestataire informatique externe bénéficie d'un accès aux informations externalisées, suscitant ainsi des questions sous l'angle du secret professionnel.

A. Admissibilité à la lumière du secret professionnel

1365 La question de l'admissibilité du recours à un système de *cloud* au regard du secret professionnel a fait l'objet de controverses récentes en doctrine. WOHLERS estime que l'*outsourcing* de données couvertes par le secret n'est admissible que si les personnes concernées y ont consenti à l'avance[2125]. La doctrine majoritaire, parfois critique à l'égard du raisonnement de WOHLERS, estime qu'il faut au contraire admettre l'*outsourcing* de données couvertes par le secret professionnel au motif que les communications aux auxiliaires sont admissibles[2126].

1366 Comme je l'ai expliqué, j'estime pour ma part que les communications aux auxiliaires doivent par principe reposer sur un motif justificatif, soit le consentement de la personne concernée à défaut d'une base légale suffisante. Par ailleurs, on ne devrait pas déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral que toute communication de données secrètes à un auxiliaire est autorisée à condition que l'auxiliaire ne délègue pas lui-même le traitement à un sous-délégataire (référence à l'ATF 145 II 229, c. 7.4 ; *cf. supra* N 1349 et N 1361). Toutefois, contrairement à ce qu'affirme WOHLERS, j'estime qu'il faut se mon-

2125 WOHLERS, Externalisation du traitement des données et secret professionnel, p. 58 ss.

2126 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 31 ss, p. 44 ; MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 614 (secret de fonction) ; PETER, Jusletter 22 juin 2009, N 8. Voir aussi en matière de secret bancaire : LAUX ET AL., *Nutzung von Cloud-Angeboten durch Banken*, N 37 s, qui affirment qu'il n'y a pas de divulgation lors d'une communication à un employé, organe ou mandataire au sens de l'art. 47 LB dans la mesure où ces acteurs sont membres de la même sphère de risque.

trer plutôt souple du point de vue de l'admission du consentement (qui peut être donné de manière tacite ou par actes concluants). Sauf indice contraire, le soignant ou l'établissement qui prend en charge un patient devrait pouvoir partir du principe que ce dernier consent à ce que ses données soient communiquées au cercle des auxiliaires qui sont raisonnablement prévisibles aux yeux du patient moyen, étant entendu que la vision du patient moyen évolue selon les époques. L'admission d'un tel consentement n'a rien de nouveau puisque c'est sur la base de celui-ci que le personnel d'un établissement peut échanger des informations dans le cadre d'un traitement par exemple.

1367 Notons par ailleurs que l'article 10*a* LPD, qui pose les conditions à remplir pour les traitements de données personnelles par un tiers, ne constitue pas une base légale qui permettrait à elle seule de déroger au secret professionnel. En effet, cette disposition ne désigne pas spécifiquement les professionnels soumis à l'article 321 CP et ne présente donc pas un niveau de spécialité suffisant pour déroger au secret professionnel[2127].

1368 Pour déterminer si le consentement du patient donné tacitement ou par actes concluants couvre une éventuelle externalisation à un prestataire informatique externe, il faut donc déterminer si cette dernière peut être considérée comme prévisible pour un patient moyen. La question est encore discutable aujourd'hui, même si les évolutions technologiques laissent penser que de telles externalisations sont de plus en plus prévisibles[2128]. Les soignants qui externalisent les données relatives à leurs patients seraient dans tous les cas bien inspirés d'informer ces derniers, idéalement au début de la relation ou du moins par une mention écrite à la réception du cabinet ou de l'établissement, voire sur leur site internet.

1369 L'approche basée sur le consentement n'est pas sans poser de problème. On pense notamment au régime applicable à l'externalisation informatique de dossiers médicaux d'anciens patients, difficilement contactables et aux yeux desquels l'externalisation des dossiers n'était pas prévisible à l'époque de leur prise en charge. Le cadre légal actuellement en vigueur commanderait de maintenir ces dossiers hors du champ de l'externalisation.

2127 En ce sens : BENHAMOU/ERARD/KRAUS, Revue de l'avocat 2019, p. 123. *Contra* : dans son Message relatif à la révision de la LPD, le Conseil fédéral, qui semble plutôt admettre par principe la licéité des communications aux auxiliaires, explique : « *Comme dans le droit actuel, on retiendra que la sous-traitance des données personnelles qui sont protégées par l'art. 321 CP (par ex. les données tombant sous le secret médical) n'est pas exclue par la règle de l'art. 8, al. 1, let. b, P-LPD lorsque le tiers doit être qualifié d'auxiliaire au sens de l'art. 321, al. 1, CP. Si les autres conditions de la sous-traitance sont réunies, il est admis que la personne concernée n'a pas besoin de donner son consentement complémentaire à ce sujet* », Message révision LPD, FF 2017 6565, 6651.

2128 BENHAMOU/ERARD/KRAUS, Revue de l'avocat 2019, p. 126.

1370 Une autre solution consisterait à chiffrer les données avant leur externalisation, mais cette option est peu pratique car elle se limite aux seules options de stockage sur le *cloud* et ne permet pas d'exécuter des applications à distance (modèle *Platform-as-a-Service*)[2129].

1371 On pourra reprocher à la position défendue ici qu'elle se marie mal avec l'évolution de la technologie et que l'externalisation des données de santé doit aujourd'hui être admise par principe, notamment parce qu'elle assure une meilleure sécurité des données. Je reconnais volontiers la pertinence de ces arguments. J'estime toutefois qu'il est essentiel de replacer le secret professionnel et les intérêts qu'il protège au centre du débat. Lorsqu'il a adopté l'article 321 CP, le législateur ne pouvait évidemment pas envisager l'émergence des prestataires informatiques. Cela dit, il a renoncé à ce qu'on puisse déroger au secret professionnel sur la base d'un intérêt prépondérant et exigé qu'à défaut de consentement, la communication repose sur une base légale. Or, le procédé d'*outsourcing* peut être simplement résumé : il s'agit de faire traiter des données confidentielles par des professionnels de l'informatique externes au cabinet ou à l'établissement de soins. Peu importe qu'on qualifie ou non ces professionnels d'auxiliaires, il s'agit bien d'une communication à des tiers et celle-ci doit être justifiée. Pour préserver la confiance des patients à l'égard des professions de soins, il n'apparaît donc pas déraisonnable d'exiger que les patients soient à tout le moins capables d'envisager l'éventualité que les données qu'ils confient sur leur santé soient traitées par des informaticiens en dehors du cabinet ou de l'établissement. Dans l'hypothèse où le recours à l'*outsourcing* serait devenu indispensable à l'exercice des professions de soins et que l'exigence du consentement tacite serait trop difficile à mettre en œuvre, il faudrait alors que cette pratique soit rendue licite par l'adoption d'une nouvelle base légale de droit fédéral qui permettrait de déroger au secret professionnel dans ce cas particulier.

1372 Enfin, l'hébergement de données secrètes à l'étranger par le fournisseur de *cloud* est inadmissible du fait que les données couvertes par le secret professionnel pourraient souffrir d'un déficit de protection lié au régime juridique étranger applicable, sans que le professionnel soit en mesure de faire valoir la protection liée au secret professionnel garanti par le droit suisse[2130].

2129 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 11 ss et 69 s.

2130 CHAPPUIS/ALBERINI, Revue de l'avocat 2017, p. 341.

B. Admissibilité au regard du droit de la protection des données

1373 Dans les cas où l'*outsourcing* serait admissible au regard du secret professionnel, il devrait encore se conformer aux règles prévues par le droit de la protection des données applicable, en particulier à l'article 10*a* LPD (art. 9 n-LPD) lorsque le traitement est effectué par une personne privée. Selon cette disposition, le traitement de données personnelles peut être confié à un tiers pour autant qu'une convention ou la loi le prévoie, que seuls les traitements que le mandant serait en droit d'effectuer lui-même sont effectués et qu'aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdise.

1374 Comme il n'existe pas de base légale en la matière, l'externalisation des traitements de données devra donc reposer sur une convention conclue entre le professionnel et le fournisseur de services. La doctrine évoque un « *contrat de cloud* », soit un contrat innommé qui peut comporter des éléments de bail, mandat ou contrat d'entreprise[2131]. La qualification doit toutefois être examinée au cas par cas en raison de la diversité des solutions de services *cloud*.

1375 Le professionnel qui fait sous-traiter doit par ailleurs s'assurer que le tiers qui sous-traite les données garantit la sécurité des données (art. 10*a* al. 2 LPD). Conformément à cette disposition, celui qui confie le traitement des données à un tiers doit s'assurer que ces dernières seront protégées de manière suffisante compte tenu des risques de violation de la personnalité des personnes concernées, du but et de l'étendue des traitements de données, ainsi que de la nature des données traitées[2132]. Celui qui recourt à un auxiliaire externe a par ailleurs le devoir de le choisir soigneusement, de veiller à ce qu'il respecte le secret professionnel et d'assurer sur lui un contrôle[2133].

III. Communications d'informations relatives à une personne décédée

1376 Le secret professionnel continue de déployer ses effets après la mort du maître du secret (*cf. supra* N 450 ss). En ce sens, le Tribunal fédéral a affirmé que si la

2131 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 73 ; MÉTILLE, AJP/PJA 2019, p. 616-617. Voir aussi parmi d'autres : MEIER, *Protection des données*, N 1212 ss.

2132 SCHWARZENEGGER/THOUVENIN/STILLER, *Utilisation des services de cloud par les avocates et avocats*, p. 77.

2133 Application par analogie des règles déduites de l'art. 13 LLCA par le Tribunal fédéral dans l'ATF 145 II 229 c. 7.2.

personnalité finissait par la mort, il n'apparaissait pas dépourvu de sens de garantir aux justiciables que les renseignements figurant dans leur dossier de patient demeurent couverts par le secret médical après leur mort et qu'ils ne soient pas divulgués sans un contrôle sévère[2134]. Plus récemment, il a souligné que le secret médical s'appliquait également à l'égard des héritiers et des proches, de manière à s'assurer que le patient puisse communiquer librement des informations à son médecin sans craindre que ces dernières ne soient révélées à ses proches après sa mort[2135]. Ainsi, le droit dont jouit chaque patient d'accéder à son dossier médical s'éteint avec sa mort et ne passe pas aux héritiers ou aux proches[2136]. Le secret professionnel s'applique également aux constatations qui surviennent lors de l'examen du cadavre, à l'occasion de l'autopsie par exemple.

1377 Cela dit, il n'est pas rare que des tiers puissent se prévaloir d'un intérêt important à accéder au dossier médical d'une personne décédée. Tel est le cas lorsque des proches suspectent une erreur médicale dans le traitement du patient avant sa mort ou lorsque des héritiers remettent en cause la capacité de discernement du défunt à la signature de son testament.

1378 En partant du principe que l'information a été recueillie par un professionnel soumis à l'article 321 CP, l'accès au dossier par un proche doit d'abord être examiné à la lumière des motifs justificatifs applicables à cette disposition. Il convient notamment d'examiner l'existence d'un éventuel consentement donné par le défunt avant sa mort, l'existence d'une base légale qui autoriserait la communication ou, à défaut, déterminer si une levée du secret professionnel par l'autorité compétente est envisageable.

1379 Le consentement donné par le patient de son vivant continue de déployer des effets *post mortem*[2137]. Il doit toutefois être admis avec prudence. Même si le consentement peut avoir été donné de manière tacite ou par actes concluants du vivant de la personne décédée, le Tribunal fédéral a exclu

2134 Arrêt du TF du 3 novembre 1989, RDAF 1990 p. 45 c. 4b ; arrêt du TF du 26 avril 1995, SJ 1996 p. 293 c. 3a.

2135 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.2.3. En matière de secret de l'avocat : ATF 135 III 597 c. 3.2. Voir aussi parmi de nombreux auteurs : TRECHSEL/VEST, in TRECHSEL/PIETH (édit.), StGB PK, art. 321 N 28 ; ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 52 ; KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 79 s (avec une présentation de différentes opinions doctrinales sur cette question).

2136 EIGENMANN, *Succession et secrets*, N 95 ; DEVAUD, *L'information en droit médical*, p. 210.

2137 Sur cette question, *cf.* ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 53 ss. Voir aussi : KELLER, *Das ärztliche Berufsgeheimnis*, p. 80 s. Dans l'arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.3, notre Haute Cour semble reconnaître implicitement ce principe dans la mesure où elle constate que le patient n'a pas donné de consentement avant sa mort et exclut de ce fait une révélation fondée sur le consentement du défunt.

qu'on puisse le déduire du seul fait que le défunt entretenait des liens profonds avec des proches[2138]. Le consentement doit au surplus avoir été donné valablement (*cf. supra* N 862 ss). Comme le consentement donné avant la mort déploie ses effets sans limite de temps une fois celle-ci survenue (le consentement ne peut plus être révoqué), on peut questionner sa validité à la lumière de la protection contre les engagements excessifs conférée par l'article 27 al. 2 CC. Outre le fait que l'intérêt à protéger la personnalité diminue après la mort, il faut à mon sens considérer qu'un consentement dont les effets perdurent sans limite après la mort n'est admissible que lorsqu'il est possible d'identifier de manière suffisamment claire l'étendue des informations couvertes par le consentement ainsi que l'identité des destinataires autorisés[2139].

1380 Par ailleurs, une révélation d'informations couvertes par le secret professionnel peut valablement intervenir lorsqu'une disposition légale autorise ou oblige le professionnel à révéler les informations concernées (art. 321 ch. 3 CP). L'obligation d'annoncer les cas de mort suspecte imposée par l'article 253 al. 4 CPP constitue un exemple classique de ce type de révélation. L'article 1 al. 7 OLPD octroie pour sa part un droit d'accès aux données relatives à des personnes décédées. Selon cette disposition, « *la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie d'un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée ou de tiers ne s'y oppose. Un intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée.* » Cette disposition est toutefois problématique à plusieurs titres. Placée dans l'ordonnance, elle ne dispose d'aucune assise légale dans la LPD, qui ne régit pas spécifiquement le sort des données personnelles de personnes décédées. Selon l'opinion dominante, cette disposition est donc anticonstitutionnelle[2140]. Par ailleurs, comme on l'a vu, les dispositions légales qui dérogent au secret professionnel doivent en principe figurer dans une loi au sens formel et déterminer clairement les situations dans lesquelles une dérogation est possible. Outre le fait que l'article 1 al. 7 OLPD ne constitue pas une base légale formelle, le recours à la notion d'intérêt de tiers et à celle d'absence d'intérêt prépondérant de proches de la personne décédée rend la disposition trop imprécise pour justifier une

2138 Arrêt du TF 1P.359/2001 du 1er octobre 2001 c. 2d.

2139 Pour plus de détails sur cette question, *cf.* ERARD/GUILLOD, Jusletter du 29 janvier 2018, N 62.

2140 Voir notamment : BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, art. 2 N 6, qui considèrent l'art. 1 al. 7 OLPD comme « *klar gesetzwidrig* » ; MEIER, *Protection des données*, p. 176 s ; HERTIG PEA, Jusletter du 7 mai 2007, N 20. *Contra* : DEVAUD, *L'information en droit médical*, p. 210.

dérogation au secret professionnel. Dans ces conditions, l'article 1 al. 7 OLPD ne constitue pas une base légale qui permettrait de déroger au secret professionnel pour accéder aux données personnelles d'une personne décédée[2141].

1381 Enfin, la communication à des proches peut valablement intervenir au terme de la procédure de levée du secret professionnel auprès de l'autorité compétente (art. 321 ch. 2 CP). Pour rappel, la requête en levée du secret professionnel doit en principe être introduite par le professionnel, à l'exception de tout autre tiers (*cf. supra* N 947 ss). Les proches d'un défunt ou ses héritiers ne disposent pas eux-mêmes de la qualité pour déposer une requête de levée du secret professionnel auprès de l'autorité[2142]. Ils doivent s'adresser au professionnel concerné qui, s'il l'estime opportun, demandera lui-même à être délié du secret. Une fois saisie, l'autorité de levée du secret professionnel doit procéder à une pesée soigneuse des intérêts en présence pour déterminer s'il existe en l'espèce un intérêt clairement prépondérant en faveur de la révélation[2143]. D'un côté, l'autorité doit évaluer l'intérêt du tiers à consulter le dossier médical. De l'autre, elle doit examiner l'intérêt à la protection du secret médical, y compris après la mort du patient. A ce titre, elle doit non seulement prendre en compte l'intérêt du patient à ce que des informations le concernant ne soient pas divulguées après sa mort, mais aussi l'intérêt public à la protection du secret médical (*cf. supra* N 247 ss). Selon le Tribunal fédéral, l'existence d'un intérêt clairement prépondérant à l'accès au dossier médical d'un patient décédé doit être admise avec prudence. Dans un arrêt récent[2144], il a par exemple nié à deux filles mineures un droit d'accès direct et complet au dossier médical de leur mère qui s'était suicidée. Les recourantes avaient argumenté que cet accès leur était nécessaire pour mener leur processus de deuil. Elles souhaitaient par ailleurs évaluer la qualité des soins fournis à leur mère avant sa mort. Le Tribunal fédéral a jugé que ces intérêts ne justifiaient pas un accès direct et complet au dossier, d'autant plus que les recourantes n'avaient pas engagé concrètement de procédure en responsabilité civile ou pénale à l'encontre de la clinique. Il a par ailleurs estimé que si l'on reconnaissait ce type d'intérêts comme clairement prépondérants, on viderait de son sens l'institution du secret médical. A noter que l'instance cantonale avait accordé un droit d'accès modulé par le biais duquel le dossier de la mère était

2141 MEIER, *Protection des données*, p. 377 ; AEBI-MÜLLER, Jusletter 27 avril 2020, N 54.

2142 Arrêt du TF 4C.111/2006 du 7 novembre 2006 c. 2.3.1. EIGENMANN, *Succession et secrets*, N 95. *Contra* : LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 74, qui estime de manière isolée que le droit de délier le professionnel de son secret passe aux héritiers.

