



Les rendez-vous de la protection des données

SECRET MEDICAL ET PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

Comment concilier protection de la sphère privée et sécurité dans les institutions ?

Mardi 10 juin 2014 de 10h00 à 11h30, Centre de l'Espérance à Genève

Avec Monsieur Bertil COTTIER, docteur en droit, professeur à l'Université de la Suisse italienne, Lugano, professeur associé à l'Université de Lausanne

COMPTE RENDU DE LA SEANCE

55 personnes participent à ce premier rendez-vous de la protection des données.

Mme Pascale BYRNE-SUTTON souhaite la bienvenue aux participants et présente M. Stéphane WERLY, Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, Mme Estelle DUGAST, responsable du secrétariat et elle-même, qui est l'adjointe du Préposé cantonal.

L'objectif de ces rencontres est de permettre la création d'un réseau de personnes ayant une responsabilité et/ou un intérêt pour les questions soulevées par la protection des données personnelles pour renforcer la connaissance et les liens dans ce domaine.

Dans le cadre de ce premier rendez-vous, il est précisé que la rencontre a été mise sur pied au vu des nombreux débats suscités par un projet de loi visant à modifier la loi genevoise d'application du code pénal suisse¹ pour libérer les professionnels de la santé du secret médical en permettant la divulgation d'informations en milieu carcéral dans un but d'évaluation du caractère dangereux d'une personne condamnée.

L'invité du jour, M. Bertil COTTIER, professeur aux universités de Lausanne et de Lugano, est un spécialiste renommé qui a beaucoup écrit sur la protection des données et la transparence.

¹ Projet de loi présenté par le Conseil d'Etat au Grand Conseil, le 19 mars 2014, modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP) (E 4 10). Voir en particulier l'art. 5 A ci-après :

Art. 5A Professionnels de la santé intervenant en milieu carcéral (nouveau)

1 Dans le but de permettre l'évaluation du caractère dangereux d'une personne condamnée à une peine ou à une mesure, les professionnels de la santé intervenant en milieu carcéral sont libérés du secret médical vis-à-vis des autorités compétentes au sens des articles 3, 4 et 5 de la présente loi, ou de tout expert mandaté par elles à cette fin.

2 Les professionnels de la santé doivent transmettre toutes les informations nécessaires, de manière générale, à l'appréciation du caractère dangereux de la personne considérée, de nature à influencer les peines ou mesures en cours, ou permettant de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de la peine ou de la mesure.

M. Bertil COTTIER rappelle que le secret médical existait bien avant qu'il soit question de protection des données. Le serment d'Hippocrate date de 400 ans av. J.-C.

Extraits :

« Je jure par Apollon médecin, par Asclépios, par Hygie et Panacée, par tous les dieux et toutes les déesses, les prenant à témoin, de remplir, selon ma capacité et mon jugement, ce serment et ce contrat; (...) »

Tout ce que je verrai ou entendrai au cours du traitement, ou même en dehors du traitement, concernant la vie des gens, si cela ne doit jamais être répété au-dehors, je le tairai, considérant que de telles choses sont secrètes. (...) ».

Le contexte juridique est posé dans différents textes généraux de principe destinés à protéger la vie privée. L'on notera que ce cadre est dynamique et en constante évolution :

- La protection de la personnalité prévue par le code civil suisse, du 10 décembre 1907 (art. 28 CC) :
 - «¹ Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe.
 - ² Une atteinte est illicite, à moins qu'elle ne soit justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi».
- La loi fédérale sur la protection des données (LPD), qui s'applique au secteur privé et aux organes fédéraux, peut se substituer au droit cantonal. C'est le cas par exemple dans le domaine des assurances sociales, régi par différentes lois fédérales. Des conflits de compétences peuvent survenir entre le droit fédéral et le droit cantonal dans certains cantons.
- La loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD) s'applique aux institutions publiques cantonales, communales et intercommunales. Les institutions privées subventionnées ne sont pas concernées par le volet relatif à la protection des données personnelles de la LIPAD ; elles ne sont en effet soumises qu'au respect des règles relatives à la transparence et à l'accès aux documents.
- L'article 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (Cst - RS 101).
 - «¹ 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.
 - ² Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ».
- L'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) qui protège la vie privée.
- La convention 108 du Conseil de l'Europe qui a posé des standards de base en matière de protection de données et qui aujourd'hui sont encore applicables.