2143 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.2 ; arrêt du TF 2C_1035/2016 c. 4.2.2.

2144 Arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 c. 6.4.4.

communiqué à un psychologue qui prendrait en compte son contenu pour aider les recourantes à faire leur deuil. Le Tribunal fédéral a jugé que cette solution était équilibrée, tout en précisant qu'on ne pouvait pas accorder systématiquement à un médecin intermédiaire un accès complet au dossier médical de la personne défunte. La question devait donc être tranchée de cas en cas[2145]. Enfin, sous l'angle de la levée du secret par l'autorité, il faut encore réserver l'existence de dispositions légales spécifiques de droit cantonal. Ainsi, l'article 55A de la loi sur la santé genevoise oblige les médecins à saisir la commission de levée du secret professionnel lorsque des proches disposant d'un intérêt digne de protection souhaitent être informés sur les causes du décès (la disposition en question est reproduite *infra* N 1383).

1382 En l'absence de consentement ou de disposition légale autorisant la révélation du secret, les proches ou les héritiers peuvent être confrontés à des situations de blocage, notamment lorsque le soignant refuse, même arbitrairement, de requérir la levée de son secret auprès de l'autorité compétente[2146]. En 1995, le Tribunal fédéral a admis par voie prétorienne que des proches pouvaient se prévaloir, sous certaines conditions, d'un droit propre à consulter le dossier médical d'une personne décédée[2147]. Il a essentiellement déduit cette prérogative du respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 CEDH. Dans l'affaire jugée, le Tribunal fédéral a confirmé un arrêté du Conseil d'Etat du canton de Genève qui reconnaissait au fils d'une patiente décédée un droit propre d'exiger des informations sur l'évolution de l'état de santé de sa mère, sur la nature et l'étendue des soins qui lui avaient été prodigués à l'hôpital ainsi que sur la cause de son décès. Toutefois, le droit d'accès ne comprenait pas un droit d'accès personnel au dossier de sa mère. Il fallait partir du principe que son droit à l'information avait été suffisamment pris en compte dans la mesure où un médecin de l'extérieur avait été autorisé à consulter le dossier puis l'avait dans un second temps renseigné sur les éléments essentiels précités. Il faut au surplus préciser que dans l'affaire concernée, le recourant entretenait des liens familiaux intenses avec sa mère. Tout en soulignant qu'il fallait systématiquement procéder à une pesée concrète et sérieuse des intérêts en présence, le Tribunal fédéral a jugé que la solution choisie par le Conseil d'Etat genevois constituait « *un moyen de sauvegarder*

2145 Pour une approche critique de l'arrêt du TF 2C_37/2018 du 15 août 2018 et en faveur d'une meilleure prise en compte des liens intrafamiliaux dans les communications *post mortem* d'informations médicales avec les proches, *cf.* BREITSCHMID, Pflegerecht 2019, p. 151 ss.

2146 Arrêt du TF 4C.111/2006 du 7 novembre 2006.

2147 Arrêt du TF du 26 avril 1995, SJ 1996 p. 293 c. 3.

le droit à la consultation tout en préservant dans la mesure du possible les intérêts privés à la non-divulgation de faits de nature intime »[2148]. L'arrêt précité a par la suite été confirmé dans son principe[2149]. Dans un arrêt de 2001, le Tribunal fédéral a notamment affirmé qu'« *on ne saurait prétendre* [...] *que le dossier médical d'une personne décédée serait totalement inaccessible, car cela empêcherait la succession de rechercher les éventuelles responsabilités du corps médical* »[2150]. Il a au demeurant expliqué que le tiers qui entendait faire valoir un droit propre à consulter le dossier devait présenter un « *intérêt digne de protection vraisemblable* »[2151].

1383 En synthèse, la jurisprudence reconnaît donc aux proches un droit propre d'accéder à certains éléments du dossier médical d'une personne décédée s'ils peuvent se prévaloir d'un intérêt digne de protection vraisemblable à accéder à ces données et que cet intérêt est jugé comme suffisant au terme d'une pesée soigneuse des intérêts en présence. Les modalités d'accès peuvent varier selon les circonstances et impliquent en principe l'intervention d'un soignant « *intermédiaire* » qui consultera lui-même le dossier et communiquera aux proches les éléments dont la révélation est justifiée. La doctrine précise par ailleurs que le défunt ne doit pas s'être opposé à la levée du secret de son vivant[2152]. Cette solution jurisprudentielle est celle qui est généralement appliquée par les établissements de soins aujourd'hui. Elle a par ailleurs été codifiée dans la loi sur la santé genevoise[2153], dont l'article 55A énonce :

« *[1]Pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection, les proches d'un patient décédé peuvent être informés sur les causes de son décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé. L'intérêt des proches ne doit pas se heurter à l'intérêt du défunt à la sauvegarde du secret médical, ni à l'intérêt prépondérant de tiers.*

[2]A cet effet, les proches désignent un médecin chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre.

2148 Arrêt du TF du 26 avril 1995, SJ 1996 p. 293 c. 3. A noter que le Tribunal fédéral a ainsi confirmé la solution adoptée en 1989 à Schaffhouse dans une situation similaire, *cf.* décision de l'Obergericht de Schaffhouse du 22 décembre 1989, Amtsgericht 1989 p. 112. Pour une approche critique de la solution du Tribunal fédéral, *cf.* HERTIG PEA, Jusletter du 7 mai 2007, N 12.

2149 Arrêt du TF 1P.359/2001 du 1er octobre 2001. Voir aussi : arrêt du Verwaltungsgericht de Thurgovie du 18 novembre 2015, TVR 2015 Nr. 20 c. 5 et 6.

2150 Arrêt du TF 1P.359/2001 du 1er octobre 2001 c. 2d.

2151 Arrêt du TF 1P.359/2001 du 1er octobre 2001 c. 2d.

2152 CUENAT, RJJ 2017, p. 41.

2153 A ce sujet, voir les développements de l'arrêt de la Cour de Justice genevoise ATA/1146/2015 du 27 octobre 2015 c. 2e.

[3]Les médecins concernés doivent saisir la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, au sens de l'article 321, alinéa 2, du code pénal suisse.

[4]Par proches, on entend les personnes visées à l'article 378, alinéa 1, du code civil suisse. »

Dans une affaire quelque peu différente de celles mentionnées ci-dessus, 1384
notons encore que les juridictions vaudoises ont récemment admis le recours d'une femme qui souhaitait accéder au dossier médical de son arrière-grand-père (1855-1936)[2154]. La recourante souhaitait obtenir des renseignements sur les raisons médicales de l'internement prononcé à l'égard de son aïeul et plus largement mener un travail de mémoire sur ses ancêtres (dossier médical versé aux archives cantonales vaudoises). Le Conseil de santé vaudois, autorité compétente pour lever le secret professionnel, s'est saisi de la demande (malgré l'absence de requête d'un professionnel de la santé) et l'a rejetée faute d'intérêt suffisant à consulter le dossier. Dans son jugement, la Cour vaudoise a procédé a une pesée concrète des intérêts en présence et, estimant que les pièces concernées étaient peu étendues et anciennes, a jugé qu'aucun intérêt privé ou public prépondérant n'empêchait la recourante d'avoir accès aux documents concernés.

Il faut enfin relever que le Conseil fédéral a récemment saisi l'occasion 1385
de la révision totale de la LPD pour tenter d'introduire une disposition spécifique concernant l'accès aux données de personnes décédées[2155]. Dans les grandes lignes, la disposition du projet prévoyait de reprendre les conditions posées par la jurisprudence. Elle précisait toutefois que si le responsable du traitement refusait la consultation en raison du secret de fonction ou du secret professionnel, les proches pouvaient eux-mêmes demander à l'autorité compétente selon l'article 320 ou 321 du code pénal qu'elle délie le professionnel de son secret. Cette solution aurait créé une nouvelle entorse au système de l'article 321 CP selon lequel seul le professionnel peut demander à être délié de son secret[2156]. Cette proposition a toutefois été rejetée par l'Assemblée fédérale[2157], sur proposition de la commission qui a estimé de manière assez surprenante que le droit successoral prévu par le code civil suffisait à régler cette question. Et d'ajouter : « *Das Erbrecht gemäss ZGB ist zur Regelung solcher*

2154 Arrêt de la Cour de droit administratif et public du 30 janvier 2020 (VD), GE 2018.0229.

2155 Art. 16 du Projet de Loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6803.

2156 Pour rappel, l'APEA peut elle-même requérir la levée du secret professionnel aux conditions posées par l'article 448 al. 2 CC.

2157 BO 2019 N 1809.

Konstellationen aus unserer Sicht ausreichend, insbesondere da der Grundsatz des Übergangs sämtlicher Rechte und Pflichten des Verstorbenen an seine Erben eigentlich alles regelt »[2158].

1386 La question spécifique de l'accès aux dossiers médicaux de personnes décédées avait par ailleurs déjà fait l'objet d'une motion au Conseil national du 21 septembre 2015 qui proposait d'introduire une base légale à ce sujet dans la LPD[2159]. Tout en citant la jurisprudence du Tribunal fédéral relative au droit propre des proches à consulter le dossier médical du défunt, le Conseil fédéral a estimé – de manière quelque peu contradictoire – qu'il était préférable « *de s'en tenir à la procédure ordinaire de levée du secret médical* ». Cette dernière assurait une meilleure prise en compte des intérêts en présence dans chaque cas particulier. La motion a été rejetée.

1387 En conclusion, la législation suisse ne prévoit donc pas de protection différente du secret médical selon que le patient est vivant ou décédé. A la lettre de la loi, les mêmes règles sont applicables. Comme ce système repose en bonne partie sur le consentement du patient à la communication d'informations couvertes par le secret médical, les tribunaux ont procédé à quelques aménagements pour satisfaire l'intérêt des proches à accéder aux informations concernant la personne décédée[2160].

2158 JAUSLIN, BO 2019 N 1805.

2159 Motion n° 15.3873, « *Pour une protection post mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts* », BO (CN) 2017 870.

2160 Pour une approche théorique des différents modèles de communications *post mortem* de données médicales en droit américain et canadien (*common law*), *cf.* SPERLING, *Posthumous Interests*, p. 212 ss. L'auteur y présente notamment trois modèles théoriques possibles qui consistent à accorder une protection plus importante pendant la vie du patient, à appliquer une protection similaire avant et après sa mort, ou à conférer une protection plus forte aux données médicales après sa mort.

Chapitre 4 : Conclusions intermédiaires

Avant d'examiner différentes hypothèses pour le futur du secret médical en droit suisse, il y a lieu de tirer un certain nombre de conclusions intermédiaires générales sur l'ensemble de l'étude menée jusqu'ici. Pour ce faire, je présenterai d'abord une synthèse générale des résultats obtenus, puis me pencherai ensuite plus en détail sur les principaux constats à tirer. 1388

I. Synthèse générale

Les recherches menées dans la première partie ont d'abord permis de mettre en avant le caractère malléable du secret médical à travers les âges. D'un point de vue historique, le secret médical a bénéficié d'une protection plus ou moins forte (parfois même inexistante), qui évolue notamment à la faveur de considérations d'ordre social, économique, politique, médical et historique. 1389

Le contexte dans lequel évolue le secret médical aujourd'hui implique une augmentation importante des communications de données relatives aux patients. Cette augmentation est principalement liée aux développements des modèles de fourniture de soins (augmentation du nombre de soignants et de spécialistes, apparition de nouvelles professions de soins, nouveaux modèles de fourniture de soins, réseaux de soins, etc.) et aux développements technologiques (informatisation, dossier électronique du patient, *big data* ou intelligence artificielle). Ces derniers ont d'ailleurs entraîné l'arrivée de nouveaux acteurs dans le système de soins et le traitement de l'information médicale n'est aujourd'hui plus l'apanage des seuls professionnels de la santé. On pense notamment aux informaticiens, ingénieurs, *data scientists*, mais aussi aux grandes entreprises telles que Amazon ou Google (qui développent des activités directement liées aux soins mais qui collectent aussi d'innombrables données sur les individus offrant des indications sur leur état de santé). 1390

J'ai ensuite tenté d'identifier les intérêts qui justifiaient l'institution du secret médical. En analysant le droit suisse, je suis parvenu à la conclusion que le secret médical protégeait (i.) les intérêts individuels à la santé du patient et à la protection de la sphère privée, (ii.) l'intérêt public à la santé publique qui se traduit par la nécessité de préserver la confiance du public à l'égard des 1391

professions médicales et, dans certaines situations, (iii.) l'intérêt des tiers à la protection de leur sphère privée ou intime s'ils sont suffisamment touchés. L'intérêt public à la protection du secret médical peut lui-même se diviser en une pluralité de sous-intérêts (ex. : lutte contre les maladies transmissibles, protection contre le phénomène du patient de verre, lutte contre les inégalités de traitement). Les intérêts privés ou publics qui sous-tendent le secret médical sont non seulement nombreux, mais ils s'imbriquent de manière complexe. La légitimité du secret médical est d'autant plus forte qu'elle repose également sur une justification éthique, aussi bien sous l'angle utilitariste que déontologique. Dans une optique utilitariste, le secret médical n'est justifié que si les patients sont en mesure d'adapter leur comportement en fonction du degré de protection offert par le secret médical et qu'ils sont susceptibles de renoncer (ou limiter, voire retarder) à recourir à des soins par crainte que certaines informations les concernant soient divulguées à des tiers. Certaines études tendent à montrer que tel est le cas pour les populations en situation de faiblesse (ex. : adolescents, sans-papiers). Il importe donc que le secret médical fasse l'objet d'une réglementation suffisamment claire et prévisible. A défaut, le secret médical ne peut pas jouer pleinement son rôle.

1392 La seconde partie de l'étude a été consacrée à l'identification et à la description des devoirs légaux de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants en Suisse. Les résultats obtenus montrent que ces obligations légales de confidentialité sont nombreuses et qu'elles trouvent leurs fondements aussi bien dans le droit international (ex. : art. 8 CEDH) que dans le droit national. Les principaux devoirs de confidentialité en droit suisse sont le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP), les devoirs de garder le secret fondés sur d'autres lois fédérales (ex. : loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, LStup, LAVI), les devoirs prévus par les législations cantonales sanitaires, le droit disciplinaire fédéral et cantonal et les législations fédérale ou cantonales sur la protection des données. Parallèlement à ces obligations, il faut aussi mentionner la protection contre les atteintes à la personnalité (art. 28 CC), le devoir de discrétion du mandataire déduit de l'art. 398 al. 2 CO ou les règles déontologiques. Ces dernières obligations n'ont cependant pas été examinées en détail dans le cadre de la présente étude, car elles ne jouent qu'un rôle secondaire pour déterminer si une communication envisagée par un soignant est autorisée ou non.

1393 L'examen des obligations légales de confidentialité a mis en lumière un certain nombre de difficultés. En plus de leur nombre important, ces obligations légales relèvent de domaines du droit différents (droit pénal, droit public, droit privé) et possèdent des champs d'application personnels et matériels distincts.

Par la suite, une attention plus marquée a été accordée au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Il s'agit en effet du fondement principal de l'obligation de confidentialité des soignants en droit suisse. La portée de cette disposition est toutefois limitée et la prise en compte des autres obligations de confidentialité était donc nécessaire pour mener à bien la présente étude, faute de quoi cette dernière se serait révélée incomplète. 1394

Avant de déterminer comment les différentes obligations de confidentialité s'articulent entre elles, j'ai analysé de manière systématique leurs limites respectives. Cette analyse a fait l'objet de la troisième partie de l'étude. Elle a montré que les obligations de confidentialité prévues par le droit suisse pouvaient être limitées avec ou contre le consentement de la personne concernée. 1395

Sous l'angle des limitations, la voie du consentement est celle qui doit toujours être préférée, car elle préserve la confiance dans le rapport thérapeutique. Selon l'obligation de confidentialité applicable, les exigences formelles posées pour l'admission du consentement sont toutefois différentes. Ainsi, le consentement à la levée du secret professionnel (art. 321 CP) n'est soumis à aucune exigence formelle, alors que le consentement à la communication de données sensibles au sens de la LPD doit être donné de manière explicite (ou expresse selon la LPD révisée). Le consentement à la levée du secret de fonction n'est quant à lui admis qu'à des conditions restrictives, lorsque le secret touche de manière clairement prépondérante la sphère privée du particulier et qu'il n'existe aucun intérêt public indépendant au maintien du secret. 1396

Les communications contre le consentement de la personne concernée ne doivent quant à elles survenir qu'à titre subsidiaire, car elles portent une atteinte importante à la relation thérapeutique et pourraient attiser la méfiance de la population à l'égard des professions de soins. Elles devraient donc seulement être admises lorsque le consentement n'a pas pu être obtenu. L'analyse du droit suisse montre que les devoirs de confidentialité applicables aux soignants peuvent être levés par le biais d'un mécanisme légal de pondération des intérêts (à l'exception du secret institué par la LAVI) ou sur la base de dispositions légales qui autorisent ou obligent les soignants à communiquer des informations. 1397

Les mécanismes légaux de pondération des intérêts peuvent prendre différentes formes selon l'obligation de confidentialité considérée. Pour le secret professionnel (art. 321 CP), le secret de fonction (art. 320 CP) et les obligations de confidentialité prévues par le droit cantonal sanitaire, il s'agit d'une procédure de levée du secret par l'autorité compétente. Pour les communications de données sensibles au sens de la LPD, c'est l'existence d'un intérêt privé ou public prépondérant. Les législations cantonales sur la protection des données personnelles permettent généralement de restreindre 1398

des communications pourtant licites sur la base d'une pesée d'intérêts. Du point de vue du secret médical, le fait que les communications soient autorisées par une prise en compte des intérêts en présence assurent certes un jugement plus fin de chaque situation particulière, mais elles manquent de prévisibilité. Le patient n'est ainsi pas en mesure de déterminer à l'avance si les informations qu'il confie seront communiquées à des tiers à l'avenir ni dans quelle situation. Sous l'angle de la justification éthique du secret médical (théorie utilitariste), les communications fondées sur une pesée des intérêts en présence sont donc problématiques.

1399 Parallèlement, tous les devoirs légaux de confidentialité peuvent être limités sur la base de dérogations légales. Celles-ci peuvent être énoncées sous forme d'obligations ou de facultés. L'analyse menée s'est concentrée en priorité sur les dérogations légales au secret professionnel (art. 321 CP). Les résultats du recensement opéré ont montré que les dérogations légales étaient aujourd'hui nombreuses, disséminées dans une multitude de législations fédérales ou cantonales et énoncées de manière parfois complexe. Elles visent à protéger des intérêts multiples, notamment liés à la santé publique, la sécurité publique, les personnes vulnérables, la maîtrise des coûts de la santé ou l'administration de la justice. Lorsque l'obligation de confidentialité est de nature pénale, elle peut aussi être limitée par les motifs justificatifs généraux du code pénal, en particulier l'état de nécessité (art. 17 CP). Plus globalement, l'analyse menée a montré que les dérogations légales aux obligations de confidentialité différaient sensiblement selon l'obligation de confidentialité applicable (ex. : les dérogations légales sont admises de manière plus large pour le secret de fonction que pour le secret professionnel), mais également entre les professions soumises à un même devoir de confidentialité (ex. : en procédure pénale, les soignants astreints au secret professionnel sont soumis à des régimes distincts en matière de témoignage).

1400 Enfin, dans la quatrième et dernière partie, j'ai tenté d'établir comment les différentes obligations de confidentialité s'articulaient entre elles. Je suis parvenu à la conclusion que l'examen de la licéité d'une communication par un soignant devait faire l'objet d'un raisonnement par étapes. Il faut d'abord déterminer si la communication a pour objet des données personnelles, faute de quoi elle ne ne tombe pas sous le coup de la loi. On réservera toutefois le cas du secret de fonction qui peut quant à lui aussi couvrir des informations non personnelles. Il faut ensuite identifier la législation sur la protection des données applicable (fédérale ou cantonale), qui établira le cadre général pour le traitement de données. Cela fait, il faut déterminer si le soignant qui envisage la communication est soumis à un devoir spécial de confidentialité (art. 321 CP, art. 320 CP, art. 35 LPD, obligation découlant du droit cantonal sanitaire, etc.).

Si plusieurs devoirs de confidentialité s'appliquent en concours, il faut déterminer lequel l'emporte sur les autres. Pour cela, il faut appliquer les règles générales relatives aux concours, notamment les concours d'infractions si le soignant est soumis à plusieurs devoirs institués par le droit pénal. A cet égard, le secret professionnel (art. 321 CP) et le secret de fonction (art. 320 CP) forment un concours imparfait d'infractions qui doit être résolu en faveur du secret professionnel en raison de son caractère spécial. Le secret de fonction s'applique à titre subsidiaire pour les informations qui ne concernent pas les patients. Enfin, après avoir désigné le devoir spécial de confidentialité, il faut examiner la licéité de la communication envisagée à la lumière des limites du devoir spécial en question (ex. pour le secret professionnel : consentement, levée du secret par l'autorité, dérogation légale ou motif justificatif général du code pénal). Pour déployer leurs effets, les dérogations légales à un devoir spécial de confidentialité doivent être prévues dans une loi au sens formel, être énoncées de manière suffisamment précise et respecter le droit fédéral. A défaut, elles sont nulles. Lorsque plusieurs dérogations entrent en conflit, il faut appliquer les règles générales de conflits de normes.

1401 J'ai ensuite approfondi trois questions choisies. La problématique du secret partagé et de la communication d'informations aux auxiliaires, y compris aux entreprises informatiques, doit à mon sens être résolue à la lumière du consentement du patient. Ce consentement, qui peut être donné de manière tacite ou par actes concluants, doit être admis de manière large lorsque la communication intervient à l'attention d'un auxiliaire. Il faut à tout le moins que la communication puisse être considérée comme prévisible ou usuelle aux yeux du patient moyen.

1402 J'ai enfin examiné plus en détail la question des communications d'informations relatives à une personne décédée et constaté que la loi ne prévoyait pas de régime particulier pour ce type de communications. La jurisprudence a toutefois reconnu aux proches un droit propre d'accéder à certains éléments du dossier médical d'une personne décédée si ces proches pouvaient se prévaloir d'un intérêt digne de protection vraisemblable à accéder à ces données et que cet intérêt était jugé comme suffisant au terme d'une pesée soigneuse des intérêts en jeu.

II. Constats principaux

1403 Les développements menés dans la présente étude m'amènent à dégager un certain nombre de constats concernant le secret médical en droit suisse qui peuvent s'articuler autour de quatre axes : disparités, amenuisement, complexité et, de manière plus interrogative, désuétude.

A. Disparités

1404 Le secret médical tel qu'il est consacré en droit suisse surprend d'abord par ses disparités, qui se constatent à plusieurs niveaux.

1405 Le soignant peut être soumis à une obligation de confidentialité distincte selon la profession exercée. Ainsi, une sage-femme (art. 321 CP) n'est pas soumise à la même obligation de confidentialité qu'un ambulancier indépendant (art. 35 LPD) ou qu'une logopédiste travaillant dans un établissement médico-hospitalier public (obligation prévue par le droit cantonal sanitaire potentiellement applicable selon le droit cantonal). La diversité des régimes qui entrent en jeu crée des disparités entre ces catégories de soignants, car les limites de ces différents devoirs ne se recoupent pas. Le devoir de discrétion institué par la LPD peut par exemple être écarté sur la base d'un intérêt privé ou public prépondérant alors que le secret professionnel doit être levé par l'autorité cantonale compétente. Par ailleurs, les professionnels astreints au secret selon l'article 321 CP bénéficient de droits de refuser de collaborer dont ne bénéficient pas ceux qui sont astreints au devoir de discrétion selon la LPD (ex. : en matière de protection de l'enfant, réserve de l'art. 314*e* CC à l'égard des personnes soumises au secret professionnel en vertu du code pénal). Ces différences de régimes ne permettent donc pas d'affirmer, comme l'a fait le Conseil fédéral dans le cadre de la révision de la LPD, que le devoir de discrétion de la LPD permet de « *combler* » les lacunes qui résultent du cercle restreint des auteurs touchés par les articles 320 et 321 CP[2161]. Le devoir de discrétion de la LPD renforce certes le devoir de se taire, mais il n'est pas équivalent au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. De telles différences de traitement sont difficilement justifiables, d'autant plus qu'elles peuvent survenir entre des soignants qui exercent la même profession, par exemple lorsqu'une logopédiste agit comme auxiliaire d'un médecin (art. 321 CP) ou sous propre responsabilité professionnelle (art. 35 LPD).

1406 De manière assez surprenante, des disparités sont également constatées entre les professions soumises à une même obligation de confidentialité, en particulier celles qui sont astreintes au secret professionnel selon l'article 321 CP. En procédure pénale, le droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel ne s'applique qu'aux médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues et leurs auxiliaires. Les autres professions de soins visées par l'article 321 CP, soit celles qui sont soumises à la LPSan (sages-femmes, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes,

2161 Message révision LPD, FF 2017 6565, 6717. Le Conseil fédéral avait déjà adopté une posture similaire dans le Message du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de procédure pénale, FF 2006 1057, 1182.

ostéopathes et leurs auxiliaires), bénéficient quant à elles d'un droit de refuser plus restreint sur la base de l'article 173 al. 1 let. f CPP[2162]. Une distinction de ce type existe également dans le cadre des procédures en matière de protection de l'adulte. L'article 448 al. 2 CC limite en effet le devoir de collaborer avec l'autorité de protection de l'adulte aux seuls médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, chiropraticiens et psychologues ainsi que leurs auxiliaires. Ces disparités entre les professions soumises à un même devoir de confidentialité sont difficiles à justifier, sauf à admettre que certaines professions de soins seraient considérées comme « *plus importantes* » que d'autres.

1407 Enfin, des disparités ont également été constatées sur le plan géographique. Celles-ci reposent principalement sur la compétence des cantons d'adopter des dispositions qui statuent un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP). Ainsi, les soignants sont soumis à des régimes de confidentialité différents selon le canton où ils exercent leur profession. Les disparités les plus marquées ont été recensées en matière de signalement de soupçons d'infractions pénales (*cf. supra* N 1052 ss). L'examen des législations cantonales a également révélé l'existence de dispositions limitant la portée du secret médical dans des domaines très divers (sécurité des patients, mise en danger de la santé publique, dangerosité des personnes en privation de liberté, communications aux proches, communications entre soignants, etc.). A une époque où les soignants et les informations circulent beaucoup, de tels régionalismes sont difficilement justifiables, même s'ils sont le résultat de la liberté laissée aux cantons en vertu du système fédéral. On peine par exemple à défendre l'idée que les médecins tessinois soient aujourd'hui obligés de dénoncer des soupçons d'infractions pénales alors que les médecins genevois ne sont soumis à aucune obligation de ce type[2163].

1408 On ne saurait toutefois passer sous silence les efforts du législateur pour amenuiser un tant soit peu les disparités soulevées ici, notamment en enrichissant régulièrement la liste des professions astreintes au secret professionnel au sens de l'article 321 CP. Ont ainsi été ajoutés à cette liste les chiropraticiens et les psychologues (2012), ainsi que les infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes (2020) et leurs auxiliaires respectifs.

2162 On rappellera à cet égard que les sages-femmes qui bénéficiaient d'un droit de refuser de témoigner fondé sur le secret professionnel (art. 171 CPP) ont été rétrogradées au rang des personnes bénéficiant d'un droit restreint de refuser de témoigner fondé sur d'autres devoirs de discrétion (art. 173 al. 1 let. f CPP) suite à l'entrée en vigueur du CPP.

2163 Les obligations de signaler des soupçons d'infractions sont d'ailleurs contraires au droit fédéral depuis l'entrée en vigueur du CPP (*cf. supra* N 1058).

1409 En dépit de ces efforts d'harmonisation, les soignants helvétiques restent susceptibles d'être soumis à des régimes de confidentialité distincts selon la profession qu'ils exercent, leur statut (exercice dans un établissement public ou sous propre responsabilité) et le lieu où ils exercent. Que ces distinctions reposent sur le critère du régime de confidentialité applicable, sur une disposition qui crée des régimes distincts entre des professionnels soumis à la même obligation de confidentialité ou sur la base du droit cantonal, elles sont aujourd'hui difficilement soutenables. Elles portent atteinte à la sécurité du droit et créent des distinctions injustifiées entre les professions de soins.

B. Amenuisement

1410 Le second constat général est une tendance régulière à l'amenuisement de la protection légale du secret médical en droit suisse.

1411 Cet amenuisement se constate surtout à la lumière du nombre de dispositions légales qui permettent aujourd'hui de déroger au secret médical. Alors que le droit suisse offre, dans sa conception initiale, des mécanismes plutôt souples pour déroger au secret médical (on pense notamment aux procédures de levée du secret dans des situations non prévues par la loi), le législateur fédéral et les législateurs cantonaux n'ont en effet cessé d'adopter de nouvelles dérogations ou d'étendre la portée des dérogations existantes. Bien rares sont les situations où le législateur aurait jugé que les intérêts protégés par le secret médical mériteraient qu'on fasse machine arrière pour renforcer le secret médical. On évoquera certes les débats sur le secret médical en prison suite aux affaires Adeline et Marie, où la montée au front des médecins avait découragé certains législateurs cantonaux romands d'étendre les devoirs de signalement relatifs à la dangerosité des détenus dangereux. Un tel phénomène reste toutefois l'exception.

1412 Comme examiné en détail, les dérogations légales au secret professionnel ont été adoptées aujourd'hui dans des domaines divers et variés, que ce soit pour la protection de la santé publique (maladies transmissibles, pharmacovigilance, mise en danger de la santé publique, maladies oncologiques, transplantations, sécurité des patients), la protection de la sécurité publique (morts suspectes, indices d'infractions pénales, circulation routière, dangerosité des détenus, armes à feu), la protection des personnes vulnérables (protection des mineurs ou des adultes, risques de dépendance, protection des patients), la maîtrise des coûts de la santé ou encore l'administration de la justice.

1413 Dans certains domaines, les dérogations légales au secret professionnel ne déploient que des effets restreints, notamment parce qu'elles sont énoncées sous forme de faculté, que l'information communiquée reste limitée ou

que les conditions posées pour le signalement sont restrictives (ex. : signalement en matière de toxicodépendance selon l'art. 3c al. 1 LStup). Dans d'autres domaines toutefois, les dérogations portent des atteintes importantes au secret médical. Tel est le cas dans le domaine des assurances sociales où, malgré les mécanismes de transmission de l'information mis en place par le législateur, l'intérêt à la maîtrise des coûts de la santé l'emporte presque systématiquement sur la protection du secret médical. La jurisprudence du Tribunal fédéral, qui tend généralement à trancher en faveur des assureurs sociaux souhaitant accéder aux informations des assurés, confirme cette tendance. Les atteintes portées dans le domaine des assurances sociales sont au surplus exacerbées du fait que les données communiquées dans le contexte des assurances sociales peuvent ensuite faire l'objet d'échanges entre les assureurs sociaux.

1414 Certains auteurs, à l'instar de PELET, ont critiqué l'expansion des dérogations légales au secret professionnel, regrettant que le législateur se substitue toujours plus au praticien pour décider quand la confidentialité devait prévaloir ou non[2164]. PELET précise d'ailleurs, à mon sens de manière justifiée, que les «*facultés*» d'annonces constituent elles aussi des affaiblissements importants du secret médical, car le patient doit alors compter sur le fait que ses informations pourront être communiquées sans son consentement ou sans procédure formelle de levée du secret.

1415 Dans le même temps, il faut reconnaître que l'expansion du nombre de dérogations légales au secret professionnel reflète l'évolution de la société. Sous l'angle historique, on a constaté que la protection du secret médical variait en effet à chaque époque selon les valeurs sociétales qui prévalaient alors. Avec GUILLOD, je reconnais ainsi volontiers que le rôle de l'Etat s'est aujourd'hui accru (notamment par le développement de l'Etat-providence : assurances sociales, protection de l'enfant et de l'adulte, etc.) et que ce dernier doit donc logiquement accéder à de plus grandes quantités d'informations pour remplir les tâches qui lui sont aujourd'hui dévolues[2165].