Il faut savoir que la convention 108 ainsi que la LPD font l'objet et ont fait l'objet de révisions récentes pour tenir compte des évolutions liées aux nouvelles technologies. Il existe également une directive de l'Union européenne sur la protection des données personnelles qui, via l'accord de participation à l'espace Schengen signé par la Suisse, exerce une certaine influence sur le droit suisse.

L'art. 28 CC est une disposition clef à laquelle il est régulièrement fait référence dans la jurisprudence relative à l'application de la LPD et de la LIPAD de laquelle il découle que toute personne maîtrise ses propres données personnelles et décide librement de ce qu'elle en fait.

Les données médicales sont éminemment personnelles. Tout comme les données sur les aides sociales accordées, l'appartenance à un parti politique, les orientations sexuelles, les données relatives à la santé sont qualifiées par la loi de "sensibles" et, à ce titre, méritent un régime de protection renforcé.

C'est ainsi que la collecte de données relatives à la santé doit être faite de façon transparente par les institutions publiques.

La Cour européenne des droits de l'homme, suite au cas d'un dossier d'un malade porteur du virus VIH qui avait circulé, a rappelé clairement, en 1997, que le respect de la confidentialité était primordial².

La protection des données personnelles n'est toutefois pas absolue. Un intérêt public ou privé prépondérant peut justifier des dérogations. L'adoption d'une nouvelle base légale définissant les cas dans lesquels de tels intérêts prépondérants existeraient pourrait également justifier de s'écarter du principe.

L'article 39 LIPAD est une disposition cadre essentielle qui apporte des précisions quant à la possibilité ou non de communiquer des données personnelles :

- entre institutions publiques soumises à la loi,
- par une institution soumise à la loi à une entité qui ne relève pas du champ d'application, à une institution de droit public étranger, une entité privée ou un particulier.

D'autres dispositions légales ne se limitent pas à régler les cas dans lesquels une communication est possible et posent également une obligation de communiquer. Tel est ainsi le cas de l'article 443, al. 2 du CC³, qui oblige à communiquer des données qui concerne le domaine de la protection de l'adulte (nouvelle dénomination du domaine des tutelles). Le fonctionnaire a alors l'obligation d'informer des situations dont il a connaissance et doit annoncer les éventuels cas de maltraitance à l'autorité cantonale. Ce n'est donc pas seulement une autorisation à le faire, mais bien également une obligation.

Ainsi, à l'exception de situations très particulières, le souhait du législateur est d'éviter de faire circuler les données personnelles au risque d'en perdre la maîtrise. Il ne peut être question de vases communicants au sein des administrations publiques. A cet égard, il est impératif qu'une base légale expresse autorise la transmission et l'échange d'informations.

Question : Est-ce que l'art. 39 LIPAD est lié à la notion de secret de fonction qui se trouve de ce fait renforcé ?

Réponse : M. Bertil COTTIER expose que, de son point de vue, la notion de secret de fonction a perdu de son importance avec le développement de la protection des données. M. Stéphane WERLY évoque d'autres bases légales sur l'obligation de communiquer en droit

² "...le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la convention... capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de la santé en général", Cour EDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, n° 22009/93.

³ **Art. 443**

1 Toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide. Les dispositions sur le secret professionnel sont réservées.

2 Toute personne qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'un tel cas est tenue d'en informer l'autorité. Les cantons peuvent prévoir d'autres obligations d'aviser l'autorité.

fédéral (également dans le domaine du virus VIH) sans donner de noms, mais pour des raisons statistiques.

La violation du secret médical n'est pas un délit poursuivi d'office. Il l'est uniquement sur plainte (se référer à l'art. 321 CP et à la LS).