1416 Dans cette dynamique, la tentation du législateur peut être grande de tirer profit de la position privilégiée du soignant en vue d'élargir son accès à des informations précieuses sur l'état général de la société. Il ne doit toutefois jamais perdre de vue la protection des intérêts qui justifient le secret médical, faute de quoi les bénéfices escomptés par l'obtention des informations relatives

2164 PELET, *Le médecin malgré lui*, p. 88.

2165 GUILLOD, *Secret médical en voie d'érosion*, p. 215. Voir aussi sur le constat de l'affaiblissement général du secret en droit et ses causes : PETERMANN, *La personne privée, le secret et le droit*, p. 18 ss.

aux patients pourraient être sérieusement contrebalancés par les inconvénients causés par l'affaiblissement du secret médical. A propos de ces risques, je renvoie notamment le lecteur aux réflexions menées sur les intérêts publics protégés par le secret médical (*cf. supra* N 247 ss).

1417 Enfin, d'un point de vue extra-légal, il paraît encore utile de souligner que la confidentialité fait partie intégrante de l'éthique des professionnels de soins, qui y attachent une grande importance. En pratique, les soignants auront donc tendance à manier l'information médicale avec prudence et retenue.

C. Complexité

1418 Le caractère « *complexe* » d'une réglementation relève évidemment d'une appréciation subjective et peut difficilement être « *mesuré* ». Plusieurs éléments tendent toutefois à montrer que la mise en œuvre de la réglementation relative au secret médical en droit suisse est aujourd'hui particulièrement complexe.

1419 Cette complexité découle d'abord de la pluralité des régimes juridiques qui entrent en jeu pour fonder l'obligation de confidentialité des soignants et, plus particulièrement, de leur articulation. Dans ce cadre, la détermination du droit applicable n'est pas forcément aisée. La détermination du droit de la protection des données applicable (LPD ou droit cantonal de la protection des données, qui font office de cadre général pour le traitement des données personnelles) en constitue un bon exemple. Cet exercice peut en effet se révéler particulièrement délicat dans le domaine de la santé, où les limites entre le secteur public et privé sont parfois floues. Par ailleurs, l'existence de concours entre les dispositions astreignant les soignants à un devoir spécial de confidentialité contribue elle aussi à créer de l'incertitude. L'exemple le plus marquant est celui du concours entre le secret professionnel (art. 321 CP) et le secret de fonction (art. 320 CP), au sujet duquel la doctrine est divisée.

1420 Les difficultés les plus marquées sont toutefois probablement liées à la dissémination des dispositions pertinentes dans l'ordre juridique. Les dérogations aux différentes obligations de se taire sont en effet inscrites dans une multitude de textes légaux de rang fédéral ou cantonal, dans des domaines aussi variés que la circulation routière, les assurances sociales, la réglementation sur les armes ou le code civil. Le maniement de ce corpus de règles est pour le moins déroutant.

1421 Il faut enfin mentionner les difficultés liées à la mise en œuvre de certaines dérogations au secret médical. Ces difficultés peuvent découler des spécificités propres à chaque dérogation. Outre les questions liées aux disparités de régimes entre soignants (*cf. supra* N 1404), certaines dérogations rei-

posent sur des critères de mise en œuvre peu clairs. En matière de protection de l'enfant par exemple, les soignants qui ne sont pas soumis au secret professionnel en vertu du code pénal sont par exemple « *obligés* » de signaler les cas où l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'un enfant est menacée dans les situations où il existe des « *indices concrets* » de cette menace, s'ils ne peuvent pas remédier à la situation dans le cadre de leur activité et s'ils sont en contact régulier avec des enfants dans l'exercice de leur activité professionnelle (art. 314*d* al 1 CC). Les cantons peuvent au surplus prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité. Les conditions posées pour l'obligation d'annonce sont non seulement nombreuses, mais elles présentent toutes une marge d'interprétation relativement importante. On pourra certes rétorquer qu'un nombre important de soignants est aujourd'hui astreint au secret professionnel en vertu du code pénal (ces soignants bénéficient d'une « *faculté* » d'annonce selon l'art. 314*c* al. 2 CC). Une partie des soignants sort toutefois encore du champ d'application de l'article 321 CP et est donc soumise à l'obligation d'annonce. Ce type de dérogations tend inévitablement à créer des incertitudes et à compliquer la mise en œuvre du secret médical.

1422 Une autre source de difficultés en lien avec la mise en œuvre des dérogations au secret médical a trait à la compatibilité des dérogations légales avec le droit supérieur. Les dérogations légales doivent respecter un certain nombre de conditions pour déployer valablement leurs effets. Elles doivent notamment être prévues par une loi au sens formel et définir avec suffisamment de précision le cercle des soignants autorisés à communiquer des informations et les situations dans lesquelles ces communications peuvent survenir. Or, dans les faits, les dérogations légales – notamment celles prévues par le droit cantonal – ne sont pas toujours suffisamment précises. Certaines dispositions de droit cantonal semblent de surcroît entrer directement en contradiction avec le droit fédéral.

1423 Si l'on se penche sur les « *causes* » de la complexité du secret médical en droit suisse, deux phénomènes semblent se démarquer :

1. Un phénomène lié à l'évolution législative. La pluralité des normes qui régissent aujourd'hui le secret médical en Suisse est avant tout le résultat de vagues législatives successives intervenues depuis le milieu du XXe siècle jusqu'à nos jours. Au niveau fédéral, le secret professionnel a d'abord été inscrit dans le code pénal fédéral qui est entré en vigueur en 1942. Il a ensuite fait l'objet de réglementations diverses dans les législations cantonales sanitaires, qui ont progressivement été adoptées depuis les années 1970. Ces dernières ont notamment étendu le champ du secret professionnel à des professions non visées par

l'article 321 CP. A compter des années 1980[2166], l'adoption progressive de législations fédérales et cantonales sur la protection des données personnelles est venue ajouter une couche réglementaire supplémentaire pour le traitement général de données personnelles. Enfin, les législations fédérales sur l'exercice de certaines professions (LPMéd, LPsy et LPsan) entrées en vigueur entre 2007 et 2020 ont elles aussi eu un impact sur le secret professionnel en contribuant à réviser le champ personnel de l'article 321 CP et en instituant des sanctions disciplinaires unifiées à l'échelle fédérale pour la violation des obligations de confidentialité par les professionnels concernés. Sous l'angle du secret médical, la coordination entre ces différentes vagues réglementaires n'a pas été optimale et n'a pas permis de prendre suffisamment en compte les évolutions des pratiques de soins. Le caractère partiel du champ d'application personnel de l'article 321 CP l'illustre bien, puisqu'il laisse encore de côté bon nombre de professions de soins. La complexité de la réglementation du secret médical en droit suisse a donc indéniablement une composante historique.

2. Un phénomène lié au système fédéral helvétique. Le secret médical se trouve à la croisée de deux domaines du droit : la santé et la protection des données personnelles. Or, dans ces deux domaines, la question du partage des compétences entre la Confédération et les cantons est souvent délicate. La santé relève historiquement de la compétence des cantons, mais celle-ci est progressivement supplantée par l'octroi de compétences toujours plus importantes en faveur de la Confédération. Aujourd'hui, la réglementation de l'exercice des professions de soins est ainsi réglée en partie par le droit fédéral (LPMéd, LPsy, LSan) et en partie par le droit cantonal sanitaire. Quant au droit de la protection des données personnelles, il implique un partage de compétences délicat entre la Confédération et les cantons qui repose sur le critère selon lequel les données sont traitées par une personne privée ou un organe fédéral (LPD) ou par un organe de droit cantonal (droit cantonal de la protection des données). Or, comme on l'a vu, des personnes privées sont régulièrement amenées à accomplir des tâches publiques dans le domaine des soins, ce qui a pour effet de rendre la distinction entre personne privée et organe public cantonal souvent difficile.

2166 Le canton de Genève avait fait office de pionnier en adoptant une loi sur la protection des informations traitées par ordinateur en 1976 déjà. La LPD est quant à elle entrée en vigueur en 1993.

Les développements qui précèdent mettent en lumière la complexité de l'institution juridique du secret médical en droit suisse. Les conséquences de cette complexité sont inévitablement le manque de clarté et de prévisibilité de la réglementation en vigueur. Si cette dernière suscite de nombreuses interrogations chez les juristes, sa compréhension est d'autant plus difficile pour les premiers concernés, à savoir les soignants et les patients. 1424

L'efficacité du secret médical se mesure en bonne partie à la lumière du niveau de clarté de sa réglementation. En Suisse, le niveau de complexité atteint en la matière laisse douter que le secret médical soit encore efficacement protégé. 1425

D. Désuétude ?

En Suisse, comme dans la plupart des Etats d'Europe continentale, le secret médical est traditionnellement consacré comme une obligation de confidentialité à caractère personnel qui repose sur les épaules des soignants. Ceux-ci sont ainsi soumis *par principe* à une obligation légale de se taire. Cette conception somme toute classique du secret médical repose sur l'idée que le médecin[2167] se trouve au centre du système de soins, voire même du système de santé, et qu'il est le garant principal du contrôle de l'information médicale. 1426

Les développements menés dans la première partie de l'étude ont toutefois montré que les médecins n'étaient plus seuls à la barre pour gérer l'information médicale et qu'ils devaient aujourd'hui composer avec des contraintes de diverses natures. 1427

Ces contraintes imposent en premier lieu aux médecins et plus généralement aux soignants de partager les informations relatives aux patients. A côté des nombreuses dérogations légales au secret médical aujourd'hui en vigueur (justifiées par les intérêts de santé publique, sécurité, économie, etc.), j'ai notamment mis en lumière l'augmentation des communications liées à l'évolution de l'exercice de la médecine (ex. : spécialisation, équipes de soins, réseaux, etc.), à la modification des besoins médicaux (ex. : patients âgés, maladies chroniques), aux applications informatiques (ex. : *cloud*, DEP, multiplication des copies) ou aux larges besoins d'accès à l'information médicale pour le développement des nouvelles technologies (ex. : *big data*, intelligence artificielle, médecine de précision). 1428

2167 A cet égard, les travaux historiques relatifs à l'adoption du secret professionnel (art. 321 CP) ont principalement pris en compte l'obligation de confidentialité du « *médecin* » et moins celle des autres professions de soins.

1429 Parallèlement, le développement des nouvelles technologies de l'information et de la communication a renforcé le phénomène selon lequel les informations relatives à la santé des individus ne sont plus seulement collectées et traitées par des soignants. Elles sont désormais aussi traitées par des acteurs étrangers au secteur de soins. Les applications mobiles de santé permettent par exemple à toutes sortes d'acteurs, souvent étrangers, de collecter des masses importantes de données sur les individus. On pense naturellement aux incontournables GAFAM, mais ces collectes de données de santé peuvent être opérées à des niveaux différents, par exemple à l'échelle des assurances sociales (applications mobiles développées par Helsana par exemple), de la recherche scientifique ou du développement d'applications mobiles dans le domaine du sport. Ce phénomène est exacerbé par les capacités techniques de collecter et traiter des volumes de données très importants. Dans l'univers du *big data*, des données *a priori* sans lien avec la santé peuvent alors, une fois recoupées, offrir une image assez précise de l'état de santé d'un individu.

1430 Ces évolutions technologiques et l'accumulation des données qu'elles entraînent convergent vers une nouvelle et irrémédiable tendance à la transparence généralisée, souvent au service d'un nombre réduit d'acteurs et à des fins économiques (entreprises technologiques, assurances, etc.)[2168]. Parallèlement, il faut aussi souligner, à l'instar de KIEFER, que le secret et l'intimité ne représentent plus forcément le souci principal des citoyens aujourd'hui. Ce qui leur importe, ce serait désormais plus « *la mise en réseau optimale des informations les concernant* », dans une sorte d'engouement pour chaque avancée technologique même si celle-ci implique un partage de données plus important. Le même auteur constate par ailleurs la tendance actuelle des individus à partager des informations sur le web pour soigner leur image ou encourager leur autopromotion (résultats sur Google, image sur les réseaux sociaux, etc.)[2169].

1431 En considérant les banques de données médicales qui grandissent et se multiplient, les volumes et la diversité des communications ainsi que l'utilisation des données médicales qui pourrait être faite pour le bien de tous, certains auteurs estiment qu'il est temps de briser un tabou et d'aborder la question politiquement incorrecte de la limitation du secret médical. Pour DE HALLER par exemple, l'élargissement des possibilités d'analyse de données médicales pourrait servir la prévention, la promotion de la santé et le contrôle de la qualité, la santé publique ou la gestion du système de soins

2168 KIEFER, *Le patient transparent*, p. 128.

2169 KIEFER, *Le patient transparent*, p. 130 ss. Voir aussi à ce sujet les propos d'Urs STOFFEL, membre du comité central de la FMH, selon lequel les patients publient des photos d'eux-mêmes sur Facebook 30 minutes après leur opération : WITTE, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 538 s.

lui-même[2170]. Selon lui, cet élargissement impliquerait inévitablement de se demander comment assouplir le secret médical et que faire des données existantes. Il faudrait également identifier les avantages que le patient et les autres acteurs du monde de la santé pourraient tirer d'un plus grand partage d'informations[2171].

1432 Des réflexions du même type ont conduit d'autres auteurs, certes souvent étrangers, à affirmer que le secret médical classique, compris comme une obligation personnelle de confidentialité à charge des soignants, était un concept désuet et préconisent une approche exclusivement basée sur le droit de la protection des données personnelles[2172].

1433 De mon point de vue, déterminer si le secret médical « *classique* » présente aujourd'hui un caractère désuet ou non dépend étroitement de la valeur que l'on accorde à la relation de soins. Le maintien d'une obligation spéciale de confidentialité à l'égard de soignants signifie qu'on accorde un statut particulier à la relation de soins par rapport aux autres secteurs dans lesquels des données de santé sont collectées et traitées (GAFAM, assurances, recherche, etc.). On doit bien sûr s'appuyer sur les intérêts protégés par le secret médical – en particulier les intérêts publics – pour justifier le besoin de protection spéciale de la confidentialité. Mais si la relation de soins se distingue fondamentalement des autres domaines où des données de santé sont collectées et traitées, c'est bien dans les relations personnelles particulières qu'elle implique et dans le caractère profondément « *humain* » de ces relations. La question centrale est ainsi la suivante : la relation de soins (et plus particulièrement les aspects humains qui la sous-tendent) mérite-t-elle une protection « *spéciale* » en comparaison des autres secteurs d'activités où des données de santé sont collectées et traitées ?

1434 On ne peut pas nier aujourd'hui que le secret médical traditionnel semble dépassé par les développements de la médecine et des nouvelles technologies sur de nombreux points. On ne peut pas non plus nier que l'importance accordée par la population à la protection des données de santé est plutôt variable. Alors que certains patients exigent un secret médical fort, d'autres attendent des soignants qu'ils partagent leurs informations en vue de recevoir de meilleurs soins. D'autres encore souhaiteraient que leurs données soient utilisées pour développer la science médicale et développer la médecine de demain ou que leurs données de santé soient monétisées… Par ailleurs,

2170 DE HALLER, Bulletin des médecins suisses 2015, p. 18.

2171 *Ibid.*

2172 LATTANZI, *Protecting health care data*, p. 22 ; WILSON, *The changing face of healthcare systems*, p. 18.

comme je l'ai exposé dans le présent chapitre, le secret médical tel qu'il est consacré aujourd'hui par le droit suisse souffre de lacunes importantes (amenuisement, manque de clarté, disparités, complexité). Malgré tous ces arguments plutôt défavorables au maintien du secret médical « *classique* », le domaine des soins possède des particularités qu'aucun autre secteur tributaire de l'accès aux données de santé ne présente. Face aux pressions technologiques en tout genre et la tendance inexorable à la transparence, face au phénomène de concentration des données entre les mains d'un nombre réduit d'acteurs, la relation de soins reste un espace où l'humain peut être humain. Qu'importe le nombre de professionnels qui interviennent aujourd'hui dans un traitement, la relation de soins est un espace où l'individu cherche bien sûr de l'aide, mais aussi où, pour reprendre les termes de KIEFER, il « *ne cesse de travestir la réalité et de se mentir, de fabriquer du faux avec du vrai et du vrai avec du faux.* [...] *c'est non seulement son droit, mais surtout une forme de langage. L'intime est un lieu de pure liberté, de complexité. Mais il ne faudrait pas que la possibilité du langage décalé, du jeu avec le réel, devienne l'apanage des seuls surveillants, des quelques-uns qui ont la possibilité de rester hors du panoptique absolu qui se met en place* »[2173]. Juger que la protection du secret médical est aujourd'hui désuète, c'est à mon sens nier le caractère fondamentalement humain de la relation de soins.

2173 KIEFER, Revue médicale suisse 2015, p. 2308.

Chapitre 5 : Hypothèses de travail pour le futur du secret médical

I. Introduction

Après avoir disserté longuement sur le secret médical tel qu'il est aujourd'hui régi dans l'ordre juridique suisse, il convient de conclure cette étude sur une note prospective et d'entrevoir – à tout le moins brièvement – les perspectives futures du secret médical en droit suisse. 1435

Je renoncerai ici à formuler une proposition législative unique, qui prendrait la forme d'une norme nouvelle ou d'une modification de normes en vigueur. Le secret médical évolue d'époque en époque et doit faire l'objet d'un travail de redéfinition constant. Or, ce travail de redéfinition ne saurait être mené sous un angle exclusivement juridique, même si ce dernier en est une des composantes essentielles. Il s'agit au contraire d'une question sociétale qui doit faire l'objet d'un débat public et auquel devraient prendre part tous les acteurs sociaux concernés (patients, praticiens, politiques, assurances, etc.)[2174]. 1436

L'objectif de ce dernier chapitre consiste donc plutôt à présenter de manière critique un certain nombre de scénarios plus ou moins plausibles ou souhaitables pour l'évolution du secret médical en Suisse et d'offrir, pour chacun d'eux, une analyse juridique succincte de leur mise en œuvre. 1437

II. Scénario 1 : statu quo

A l'heure où ces lignes sont écrites, le secret médical ne fait pas l'objet d'un projet de révision en droit suisse. La liste des professions astreintes au secret professionnel selon l'article 321 CP a certes fait l'objet d'un élargissement régulier au cours des dernières années, mais aucun nouveau projet d'élargissement n'est aujourd'hui envisagé. Il faut bien entendu mentionner la révision totale de la LPD en cours. Même si le devoir de discrétion imposé par cette dernière s'alignera mieux sur le secret professionnel au sens de l'article 1438

2174 RIEDER/LOUIS-COURVOISIER/HUBER, Medical Humanities 2016, p. 153.

321 CP (le devoir de discrétion s'appliquera par exemple aux données secrètes sans qu'elles soient forcément sensibles), cette révision n'impliquera aucune évolution majeure du point de vue du secret médical.

1439 En l'état actuel, le scénario le plus plausible à court et moyen terme est donc le *statu quo*. A long terme, ce *statu quo* est toutefois problématique, notamment pour les raisons qui ont été évoquées dans les conclusions intermédiaires (*cf.* N 1403 ss). Le système de normes actuellement en vigueur est en effet marqué par les disparités, l'amenuisement de la protection du secret, une forte complexité et un phénomène de décalage avec la pratique médicale et les évolutions technologiques qui confèrent au secret médical, selon les points de vue, un caractère parfois désuet.

1440 Or, tout laisse à penser que ces « *défauts* » continueront à s'amplifier dans le futur si le dispositif normatif en vigueur n'est pas repensé. Les nouvelles professions qui arriveront dans le secteur de la santé échapperont à la réglementation spéciale du secret médical et les disparités se renforceront. En suivant la tendance constatée au cours des dernières décennies, il est également fort probable que le législateur (fédéral ou cantonal) poursuive son cap et adopte dans le futur de nouvelles dérogations légales au secret médical ou étende les dérogations existantes, amenuisant ainsi un peu plus sa protection. L'adoption éventuelle de nouvelles dérogations légales rendra de surcroît le système encore plus complexe et donc forcément moins prévisible pour les acteurs concernés (patients et soignants). Enfin, les développements prévisibles et continus des sciences médicales et des nouvelles technologies conduiront inévitablement à creuser progressivement le décalage entre le secret médical « *traditionnel* » et les larges besoins d'accès aux données. Peu à peu, dans un secteur de la santé toujours plus connecté, certains pourront alors voir dans le secret médical « *traditionnel* » une entrave à la marche inexorable du progrès.

1441 Avec de telles perspectives, il semble pour le moins difficile d'imaginer que la configuration normative actuelle permettra de préserver de manière satisfaisante les intérêts protégés par le secret médical sur le long terme. Plusieurs pistes de réflexion, présentant des degrés de réforme plus ou moins importants, sont abordées dans les scénarios qui suivent.

III. Scénario 2 : adaptation de la législation actuelle

A considérer que la protection du secret médical continue de reposer sur l'architecture normative actuellement en vigueur, des modifications législatives devraient être envisagées pour supprimer – ou à tout le moins atténuer – les disparités qui frappent les soignants dans ce domaine. Comme on l'a vu, ces disparités reposent sur les différences de régimes de confidentialité applicables selon la profession exercée et le contexte dans lequel elle est exercée (public ou privé), mais elles peuvent aussi frapper les soignants qui sont soumis à un même devoir de confidentialité (ex. : différences de traitement pour le témoignage en procédure pénale, art. 171 et 173 CPP) ou surgir en fonction du canton où la profession est exercée (sur la question des disparités, *cf. supra* N 1404 ss). Bon nombre de ces disparités sont difficilement justifiables et rendent, dans les faits, la mise en œuvre du secret médical malaisée et peu prévisible. 1442

Pour résoudre cette problématique, plusieurs pistes d'adaptations législatives méritent d'être examinées. 1443

A. Redéfinition des professions de soins visées par l'article 321 CP

L'effort d'harmonisation devrait en premier lieu passer par une redéfinition des professions de soins astreintes au secret professionnel selon l'article 321 CP, qui sont aujourd'hui énoncées selon une liste limitative. Au cours des dernières années, des efforts ont certes été menés pour étendre cette liste (ajout progressif des professions de chiropraticiens, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes et de leurs auxiliaires), mais celle-ci reste incomplète. 1444

Il est particulièrement intéressant de rappeler que les travaux préparatoires d'adoption du code pénal (travaux de commission du Conseil national) montrent que la disposition sur le secret professionnel devait initialement viser trois catégories de personnes : les ecclésiastiques, les personnes qui représentent les personnes en justice et les personnes qui « *pratiquent l'art de guérir* » (*cf. supra* N 346)[2175]. Par ailleurs, les débats menés devant les Chambres ont été particulièrement houleux pour déterminer si le cercle des professionnels astreints au secret professionnel devait être énoncé de manière ouverte (toutes les personnes dépositaires d'un secret confié en raison de leur profession) ou 1445

2175 LOGOZ, BO (CN) 1929, p. 614.

de manière limitative. Le choix d'une liste limitative des professions a finalement été dicté par le souci d'éviter les inégalités de traitement choquantes. A la lumière des débats, une liste ouverte des professions astreintes au secret professionnel aurait en effet permis aux cantons de définir, par le biais de leur législation, des catégories de secrets tombant sous le coup de l'article 321 CP. Il fallait donc éviter que certains types de révélations soient punissables dans certains cantons sans l'être dans d'autres cantons (*cf. supra* N 346)[2176]. Près de cent ans plus tard, le constat est pour le moins désarmant. Les inégalités que le législateur souhaitait précisément éviter sont particulièrement marquées et seule une partie des professionnels qui pratiquent « *l'art de guérir* » sont astreints au secret professionnel selon l'article 321 CP.

1446 La solution la plus indiquée pour atteindre une meilleure harmonisation consisterait certainement à regrouper les soignants sous une dénomination commune et générale, puis d'astreindre ce groupe de professionnels au secret de l'article 321 CP. L'idée d'un tel regroupement a d'ailleurs fait l'objet de discussions politiques au cours des dernières années, mais les problèmes soulevés par cette question n'ont été que partiellement réglés, notamment par l'adoption de la LPSan et l'ajout de certaines professions de soins à la liste de l'article 321 CP qui s'en est suivi[2177].

1447 La dénomination commune des soignants astreints au secret professionnel (ex. : « *professionnels de la santé* », « *soignants* ») pourrait faire l'objet d'une définition qui figurerait dans la liste des définitions de l'article 110 CP. Elle devrait toutefois impérativement être énoncée avec suffisamment de précision en raison du contexte pénal dans lequel elle s'inscrirait.

1448 A l'heure actuelle, les professions de soins énoncées à l'article 321 CP sont celles dont la formation et la pratique – à tout le moins sous propre responsabilité professionnelle – sont unifiées à l'échelon fédéral (LPMéd, LPsy et LPSan). Il est donc relativement aisé de déterminer leurs contours puisqu'il suffit de se référer aux lois fédérales en question. La question est plus délicate pour les professions de soins dont l'exercice n'est pas réglé à l'échelon fédéral. Comme on l'a vu, les cantons ont recouru à diverses méthodes pour désigner le cercle des professionnels de la santé astreints aux obligations de confidentialité imposées par le droit cantonal sanitaire (*cf. supra* N 649 ss). Dans les faits, la majorité des législations cantonales imposent le secret aux professions sur la base d'une liste fermée (liste des professions soumises à autorisation selon le droit cantonal ou liste des professions plus largement soumises

2176 LACHENAL, BO (CN) 1936, p. 1507.

2177 Voir en particulier : Postulat Luc RECORDON 12.4140 « Cohérence du secret professionnel des soignants » du 12 décembre 2012.

aux législations sanitaires cantonales). Les professions concernées diffèrent donc d'un canton à un autre. Le recours aux critères de l'autorisation de pratique ou de l'obligation de confidentialité prévue en droit cantonal n'apparaît donc pas forcément idéal dans la mesure où il maintient des disparités.

1449 Notons que le renvoi partiel au droit cantonal est la solution qui a été choisie par le législateur fédéral lorsqu'il a récemment adopté, pour la première fois, une définition générale du « *professionnel de la santé* » dans le cadre de la mise en œuvre du DEP (*cf. infra* N 144 ss). Jusqu'à l'entrée en vigueur de la LDEP, aucune définition générale du professionnel de la santé ne figurait dans le droit fédéral. La notion de « *fournisseur de prestations* » figure certes depuis longtemps dans la LAMal (art. 35 ss LAMal), mais celle-ci est plus restreinte puisqu'elle vise seulement les prestataires admis à pratiquer à charge de l'AOS. Pour rappel, l'article 2 let. b LDEP définit le professionnel de la santé comme le « *professionnel du domaine de la santé reconnu par le droit fédéral ou cantonal qui applique ou prescrit des traitements médicaux ou qui remet des produits thérapeutiques ou d'autres produits dans le cadre d'un traitement médical* ». Cette définition implique une première condition liée à l'« *activité* » médicale (application ou prescription d'un traitement médical ou remise de produits thérapeutiques ou d'autres produits dans le cadre d'un traitement médical). La seconde condition exige que le professionnel soit « *reconnu* » par le droit fédéral ou cantonal. Cela n'implique pas forcément que l'activité soit soumise à autorisation[2178]. Si cette définition n'est pas idéale en raison de son renvoi partiel au droit cantonal, elle a au moins le mérite de couvrir une large majorité des soignants. Elle permet par exemple d'englober les professions de santé dont la formation est réglée par la loi fédérale sur la formation professionnelle (ex. : sauveteurs)[2179].

1450 Certaines législations cantonales sanitaires, à l'instar de celle du canton de Bâle-Ville, proposent elles aussi une solution intéressante puisque le cercle des soignants astreints au secret est énoncé selon des critères ouverts et larges (*cf. supra* N 659). A Bâle-Ville, le secret est en effet imposé aux « *Fachpersonen im Gesundheitswesen* », définies comme « *alle Personen, die berufsmässig diagnostisch, therapeutisch, pflegend oder betreuend tätig sind und über eine entsprechende Ausbildung verfügen* »[2180]. Cette définition exige donc une activité professionnelle en lien avec les soins ainsi qu'une formation correspondante.

1451 La détermination des professions de soins qui devraient être astreintes au secret professionnel selon l'article 321 CP n'est pas chose aisée, notamment

2178 Message LDEP, FF 2013 4747, 4797.

2179 *Ibid.*

2180 § 26 al. 1 *cum* § 21 Gesundheitsgesetz (RS-BS 300.100).

en raison du fédéralisme helvétique. A mon sens, la prise en compte des intérêts protégés par le secret médical est un élément central de la réflexion puisqu'elle seule permet de déterminer si le secret professionnel doit être imposé et surtout à l'égard de qui il doit être imposé. Dans cette optique, le critère selon lequel le professionnel doit bénéficier d'une formation reconnue par l'Etat (fédéral ou cantonal) paraît important. Il permet en effet de favoriser la sécurité des patients en encourageant ces derniers à recourir à des acteurs de soins reconnus par l'Etat plutôt que de se tourner vers des filières tierces (ex. : services étrangers via internet). Une réflexion de fond devrait parallèlement être menée sur le type d'activité que devrait exercer le soignant pour être soumis au secret professionnel. C'est dans le cadre de cette réflexion qu'il faudrait débattre de la question complexe – mais néanmoins centrale – de déterminer ce qu'on entend aujourd'hui par « *soignant* » ou « *professionnel de la santé* » (quid des nouveaux acteurs de la santé tels que les ingénieurs en informatique ou les sociétés spécialisées dans les nouvelles technologies ?), mais aussi de déterminer si l'on entend maintenir à l'égard des soignants un statut spécial par rapport aux autres acteurs qui traitent des données de santé.

1452 A considérer que l'on maintienne une approche similaire à celle qui prévaut aujourd'hui, il m'apparaît à tout le moins opportun de modifier la liste de l'article 321 ch. 1 CP en remplaçant la liste des soignants actuelle par une catégorie générique plus large pour les professionnels de la santé (ou soignants). La définition de cette catégorie pourrait être inspirée de la définition des professionnels de la santé énoncée à l'article 2 let. b LDEP. Même si cette solution n'est pas parfaite puisqu'elle laisserait subsister quelques disparités entre les cantons, elle permettrait au moins d'harmoniser le fondement de l'obligation de confidentialité pour un grand nombre de soignants.

B. Travail d'harmonisation des dérogations au secret professionnel

1453 La réflexion menée en lien avec l'harmonisation des règles de confidentialité des soignants ne doit pas se limiter au seul remaniement de la liste de l'article 321 ch. 1 CP. Elle doit impérativement être menée globalement et porter sur la cohérence des dérogations légales au secret professionnel, en particulier du point de vue de leur champ d'application personnel.

1454 Il s'agit essentiellement de déterminer si les distinctions que la loi opère entre les soignants en matière de limites au devoir de confidentialité (*cf. supra* N 1404 ss) reposent aujourd'hui sur une justification objective et soutenable. De telles distinctions peuvent à mon sens être justifiées lorsqu'un devoir d'annonce requiert des compétences professionnelles particulières (ex. : le

signalement d'une maladie transmissible par un médecin). Elles sont toutefois plus difficilement soutenables dans d'autres domaines, à l'instar des régimes différenciés qui existent pour les témoignages en procédure pénale ou pour le signalement de la mise en danger de l'intégrité de mineurs.

1455 On peut par ailleurs se demander si d'autres critères pourraient justifier des distinctions parmi les professionnels de la santé du point de vue de la portée de la confidentialité, à l'instar du caractère universitaire de la formation ou du caractère historiquement établi de la profession. A mon sens, le recours à des critères de ce genre contribue surtout à établir une hiérarchie parmi les professionnels de la santé qui semble difficile à justifier.

1456 Dans un souci d'harmonisation, on peut en outre remettre en question la faculté offerte aux cantons d'adopter des dérogations légales au secret professionnel en vertu de l'article 321 ch. 3 CP. Ces dérogations, nombreuses en pratique, contribuent à créer des disparités géographiques difficilement justifiables. Mis à part certains domaines où les cantons disposent de compétences importantes (ex. : sécurité et qualité des soins dans les hôpitaux publics), l'ensemble des dérogations légales au secret professionnel devrait idéalement figurer dans le droit fédéral.

IV. Scénario 3 : adoption d'une législation sur les droits des patients

1457 L'harmonisation des régimes de confidentialité imposés aux soignants pourrait aussi être envisagée par le transfert de l'obligation d'observer le secret professionnel en matière médicale vers une nouvelle loi fédérale sur les droits des patients par exemple.

1458 L'opportunité d'une telle loi et les obstacles liés à son adoption ont fait l'objet d'un rapport du Prof. GUILLOD sur mandat de l'OFSP[2181]. Jugeant qu'une loi fédérale de ce type « *serait bienvenue, quoique pas indispensable* », l'auteur du rapport a estimé que son adoption devrait être précédée d'une modification de la Constitution fédérale, « *de manière à conférer à la Confédération une compétence législative claire et générale dans le domaine des droits des patients* »[2182]. A l'heure où ces lignes sont écrites, une modification de la Constitution en vue d'octroyer de plus larges compétences à la Confédération en matière de droits des patients n'est pas à l'ordre du jour et une loi fédérale sur les droits des patients ne semble pas se dessiner.

2181 GUILLOD, *Evaluation de la situation juridique relative aux droits des patients*.

2182 *Idem*, p. 40.

1459 Cela dit, si une telle loi devait un jour être envisagée, il serait probablement opportun d'y transférer le fondement légal de l'obligation spéciale de confidentialité des soignants. Du point de vue de la systématique légale, l'obligation de confidentialité pourrait être adoptée de manière analogue aux obligations de confidentialité qui figure aux articles 11 LAVI ou 47 LB par exemple. Conformément au but de cette nouvelle loi (garantir les droits des patients), l'obligation de confidentialité pourrait alors être énoncée selon une formule qui mettrait l'accent sur le droit du patient – et surtout « *des* » patients – à bénéficier de la confidentialité. Pour rappel, les législations cantonales sanitaires de Glaris et Obwald consacrent déjà le secret professionnel comme un droit du patient (*cf. supra* N 657 ss). L'adoption d'une loi fédérale sur les droits des patients constituerait surtout une occasion privilégiée de rassembler et de faire figurer dans un unique acte la liste des dérogations légales au secret professionnel des soignants. Une telle démarche constituerait un grand pas en avant pour la prévisibilité et la sécurité du droit qui, comme on l'a vu, sont nécessaires au bon fonctionnement du secret médical. Enfin, une telle réglementation permettrait de mieux adapter le secret « *médical* » à la pratique actuelle des soins et au développement des nouvelles technologies, notamment en séparant le secret médical des autres secrets professionnels visés par l'article 321 CP (secret de l'avocat et de l'ecclésiastique notamment).

1460 En l'absence de base constitutionnelle suffisante et de projet pour en adopter une, la concrétisation d'un tel modèle est pour l'heure bloquée à un stade embryonnaire et ne peut être envisagée qu'à long terme. La question se pose en des termes similaires si l'on envisageait même de manière plus ambitieuse l'adoption d'une loi fédérale plus large qui engloberait l'ensemble des thématiques relatives à la santé. Notons par ailleurs que si elle est séduisante de prime abord, la voie d'une loi fédérale sur les droits des patients comporte aussi des risques. Comme l'explique de manière pertinente GUILLOD, « *l'adoption d'une loi fédérale est toujours l'occasion de manœuvres de la part de groupes de pression (lobbies) dont certains peuvent prendre un poids très lourd* »[2183]. Au regard de la valeur octroyée aujourd'hui aux données de santé des patients, il y a fort à parier que le projet d'inscrire le secret médical dans une loi fédérale sur les droits des patients pourrait susciter l'intérêt de multiples acteurs qui pourraient engager des moyens importants pour en limiter la portée.

2183 GUILLOD, *Evaluation de la situation juridique relative aux droits des patients*, p. 16.

V. Scénario 4 : renforcement de la protection des informations les plus sensibles

La protection spéciale conférée par le secret professionnel (art. 321 CP) porte sur les secrets au sens matériel. En d'autres termes, la protection du secret professionnel s'étend sur les faits qui sont véritablement secrets et non sur toutes les informations confiées ou apprises par un soignant dans l'exercice de sa profession (*cf. supra* N 414). 1461

Comme on l'a examiné, la définition de ce qui constitue ou non un « *secret* » est toutefois délicate à manipuler. Un secret au sens de l'article 321 CP existe s'il porte sur des faits qui ne sont pas publics, notoires ou déjà connus et s'il est fondé sur un élément subjectif qui se concrétise, selon les situations, par un intérêt digne de protection et/ou la volonté du maître du secret à garder les faits secrets (*cf. supra* N 413 ss). 1462

En pratique, les écueils posés par la définition du secret conduisent les praticiens à adopter une approche prudente consistant à considérer comme secrètes toutes les informations apprises dans l'exercice de leurs activités. Une délimitation trop large de l'étendue de la protection du secret professionnel n'est toutefois pas souhaitable. Elle va non seulement à l'encontre de la volonté du législateur, mais elle desservirait l'institution du secret médical. D'un point de vue logique, un secret médical trop large deviendrait en effet difficile à appréhender puisque sa protection s'étendrait à des faits non secrets. Par ailleurs, en étendant la protection spéciale de l'article 321 CP à toutes sortes d'informations présentant parfois des degrés de sensibilité très faibles, on court le risque de « *banaliser* » le secret professionnel. Au regard des volumes importants d'informations auxquels sont aujourd'hui confrontés les soignants, il est en effet probable que le niveau général d'attention avec lequel sont traitées les données relatives aux patients baisse si ces données concernent dans une bonne mesure des informations peu sensibles ou banales. La protection des données les plus sensibles perdrait alors en effectivité (sur cette question en général, *cf. supra* N 448 ss). 1463

Face à l'augmentation importante des communications, à l'augmentation inexorable des volumes de données traitées et au constat d'une forme d'amenuisement du secret médical, une des hypothèses de travail consisterait à concentrer les efforts de protection sur les données les plus sensibles. En d'autres termes, la protection spéciale du secret professionnel se limiterait aux données les plus essentielles pour sauvegarder les intérêts protégés par le secret médical. Une telle approche nécessiterait toutefois l'établissement préalable d'une classification des données (sur la question d'une classification 1464

des données personnelles de santé sous l'angle du droit de la protection des données, *cf. supra* N 774 ss)[2184]

1465 Sous l'angle de l'article 321 CP, certains auteurs ont par le passé tenté d'opérer des distinctions – pas toujours évidentes – entre faits colorés médicalement et faits non colorés médicalement. Ainsi, selon LANGMACK[2185], les informations colorées médicalement présenteraient un intérêt digne de protection à être tues lorsqu'elles ont été confiées au soignant soumis au secret professionnel. Quant aux informations non colorées médicalement, elles devraient faire l'objet d'un examen au cas par cas.

1466 La LPD se limite quant à elle à opérer une distinction générale entre données personnelles ordinaires et « *sensibles* ». Le caractère sensible d'une donnée s'examine à la lumière d'une liste exhaustive de catégories de données, dont celle des données sur la santé (art. 3 let. c LPD). Dans le contexte du dossier électronique du patient, l'article 1 de l'ordonnance fédérale sur le dossier électronique du patient (ODEP) prévoit quant à elle trois niveaux de confidentialité (normal, restreint et secret), mais ceux-ci sont en principe attribués directement par le patient. Si l'on écarte l'aspect volitif du patient (certes important), les classifications de la LPD et de l'ODEP apportent peu d'éléments utiles pour inspirer un système de classification des données apprises par un soignant dans le cadre de son activité.

1467 Une classification intéressante des données de santé figure dans la loi genevoise sur le réseau communautaire d'informatique médicale (e-Toile) (LRCIM-GE)[2186]. Cette dernière régit depuis 2009 la mise en place d'un réseau d'informatique médicale destiné à améliorer la qualité des soins. L'accès aux données est soumis à des conditions différentes selon leur catégorie. L'article 16 al. 1-5 LRCIM-GE distingue cinq catégories de données concernant le patient, selon leur degré de sensibilité :

— les données administratives ;
— les données utilitaires (ex. : directives anticipées, décisions relatives au don d'organes)
— les données médicales, c'est-à-dire « *toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement prodigués, avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription* » ;

2184 En faveur d'une telle forme de classification, notamment : MONTAVON, RFJ 2015, p. 238 ; GUILLOD, *Réflexions introductives*, p. 77 ; EPINEY/BLASER, *Réseaux de soins*, p. 100.

2185 Par exemple : LANGMACK, Revue pénale suisse 1972, p. 70 s.

2186 RS-GE K 3 07.

— les données stigmatisantes, c'est-à-dire « *les données médicales dont la divulgation pourrait porter atteinte à la vie sociale ou privée du patient, selon sa propre appréciation ou après avoir pris conseil auprès du médecin de confiance* » ;
— les données secrètes, c'est-à-dire les données que le patient a désignées comme secrètes afin qu'elles ne soient pas accessibles sur le réseau.

On pourrait s'inspirer de l'article 16 al. 1-5 LRCIM-GE pour limiter le champ de protection du secret professionnel, à tout le moins dans le domaine médical, à certaines catégories de données telles que les données stigmatisantes et les données désignées comme secrètes par le patient. Les autres données, présumées moins sensibles, ne seraient pas pour autant dénuées de protection puisqu'elles bénéficieraient du régime de protection des législations sur la protection des données (LPD ou législations cantonales). Une telle réduction du champ de protection du secret professionnel représenterait évidemment une concession importante. Celle-ci devrait toutefois impérativement être contrebalancée par un renforcement de la protection du secret professionnel pour les données plus sensibles – mais alors moins nombreuses – qu'il protégerait désormais. En d'autres termes, l'idée proposée ici consisterait à « *protéger moins, mais mieux* » et, finalement, à redonner une véritable signification au secret médical. 1468

Du point de vue de la mise en œuvre, les prémisses d'une évolution en ce sens pourraient d'abord passer par une évolution de la jurisprudence. Les tribunaux suisses et la CourEDH semblent d'ailleurs déjà admettre que certaines données personnelles de santé méritent une protection renforcée (ex. : les données relatives à la séropositivité, *cf. supra* N 776). En ce sens, les tribunaux pourraient interpréter restrictivement la notion de secret au sens de l'article 321 CP, à condition bien sûr d'interpréter plus strictement les dérogations au secret professionnel. Pour un développement plus concret, cette évolution devrait toutefois faire l'objet d'une réforme législative plus globale de l'article 321 CP et de ses dérogations. Il faudrait alors probablement extraire le secret professionnel des soignants du secret des autres professionnels visés par l'article 321 CP, limiter la portée du secret médical à certaines catégories de données dignes de protection et enfin restreindre la portée des dérogations pour les données couvertes par le secret médical. 1469

L'idée développée ci-dessus rencontrerait toutefois des obstacles importants. Sa mise en œuvre législative dans le cadre de l'actuel article 321 CP semble assez délicate. Elle créerait une distinction entre les soignants et les autres professionnels astreints au secret professionnel. Cette distinction pourrait être justifiée par les nombreuses communications de données qui 1470

caractérisent aujourd'hui le système de soins, mais la réduction de la portée du secret « *médical* » pourrait être vue comme une rétrogradation malvenue et pourrait susciter de vives réactions chez les soignants.

1471 Par ailleurs, la mise en place d'une classification des données sur la base de leur degré de sensibilité soulève elle aussi des interrogations importantes. Il est certes possible de s'inspirer de la classification établie par l'article 16 al. 1-5 LRCIM-GE, mais il n'en reste pas moins que le choix de classer une donnée dans l'une ou l'autre de ces catégories implique nécessairement une marge d'appréciation importante. Or, une telle marge d'appréciation n'est pas souhaitable dans le domaine pénal, où la clarté est nécessaire en respect du principe *nulla ponea sine lege*.

1472 Enfin, une telle catégorisation est également difficile à établir à la lumière des dernières évolutions technologiques et plus particulièrement du *big data*. Comme déjà expliqué, il est aujourd'hui devenu difficile de tracer une ligne claire pour déterminer ce qui constitue ou non une donnée de santé tout comme pour distinguer ce qui constitue ou non une donnée sensible. Lorsqu'elles sont collectées en grand nombre, des données *a priori* banales (ex. : nombre de pas, achats au supermarché, localisation de la position) peuvent, une fois recoupées et analysées grâce aux possibilités offertes par les technologies existantes, offrir une image relativement précise de l'état de santé d'un individu. Le caractère sensible d'une donnée ne dépend ainsi pas seulement de la qualité de cette donnée, mais aussi de son contexte[2187]. Il devient par conséquent difficile de classer une donnée dans une catégorie ou dans une autre en fonction de son degré de sensibilité.

1473 En synthèse, l'idée de renforcer le secret médical tout en le limitant aux données véritablement sensibles semble justifiée pour redonner une valeur au secret médical dans le contexte actuel. La mise en œuvre d'une telle solution rencontrerait toutefois des obstacles importants.

VI. Scénario 5 : abandon du secret professionnel classique au profit d'un régime centré sur la protection des données

A. Réflexion initiale

1474 Aujourd'hui, la protection conférée au secret médical par le droit suisse repose en premier lieu sur un système d'obligations personnelles d'observer la

2187 BSK DSG-BLECHTA, art. 3 N 28.

confidentialité imposées aux soignants (ex. : art. 321 CP). Or, ce type de protection se trouve en décalage croissant avec la pratique des soins et les exigences d'accès aux données imposées par les évolutions technologiques (*cf. supra* N 1426 ss).

1475 Parmi les différents scénarios envisageables pour le futur du secret médical, celui de l'abandon du secret professionnel « *classique* » – soit celui qui est centré sur l'obligation « *personnelle* » de confidentialité du soignant – mérite d'être examiné. Dans les faits, cela se concrétiserait principalement par l'abrogation de la mention des professions de soins de la liste de l'article 321 ch. 1 CP.

1476 La mise en œuvre d'une telle proposition est évidemment hautement polémique et susciterait une levée de boucliers immédiate de la part du corps médical, très attaché à la tradition du secret professionnel. L'idée d'abandonner le secret professionnel n'équivaudrait toutefois pas à une réduction pure et simple de la protection du secret médical. Au contraire, il n'est pas question de remettre en cause l'importance de la protection des données de santé. L'idée consiste plutôt à conférer une protection qui serait mieux adaptée à la pratique des soins et aux développements des nouvelles technologies. Concrètement, cette protection serait centrée non plus sur le soignant, mais sur les données en tant que telles. L'idée consisterait ici à garantir le secret médical exclusivement par un régime de « *protection des données* ».

1477 L'approche du secret professionnel et celle du droit de la protection des données diffèrent dans leur fondement : le secret professionnel présuppose que toute information doit par principe être tue alors que le droit de la protection des données part du principe que les données personnelles feront l'objet de traitements, en particulier de communications.

1478 On peut ainsi se demander si, aujourd'hui, une approche basée sur le droit de la protection des données ne serait pas mieux adaptée pour répondre aux défis posés par la multiplication des communications de données relatives aux patients et par les développements des nouvelles technologies. Evidemment, l'abandon du secret professionnel au bénéfice d'une solution essentiellement centrée sur le droit de la protection des données ne constitue pas la panacée. La concrétisation des grands principes de protection des données se heurte par exemple aux difficultés soulevées par les technologies reposant sur les collectes de données en masse. On pense notamment ici aux difficultés à mettre en œuvre les principes de proportionnalité, de finalité, de reconnaissabilité ou du consentement dans le cadre des applications liées au *big data* ou à l'intelligence artificielle. Toutefois, même si ces obstacles sont importants, la doctrine juridique s'efforce de leur apporter des réponses pragmatiques, tout en plaidant pour la recherche de solutions innovantes qui se fonderaient aussi sur des réflexions philosophiques, épistémologiques et

politiques[2188]. De telles réponses devraient par ailleurs être élaborées et synchronisées avec les développements technologiques (système de gouvernance, mise en place de standards techniques et organisationnels, infrastructures)[2189]. A une époque où les collectes et les traitements de données explosent, où les progrès techniques sont fulgurants et où les communications dépassent largement les frontières nationales, une solution basée uniquement sur le droit semble en effet insuffisante[2190]. Un système de gouvernance pour le traitement des données devrait être établi par des experts de telle manière à assurer que tous les acteurs concernés traitent les données de manière compétente, responsable et disciplinée[2191]. Des standards suffisants en matière de protection des données de santé font aujourd'hui défaut.

1479 En dépit des lacunes susmentionnées, il paraît évident que le droit de la protection des données régulerait plus finement et d'une manière plus proche de la réalité les communications de données relatives aux patients que ne le fait le secret professionnel aujourd'hui. Le basculement vers un régime exclusivement basé sur le droit de la protection des données mérite donc un examen.

B. Modèles envisageables

1480 L'abandon du secret professionnel au bénéfice d'un régime basé principalement sur le droit de la protection des données peut à tout le moins être envisagé selon trois modèles.

1481 Le premier modèle, le plus radical, consisterait à exclure les soignants de la liste de l'article 321 CP et de soumettre les traitements qu'ils effectuent aux régimes généraux des législations sur la protection des données actuellement en vigueur. Les données de santé bénéficieraient de la protection accordée aux données sensibles. Selon ce modèle, les soignants seraient traités au même titre que toute autre personne ou société traitant des données de santé. L'étude systématique des limites aux différents devoirs de confidentialité des soignants a montré que le régime de la LPD et du secret professionnel présentent aujourd'hui des points communs, notamment sous l'angle des

2188 MEIER, *Big Data*, p. 91 ss, et plus généralement l'intégralité de cette contribution et ses nombreuses références pour les tensions entre le droit de la protection des données et le *Big Data*.

2189 Sur cette question : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 547 ss. Voir aussi : SPRECHER, *Datenschutz im Gesundheitsbereich*, p. 150 ; DO CANTO, Sic! 2020, p. 181 ss ; HORSCHICK, digma 2002, p. 65 ; EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 33.

2190 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 548.

2191 Pour plus de détails sur les contours d'un système de gouvernance : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 545.

sanctions comparables en cas de violation du secret professionnel (art. 321 CP) ou de celle du devoir de discrétion (art. 35 LPD ; art. 62 n-LPD). En pratique, un transfert pur et simple vers le régime actuel de la LPD affaiblirait toutefois sensiblement la protection conférée aujourd'hui par le secret professionnel, car les informations concernées pourraient alors être communiquées sur la base d'un simple « *intérêt prépondérant privé ou public* » (art. 13 al. 1 LPD ; art. 31 al. 1 n-LPD). La procédure de levée du secret serait quant à elle abandonnée et la décision de communiquer ou non des informations dépendrait en premier lieu de la décision de l'auteur du traitement des données. Outre le déficit de protection qu'il entraînerait, le critère de l'intérêt prépondérant privé ou public est plutôt hasardeux et surtout peu prévisible (*cf. infra* N 1001). L'application des régimes généraux de protection des données poserait par ailleurs des questions sous l'angle des « *régimes particuliers* » dont bénéficient aujourd'hui les soignants astreints au secret professionnel, par exemple en matière de témoignage ou de protection de l'enfant et de l'adulte (droits de refuser de témoigner ou de signaler). Ces régimes particuliers devraient nécessairement subsister (dans une forme certes harmonisée), faute de quoi le secret médical serait vidé de son sens.

1482 Le deuxième modèle renverrait lui aussi à l'application des législations générales de la protection des données. Toutefois, à la différence du premier modèle, les législations sur la protection des données seraient amendées de telle manière à prévoir un régime de protection spécial pour les traitements des données de santé. Ce régime, qui se distinguerait du régime de protection accordé aujourd'hui aux données sensibles, pourrait notamment établir les conditions auxquelles des données de santé pourraient être réutilisées, préciser les conditions auxquelles des données de santé pourraient être juridiquement qualifiées d'anonymes, déterminer de quelle manière devraient être traitées les données de santé qui concernent plusieurs personnes ou encore établir les principes pour le partage d'informations (secret partagé notamment).

1483 Enfin, un troisième modèle consisterait à extraire les soignants du champ d'application de l'article 321 CP, puis de soumettre les traitements de données qu'ils effectuent à une loi fédérale spécifique sur la protection des données de santé (modèle sectoriel)[2192]. De prime abord, cette solution paraît peu opportune dans la mesure où elle réserverait un régime spécial aux seuls traitements de données de santé. Tous les autres traitements de données personnelles resteraient quant à eux soumis aux régimes généraux de protection des données. Toutefois, à mieux y regarder, l'adoption d'une législation

2192 Pour la présentation d'un modèle de régulation sectorielle des données de santé parallèle à un droit plus large des données (personnelles et non personnelles) : SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 544 ss.

sur la protection des données de santé permettrait surtout de rassembler en un seul et même texte législatif les nombreuses dispositions relatives aux traitements de données de santé aujourd'hui éparpillées dans l'ordre juridique suisse : fondement juridique de la confidentialité des soignants, dossier électronique du patient, dérogations à l'actuel secret professionnel (ex. : secret partagé, protection de l'adulte et de l'enfant, assurances, LCR), réutilisation de données de patients (ex. : recherche), etc. Au final, une loi spéciale sur les données de santé contribuerait donc plutôt à unifier qu'à rompre l'unité – somme toute apparente – des législations actuelles sur la protection des données.

1484 Le champ d'application d'une loi spéciale sur la protection des données de santé peut être appréhendé de deux manières. La loi pourrait se limiter à régler les traitements des données effectués par les acteurs du système de soins au sens strict. Dans une approche plus large, le champ d'application pourrait être énoncé de telle manière à régir l'ensemble des traitements de données de santé, que ceux-ci interviennent dans le cadre du système de soins ou non (ex. : assurances, recherche, entreprises *medtech*).

1485 Un regard vers l'étranger offre d'excellents exemples de législations spéciales sur la protection des données de santé, à l'image de celles adoptées dans certaines provinces canadiennes[2193]. En Ontario par exemple, les traitements de données de santé collectées dans le système de soins sont réglés de manière particulièrement précise par la loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé (ci-après : « Loi renseignements santé Ontario »). Les grandes lignes de cette loi peuvent être brièvement esquissées ainsi :

— La loi ontarienne s'applique à la collecte, l'utilisation et la divulgation des renseignements de santé par un dépositaire de renseignements sur la santé (art. 7).
— La notion de dépositaire de renseignements sur la santé comprend notamment les praticiens de la santé ou quiconque exploite un hôpital, un foyer de soins de longue durée, une maison de retraite, un laboratoire ou un service d'ambulance. Le champ d'application de la loi exclut toutefois les guérisseurs autochtones ou les personnes qui soignent uniquement par des moyens spirituels (art. 3).
— Les dispositions générales de la loi énoncent les principes généraux applicables aux traitements des données de santé (ex. : exactitude, annonce

2193 Par exemple : loi de 2004 sur la protection des renseignements personnels sur la santé, chap. 3, Annexe A (Ontario) ; loi sur l'accès et la protection en matière de renseignements personnels sur la santé, c P-7.05 (Nouveau-Brunswick).

en cas de vol de données, sécurité), notamment lorsque les données sont traitées par des moyens électroniques (art. 10 ss).

— La loi énonce ensuite les exigences relatives à la tenue des dossiers (art. 13 ss) ainsi que les règles relatives à la responsabilité des traitements de données (art. 15 ss).
— Les exigences relatives au consentement du particulier en lien avec les renseignements personnels sur la santé font l'objet de dispositions détaillées (partie III, art. 18 ss). La loi règle notamment la forme du consentement, qui peut être donné sous forme implicite sauf dans les cas prévus par la loi (ex. : divulgation à un tiers non-dépositaire de renseignements de la santé ; art. 18 § 3), mais pose aussi les exigences relatives à la capacité ou la qualité de celui qui peut consentir.
— La partie IV de la loi (art. 29 ss) règle la collecte, l'utilisation et la divulgation de renseignements personnels sur la santé. Dans ce cadre, les dispositions relatives à la divulgation des renseignements de santé (art. 38 ss) sont particulièrement dignes d'intérêt. Elles énoncent en effet de manière condensée l'ensemble des situations où des renseignements de santé peuvent être divulgués à des tiers et à quelles conditions ils peuvent l'être : divulgation relative à la fourniture des soins (notamment le secret partagé), communications aux proches, patient décédé, immunisation des élèves, protection des tiers contre un risque de blessure grave, santé des détenus, déposition en justice, transfert et succession de cabinet, versement aux archives publiques, communications au tuteur ou à l'avocat d'un enfant, communications en vue de la recherche scientifique, planification et gestion du système de santé, vérification des conditions de remboursement par l'assurance, etc. Des règles particulières s'appliquent également à l'égard des destinataires des données communiquées par des dépositaires de renseignements sur la santé (art. 49).
— La partie V (art. 51 ss) règle l'accès aux renseignements personnels sur la santé et les procédures de rectification.
— Outre des dispositions d'ordre essentiellement organisationnel, la loi contient encore des dispositions pénales qui répriment en particulier les collectes, utilisations ou divulgations volontaires des renseignements personnels sur la santé de manière contraire à la loi. La peine s'élève à CAD 200'000.- au plus et à une peine d'emprisonnement d'un an au plus pour une personne physique et de CAD 1'000'000.- au plus s'il ne s'agit pas d'une personne physique (art. 72).

La législation ontarienne sur la protection des renseignements personnels 1486
de santé ne sera pas examinée plus en détail ici et il n'est évidemment pas

question de la comparer avec le droit suisse. Cet exercice impliquerait de mener une étude de droit comparé en bonne et due forme. Cela dit, ce bref aperçu est suffisant pour mettre en exergue les avantages qui pourraient être tirés d'une législation spécifique sur le traitement des données de santé. En comparaison du système éclaté qui règne aujourd'hui en Suisse, la législation ontarienne offre une clarté et une sécurité du droit incomparablement supérieures. Les divulgations autorisées en Ontario sont elles aussi nombreuses, mais elles sont condensées dans un unique chapitre de loi alors qu'elles sont inscrites dans un nombre tout simplement incalculable de textes en Suisse.

1487 A choisir entre les trois modèles décrits ci-dessus en vue d'un basculement vers une protection essentiellement centrée sur le droit de la protection des données, mon choix se dirigerait vers le troisième modèle, soit une législation fédérale spéciale sur la protection des données de santé. C'est en effet la solution qui permettrait de réunir dans un seul acte les nombreuses réglementations relatives aux traitements de données de santé (ex. : DEP, assurances, levée du secret) et de compléter celles-ci (ex. : tenue du dossier médical). L'occasion offerte par l'adoption d'une loi helvétique en la matière devrait à mon sens être saisie pour réglementer non seulement les données traitées par les acteurs du système de soins (praticiens, hôpitaux), mais plus largement tous les traitements de données de santé (avec des régimes potentiellement différenciés selon les acteurs concernés). La mise en œuvre de ce modèle contribuerait plus largement à améliorer la sécurité et la clarté du droit, deux conditions importantes pour préserver les objectifs initialement poursuivis par le secret médical.

1488 Le choix d'une législation spéciale de type sectoriel sur la santé permettrait aussi de mieux affronter les défis posés par le *big data*. Dans ce contexte spécifique, la loi pourrait poser des conditions particulières pour l'obtention du consentement, mais aussi pour les conditions d'utilisation ou de réutilisation des données[2194].

C. Grand obstacle : le fédéralisme

1489 L'idée d'abandonner la protection du secret médical par l'article 321 CP au bénéfice d'une approche essentiellement centrée sur le droit de la protection des données se confronte à des obstacles d'ordre constitutionnel importants. En l'état actuel de la Constitution, les compétences législatives de la Confédération en matière de protection se limitent aux traitements de données effectués par

2194 SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 544 s ; MEIER, *Big Data*, p. 80 ss.

des personnes privées ou par les organes fédéraux (art. 122 et 173 al. 2 Cst.). Les traitements de données effectués par des organes cantonaux relèvent quant à eux du droit cantonal.

1490 En d'autres termes, le champ d'application d'une hypothétique loi fédérale spéciale sur la protection des données de santé se limiterait aux traitements effectués par les soignants privés ou par ceux qui exerceraient pour le compte de la Confédération. Or, en pratique, un grand nombre de traitements de données de santé sont effectués par des organes cantonaux (hôpitaux cantonaux). Même si elle pourrait faire office de standard pour les cantons, une loi fédérale sur la protection des données de santé n'obligerait aucunement les cantons à s'y aligner.

1491 Cette problématique a soulevé un certain nombre de questions dans le cadre de l'adoption de la LDEP. Le déploiement du dossier électronique du patient empiète en effet parfois sur les compétences cantonales en matière de protection des données. C'est notamment le cas de l'article 3 al. 2 LDEP qui énonce que les professionnels de la santé travaillant pour des institutions de droit public sont autorisés à saisir et à traiter des données dans le dossier électronique du patient lorsque ce dernier y a consenti. Sur cette question, on se rappelle que les parlementaires fédéraux avaient sciemment décidé de contourner le problème, faisant valoir la nécessité de « *simplifier la question* » (*cf. supra* N 162).

1492 L'idée d'octroyer à la Confédération une compétence constitutionnelle générale de légiférer en matière de protection des données avait été avancée à plusieurs reprises au cours de la procédure d'adoption de la LPD, mais rejetée par respect du fédéralisme[2195]. Elle n'a d'ailleurs pas été remise sur le tapis à l'occasion de la révision totale de la LPD[2196].

1493 Au final, l'idée d'abandonner la protection du secret professionnel au profit d'un modèle axé sur la protection des données n'a pas vraiment de sens tant et aussi longtemps que la Confédération ne dispose pas des compétences suffisantes pour légiférer sur l'ensemble des traitements de données de santé, sans distinction du statut privé ou public de leurs auteurs. Or, aucune tendance vers une modification constitutionnelle en ce sens ne semble se profiler à ce jour.

2195 A ce sujet, voir : MEIER, *Protection des données*, N 172, 177 et 214.

2196 Message révision LPD, FF 2017 6565, 6797.

VII. Synthèse et réflexion sur l'avenir du secret médical

1494 A court et moyen terme, il fait peu de doute que c'est la solution du *statu quo* qui prévaudra en droit suisse. Il est toutefois prévisible qu'un strict *statu quo* éloignera progressivement la réglementation du secret médical de la réalité des soins, notamment en raison des développements technologiques.

1495 En cas de *statu quo*, la réglementation du secret médical devrait à tout le moins faire l'objet de révisions relativement urgentes, en particulier pour estomper les disparités qui frappent aujourd'hui les soignants en matière de confidentialité. A cet égard, il semble opportun d'élargir le cercle des soignants soumis à l'article 321 CP, en les regroupant sous une étiquette commune. Pour éviter les disparités géographiques difficilement justifiables, la faculté des cantons d'adopter des dérogations légales au secret professionnel devrait par ailleurs être fortement restreinte.

1496 Pour redonner un « *sens* » au secret médical, l'une des options consisterait à recentrer sa protection sur les informations les plus sensibles (protéger moins, mais mieux). Si l'idée est justifiée sur le principe, sa mise en œuvre est difficile. Le statut sensible ou banal d'une donnée peut en effet varier selon les outils et les bases de données avec lesquelles la donnée peut être recoupée.

1497 Le caractère parfois désuet du secret médical « *classique* » pourrait conduire à l'abandon de ce modèle au profit d'une protection essentiellement centrée sur le droit de la protection des données. Dans cette optique, la solution la plus indiquée serait l'adoption d'une loi fédérale sur la protection des données de santé. Une telle loi pourrait être inspirée de certains modèles existants à l'étranger, dans la Province d'Ontario au Canada par exemple. En Suisse, le partage actuel des compétences législatives entre la Confédération et les cantons empêcherait toutefois l'adoption d'une réglementation uniforme sur l'ensemble du territoire.

1498 D'un point de vue plus général, le futur du secret médical ne pourra cependant pas être envisagé sans la prise en compte des développements liés au *big data*. Comme déjà évoqué, le *big data* pose des défis de taille au droit de la protection des données « *traditionnel* ». Les technologies concernées reposent sur des collectes massives de données ou des recoupements de bases de données, dans des buts souvent indéfinis ou peu définis à l'avance et où les « *réutilisations* » de données sont monnaie courante. Sont ainsi mis à mal les principes de proportionnalité, de finalité, de transparence ou encore du consentement[2197].

2197 Pour une analyse des défis posés par le *big data* aux différents principes généraux de la protection des données : EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, 18 ss.

Pour faire face à ces nouveaux défis, certains auteurs proposent des adaptations – voire même parfois une refonte complète – du droit de la protection des données. Je n'aborderai pas en détail ces questions fondamentales du droit de la protection des données personnelles, qui dépassent largement le cadre de la présente étude. Il m'apparaît toutefois utile d'énoncer sommairement quelques-unes de ces propositions, notamment celles qui pourraient avoir un impact sur la protection des données de santé[2198]. 1499

Le développement des technologies liées au *big data* pose des problèmes du point de vue de la détermination du caractère sensible d'une donnée. Une donnée *a priori* banale peut en effet devenir particulièrement sensible si elle est recoupée avec d'autres données. Les possibilités de réidentification de données anonymes augmentent aussi sensiblement. Pour mieux encadrer ce type d'effets appelés à devenir fréquents avec le *big data*, une solution proposée vise à adopter un cadre légal pour le traitement de toutes les « *données* », y compris les données « *non personnelles* » ou « *anonymes* »[2199]. Ce type de réglementation ne viendrait pas remplacer le droit de la protection des données, mais le compléterait, de telle manière à imposer un standard minimum et exercer un contrôle sur les activités susceptibles de déboucher sur des traitements de données personnelles qui pourraient causer des atteintes à la personnalité. Si cette idée est intéressante, elle pose des problèmes de mise en œuvre. Comme l'explique MEIER, la problématique du consentement, déjà compliquée en temps normal, deviendrait par exemple aiguë puisque le consentement devrait alors porter sur des données anonymes[2200]. 1500

Certains auteurs examinent par ailleurs l'opportunité de redéfinir le consentement. Dans le cadre du *big data*, le consentement classique à un traitement de données est en effet difficile à mettre en œuvre en raison du but souvent inconnu du traitement de données (principe de finalité). Pour remédier à ce problème, certains auteurs proposent de généraliser un système de « *consentement général* » qui ne serait pas limité à des fins déterminées, tel que celui qui est aujourd'hui discuté pour la réutilisation du matériel biologique ou des données dans le cadre de la recherche sur l'être humain (art. 17, 32-35 LRH)[2201]. La généralisation d'un tel consentement impliquerait toutefois une sérieuse atteinte à l'autodétermination puisqu'elle laisserait le champ libre pour toutes les réutilisations de données. En guise d'alternative, MEIER 1501

2198 Pour des propositions détaillées de réformes du droit de la protection des données, voir en particulier : MEIER, *Big Data*, p. 68 ss ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 541 ss.

2199 MEIER, *Big Data*, p. 68 ss ; SPRECHER, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins 2018, p. 543 ss ; EPINEY, Jusletter 27 avril 2020, N 32.

2200 MEIER, *Big Data*, p. 68.

2201 *Idem*, p. 73 ss et sources citées.

suggère quelques pistes de réflexion pour « *améliorer* » les règles sur le consentement, notamment sur le plan formel (ex. : interdiction de recourir à des conditions générales pour recueillir le consentement à une utilisation par le *big data*), matériel (ex. : limitation des clauses de consentement) ou temporel (ex. : limitation d'un consentement dans le temps)[2202].

1502 Enfin, parmi beaucoup d'autres propositions, certains évoquent encore la nécessité de recentrer le cadre légal sur la protection des discriminations découlant des traitements de données. En d'autres termes, il s'agirait de concentrer le contrôle sur la légitimité du traitement et non plus sur les modalités de collecte des données ou des finalités indiquées lors de ces dernières[2203]. D'autres soutiennent par ailleurs l'adoption d'un système de monétisation des données[2204] ou encore une mutualisation des données, qui seraient alors considérées comme un bien commun[2205].

1503 Le droit de la protection des données pourrait ainsi être appelé à connaître des mutations de taille à l'avenir. Selon les choix qui seront opérés, il conviendra de veiller à préserver soigneusement les intérêts liés à la protection des données des patients.

1504 Il est encore primordial de souligner que les nouveaux défis posés par le *big data* ne devront pas être pensés et relevés au travers du seul prisme du droit, mais qu'ils impliqueront une réflexion plus globale, notamment d'ordre social. Dans une tribune intitulée « *Secret médical, la fin ?* » publiée en 2015, KIEFER affirme que le *big data* est une machine à fabriquer un mythe, celui selon lequel l'information serait utile en elle-même, par un effet de transparence et de prédiction[2206]. La croyance en ce mythe conduirait certains politiciens à exiger des soignants qu'ils deviennent « *les fournisseurs de données sensibles d'un système de société basé sur l'information totale* ». L'auteur poursuit : « *Absurde concession à l'esprit du temps. C'est l'envers qu'il faut viser. Le big data cherche l'omniscience ? Justement, rien n'importe autant que de 'sanctuariser' quelques pratiques comme la relation soignant-soigné, où l'humain est considéré sans jugement, sans* a priori*, selon ses besoins. Cette sanctuarisation, qui passe probablement par une mise à l'écart de toute digitalisation, devrait être inscrite dans la loi. Certains aspects liés à l'intimité de l'individu et à sa vulnérabilité révélés lors de la relation thérapeutique ne servent à rien dès lors qu'ils sont transmis, sinon à abîmer leur source* ».

2202 *Idem*, p. 75 ss.

2203 *Idem*, p. 85.

2204 *Idem*, p. 86 ss.

2205 *Idem*, p. 90.

2206 KIEFER, Revue médicale suisse 2015, p. 2308.

La dédigitalisation de la relation soignant-patient va évidemment à contre-courant des développements récents de la médecine et plus largement des nouvelles technologies de la santé (ex. : intelligence artificielle). L'idée proposée par KIEFER est toutefois digne d'intérêt puisqu'elle équivaudrait dans les faits à redorer le blason du secret médical en proposant au patient un espace de « *confiance* » repensé et nécessaire à la bonne administration des soins. Une dédigitalisation contribuerait non seulement à offrir au patient une meilleure protection de sa sphère privée, mais elle permettrait surtout de mieux défendre les intérêts publics à la base du secret médical. En soustrayant les informations relatives aux patients des collectes d'informations massives, on réduirait par exemple les risques de voir surgir de nouveaux types de discriminations tout en affaiblissant le pouvoir des (quelques) grands acteurs qui collectent ces informations. 1505

On pourra certes argumenter que les avancées technologiques ne sont pas seulement développées pour « *collecter* » et « *analyser* » les données, mais qu'elles sont aussi développées pour mieux assurer la protection des données. Il en va par exemple ainsi des solutions de *cloud computing* ou de *blockchain*[2207] qui permettent par exemple de travailler sur des données cryptées[2208] ou d'octroyer aux patients un contrôle plus important sur l'utilisation de leurs données. Si ces technologies contribuent indéniablement à mieux protéger les données des patients, elles n'excluent toutefois pas pour autant les collectes de données à large échelle. Les assurances, par exemple, continueront de collecter des données « *personnelles* », comme elles le font aujourd'hui. 1506

Dans le contexte actuel et futur, une dédigitalisation à large échelle de la relation de soins est utopique ou du moins particulièrement difficile à mettre en œuvre. L'informatique et les nouveaux instruments du monde digital font aujourd'hui partie intégrante de la pratique des soins et tous les indicateurs tendent vers une utilisation encore plus importante des technologies basées sur l'analyse des données en masse à l'avenir. 1507

Cela signifie-t-il que l'idée même d'une dédigitalisation doit être rejetée en bloc ? Je ne le pense pas. Peut-être faudrait-il plutôt chercher comment la dédigitalisation pourrait s'insérer dans notre système de soins, ou plus pragmatiquement identifier l'existence d'interstices possibles dans le système pour y établir des « *îlots de confidentialité* ». 1508

2207 Pour une présentation des systèmes de gestion des données de santé basés sur la technologie blockchain et leur compatibilité avec le droit suisse, *cf.* ERARD, « *Blockchain* » *et santé*.

2208 Voir par exemple le système « *MedCo* » développé à l'EPFL, qui permet aux chercheurs autorisés d'explorer des données cryptées provenant de sources multiples.

1509 De tels îlots de confidentialité pourraient, pourquoi pas, prendre la forme de centres de consultation auprès desquels n'importe quel individu (y compris les personnes non assurées auprès de l'AOS comme les sans-papiers) pourrait bénéficier gratuitement d'une brève et unique consultation (ex. : 20 minutes). Cette consultation aurait la particularité d'être complètement dédigitalisée et bénéficierait d'un haut degré de confidentialité. La plupart des dérogations habituelles au secret professionnel n'y trouveraient pas application. Le but de la consultation consisterait finalement moins à administrer des soins qu'à offrir une zone d'écoute où le patient pourrait exposer son problème, recevoir un premier avis et être redirigé. Un tel procédé permettrait de réhabiliter, certes dans une mesure limitée, la fonction du secret médical, en marge du système traditionnel de soins. Les patients, en particulier les populations à risque (ex. : adolescents, sans-papiers, victimes de violence), pourraient bénéficier d'un espace d'écoute où la confidentialité serait « *clairement* » établie, sans craindre d'éventuelles répercussions que pourraient engendrer une consultation. De leur côté, à défaut de « *soigner* », les soignants pourraient saisir l'occasion de cette consultation pour informer les patients des possibilités qui s'ouvrent à eux du point de vue des soins ou de la recherche d'aide, les tirant de l'ignorance dans laquelle ils pourraient être empêtrés en s'abstenant de recourir à une consultation classique.

1510 La mise en œuvre d'un tel modèle se confronterait évidemment à de multiples obstacles, au nombre desquels figurent le financement, la responsabilité des soignants, les moyens d'empêcher le recours abusif à un tel système, les éventuelles limites à la confidentialité (*quid* de la découverte d'une maladie transmissible grave ?) ou – encore une fois – la question épineuse des compétences législatives. Toutes ces questions mériteraient d'être approfondies.

1511 Que cette ébauche de solution puisse constituer ou non une piste digne d'intérêt vers un secret médical préservé, il m'apparaît surtout important d'explorer à l'avenir l'existence éventuelle d'*interstices* qui offriraient la possibilité d'un « *lieu de confidentialité* » dans ce monde connecté qui est aujourd'hui le nôtre.

Conclusion

Les réflexions menées à l'origine de la présente étude reposaient essentiellement sur deux assertions. La première avait trait à l'insécurité juridique qui plane aujourd'hui sur la réglementation du secret médical en droit suisse. La seconde consistait à affirmer que le secret médical « *classique* » était une institution aujourd'hui dépassée. 1512

Bien qu'elle soit difficile à estimer, l'insécurité juridique qui plane sur la réglementation du secret médical en droit suisse est indéniable. Malgré une tendance récente à l'harmonisation (élargissement des professions soumises au secret professionnel selon l'art. 321 CP), les normes qui régissent les obligations de confidentialité des soignants sont nombreuses et se superposent, créant des concours de normes parfois difficiles à résoudre. A cela s'ajoutent les régimes disparates (selon la profession, le statut privé ou public ou le canton de l'activité) induits par l'application des normes en vigueur. Ces dernières sont ainsi peu prévisibles aux yeux des soignants, des patients ou même des juristes. 1513

L'affirmation selon laquelle le secret médical classique est une institution aujourd'hui dépassée doit toutefois être nuancée, voire rejetée. Certes, il est indéniable que le secret médical est aujourd'hui malmené. Depuis plusieurs décennies, on observe en effet une déconnexion croissante entre l'idée de la relation strictement bilatérale soignant-patient où l'information est hermétiquement contenue et les pratiques concrètes, qu'elles soient dictées par le droit (nombreuses dérogations légales) ou par d'autres intérêts (multiplication des acteurs de soins, nouveaux modèles de soins, nouvelles technologies, etc.). Cette évolution vers un affaiblissement important et, selon toute vraisemblance, inexorable du secret médical ne remet pas pour autant en cause la nécessité de défendre et de protéger l'« *idée* » du secret médical et les intérêts qu'il sous-tend. Même si elles sont rares, car difficiles à mener, certaines études ont en effet montré que la confidentialité favorisait à tout le moins l'accès aux soins par les personnes les plus vulnérables (adolescents, sans-papiers, femmes seules, etc.). La préservation du secret médical tend par ailleurs à sauvegarder des intérêts publics plus larges, dont la protection contre les discriminations dans un monde où les moyens technologiques permettent d'en connaître beaucoup sur les patients et, plus généralement, sur les individus. 1514

Sous un angle prospectif, tout laisse à penser que la réglementation actuelle du secret médical en droit suisse prévaudra encore à court et moyen 1515

terme. A côté du fait qu'aucun changement d'envergure n'est envisagé à ce stade, un tel changement se confronterait à des obstacles importants liés au partage des compétences législatives entre Confédération et cantons, notamment sous l'angle du droit de la protection des données.

1516 Cela dit, l'opportunité d'adopter un nouveau cadre réglementaire pour la réglementation du secret médical en droit suisse devrait être sérieusement étudiée. Dans le contexte légal actuel, de premières adaptations devraient être entreprises pour harmoniser les régimes juridiques imposant la confidentialité aux soignants (élargissement des professions soumises au secret professionnel selon l'article 321 CP par le biais d'une définition plus large des soignants, suppression des dérogations légales au secret professionnel prévues par le droit cantonal). A terme, l'adoption d'une loi fédérale spéciale sur la protection des données de santé qui regrouperait l'ensemble des dispositions pertinentes en la matière (secret, dérogations, DEP, conservation du dossier médical, etc.), sur le modèle de ce qui a été adopté dans certains Etats étrangers, devrait être envisagée. La compétence de la Confédération d'adopter une telle loi impliquerait toutefois des modifications d'ordre constitutionnel.

1517 Dans tous les cas, l'encadrement des traitements de données de santé par les soignants (ou par d'autres acteurs) ne pourra être assuré uniquement par le droit. Il devra à tout le moins être accompagné de développements techniques qui permettront d'assurer la protection adéquate des données concernées.

1518 En guise d'ultime conclusion, j'aimerais souligner les risques de voir le système de soins basculer vers un modèle où la transparence supplanterait progressivement la confidentialité. Un tel basculement – contre lequel il faudra lutter – ne serait pourtant pas si surprenant au regard des évolutions technologiques et des pressions toujours plus fortes pour accéder à l'information médicale. Dans une telle hypothèse, j'aimerais vivement exhorter les juristes, chercheurs en sciences sociales ou autres économistes à scruter, explorer et sonder le système de soins pour y dénicher des failles et des marges, des espaces propices à la construction de refuges dédigitalisés ou de « *sanctuaires* », pour reprendre l'idée suggérée par KIEFER[2209]. Dans un système devenu transparent, ces refuges permettraient à l'être qui souffre de trouver un lieu où être humain, entre humains. C'est finalement de cela qu'il s'agit lorsqu'on évoque la nécessité de protéger le secret médical.

2209 KIEFER, Revue médicale suisse 2015, p. 2308.

Sur l'auteur:
Frédéric Erard est titulaire d'un master en droit de l'Université de Neuchâtel avec orientation droit de la santé et des biotechnologies (2011) et d'un brevet d'avocat obtenu à Genève (2013). Il a exercé en qualité d'assistant-doctorant à l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel entre 2015 et 2020, période durant laquelle il a effectué un séjour d'une année à l'Université de McGill, Montréal, en qualité de chercheur visiteur (2017-2018).

La présente thèse de doctorat a été soutenue le 13 octobre 2020 à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel. Le jury de thèse, composé du Prof. Olivier Guillod (directeur de thèse), du Prof. Daniel Kraus et du Prof. Sylvain Métille, lui a attribué la mention *summa cum laude*.

Frédéric Erard occupe actuellement le poste de Senior Legal Officer au SIB Institut Suisse de Bioinformatique, où il traite de nombreuses questions liées aux aspects juridiques des données de santé.

sui generis est une association consacrée à la promotion du libre accès à la littérature juridique, aux décisions de justice, aux décisions officielles et aux documents juridiques. Depuis 2014, une revue juridique en libre accès est publiée sous le label *sui generis*. La maison d'édition *sui generis* a été fondée en 2019.

Collection *sui generis*
éditée par Daniel Hürlimann et Marc Thommen

Les ouvrages juridiques qui sont publiés dans cette collection sont mis à la disposition d'un large public et sont publiés à la fois sous forme imprimée et en ligne. La version numérique est accessible librement dans le monde entier (Open Access). Les droits d'auteur appartiennent aux auteurs ; les œuvres sont publiées sous une licence Creative Commons.

Précédemment publiés dans la collection *sui generis* :

001 – Monika Simmler : Normstabilisierung und Schuldvorwurf

002 – Marc Thommen : Introduction to Swiss Law

003 – Silvio Hänsenberger : Die zivilrechtliche Haftung für autonome Drohnen unter Einbezug von Zulassungs- und Betriebsvorschriften

004 – Mais A.M. Qandeel : Enforcing Human Rights of Palestinians in the Occupied Territory

005 – Moritz Oehen : Der Strafkläger im Strafbefehls- und im abgekürzten Verfahren

006 – Jens Lehne : Crisis at the WTO : Is the Blocking of Appointments to the WTO Appellate Body by the United States Legally Justified?

007 – Lorenz Garland : Waffengleichheit im Vorverfahren

008 – Christoph Urwyler : Die Praxis der bedingten Entlassung aus dem Strafvollzug

009 – Dominik Elser : Die privatisierte Erfüllung staatlicher Aufgaben

010 – David Henseler : Datenschutz bei drohnengestützter Datenbearbeitung durch Private

011 – Lorenz Raess : Court Assistance in the Taking of Evidence in International Arbitration

012 – Christoph Hurni / Christian Josi / Lorenz Sieber : Das Verfahren vor dem Berner Kindes- und Erwachsenenschutzgericht

013 – Emanuel Bittel : Die Rechnungsstellung im schweizerischen Obligationenrecht

014 – Stephan Bernard : Was ist Strafverteidigung?

015 – Frédéric Erard : Le secret médical

016 — Valentin Botteron : Le contrôle des concentrations d'entreprises

Cet ouvrage est publié dans la collection *sui generis,* éditée par Daniel Hürlimann et Marc Thommen.

1ère édition 3 Mai 2021
© 2021 Frédéric Erard

Cette œuvre a été publiée en Open Access sous une licence Creative Commons, qui oblige d'identifier l'auteur de l'œuvre sous licence en cas de réutilisation (CC BY 4.0 – https://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

L'étape de prépresse de cette publication a été soutenue par le Fonds national suisse de la recherche scientifique.

ISBN 978-3-907297-15-5
DOI 10.38107/015
Lectorat: Jean Perrenoud
Graphisme: Müller+Hess, Basel
Imprimerie: Ebner & Spiegel, Ulm

www.suigeneris-verlag.ch

015

LE SECRET
ÉTUDE DES
DE CONFID
DES SOIGNA
DROIT SUIS

Le secret médical traverse aujourd'hui une période troublée. La multiplication des acteurs de soins, les progrès technologiques ou encore les pressions liées aux politiques financières, tendent en effet à mettre sous pression cette institution et à en redéfinir les contours. En droit suisse, le secret médical est par ailleurs désormais régi par des dispositions légales foisonnantes dont la mise en œuvre est devenue complexe et peu prévisible.

Après une première partie abordant les origines historiques du secret médical, ses principaux facteurs d'influence actuels ou encore ses justifications éthiques, l'ouvrage analyse de manière systématique les multiples devoirs de confidentialité susceptibles de s'appliquer aux soignants, leurs limites respectives ainsi que leur articulation. L'étude se termine par l'analyse de plusieurs scénarios pour l'avenir du secret médical.

sui generis
ISBN 978-3-907297-15-5
DOI 10.38107/015