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, la confidentialité est essentielle dans le rapport entre un médecin et son patient. Si un patient ne livre pas tout à son médecin, il n'aura pas la possibilité d'avoir un traitement adéquat et de qualité. Actuellement, le secret est mis à mal pour des questions financières. Les assureurs maladie, souhaitant maîtriser les coûts de la santé, entendent contrôler que les thérapies prescrites par les médecins sont bien efficaces et de ce fait cherchent à obtenir nombre de données des patients en demandant aux médecins de leur transmettre de multiples informations.

Les articles 87 et 88 de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 (K 1 03), qui concernent le secret professionnel, précisent que le patient doit donner le consentement pour la transmission de ses données et que tout professionnel de la santé ou auxiliaire doit demander impérativement à être délié du secret.

Art. 87 Secret professionnel – Principe

¹ *Les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel.*

² *Le secret professionnel a pour but de protéger la sphère privée du patient. Il interdit aux personnes qui y sont astreintes de transmettre des informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession. Il s'applique également entre professionnels de la santé.*

³ *Lorsque les intérêts du patient l'exigent, les professionnels de la santé peuvent toutefois, avec son consentement, se transmettre des informations le concernant.*

Art. 88 Secret professionnel – Libération du secret

¹ *Une personne tenue au secret professionnel peut en être déliée par le patient ou, s'il existe de justes motifs, par l'autorité supérieure de levée du secret professionnel.*

² *Sont réservées les dispositions légales concernant l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.*

Il existe deux cas de figures : celui où la loi autorise l'information à l'autorité compétente et celui où c'est le médecin qui demande à être délié du secret médical (parce que, par exemple, un patient profère de sérieuses menaces de tuer sa femme).

Les règles relatives à la circulation routière contiennent des exceptions au secret médical lorsqu'il existe des doutes quant à l'aptitude à conduire un véhicule. Ainsi, l'art. 15d. al. 3 LCR⁴ prévoit que le médecin est de par la loi libéré du secret professionnel et peut communiquer à l'autorité.

Dans un autre domaine encore, celui du risque d'épidémies, l'art. 27 al. 1 lettre a de la loi sur les épidémies⁵ prévoit une obligation d'information de la part du médecin des cas de maladies

⁴ « ³ Les médecins sont libérés du secret professionnel dans le cas des communications au sens de l'al. 1, let. e. Ils peuvent notifier celles-ci directement à l'autorité cantonale responsable de la circulation routière ou à l'autorité de surveillance des médecins. »

⁵ Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies - RS 818.101)

Art. 27 Déclaration obligatoire

¹ *Dans le cadre de la lutte contre la propagation des maladies transmissibles de l'homme, le Conseil fédéral arrête des dispositions prescrivant:*

a. *aux médecins, aux hôpitaux et aux autres institutions publiques ou privées du domaine de la santé de déclarer à l'autorité cantonale compétente les cas de maladies transmissibles chez des personnes malades,*

transmissibles. Pour les maladies moins graves, la transmission des données n'est pas nominative.

Question : Il semblerait qu'en Suisse allemande, l'interprétation de la notion de secret médical soit plus souple qu'en Suisse romande ?

Réponse : L'article 321 CP est clair et vaut pour l'ensemble de la Suisse. En Suisse allemande, il est possible que les médecins soient plus facilement déliés du secret de fonction, dès lors que le droit cantonal, qui varie d'un canton à l'autre, peut effectivement prévoir dans lesquels le médecin est délié du secret de fonction. Cela dit, il convient toutefois de se souvenir que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, qui s'impose à la Suisse, est très restrictive.

Question : Un assureur a-t-il le droit de transmettre une information à un autre assureur lorsque le patient change d'assurance-maladie ?

Réponse : La loi fédérale sur l'assurance-maladie autorise certaines transmissions de données. Le sujet est très complexe. Dans la règle, ce sont en fait des médecins-conseils engagés au sein des assurances qui communiquent entre eux. A cet égard, il convient de se référer à l'article 42 al. 4 LAMAL relatif à la facturation des prestations⁶.

Question : Quelle est l'exigence quant à la protection des données informatisées ?

Réponse : Les bases de données doivent être sécurisées. En particulier, un accès ne doit pas être donné à n'importe qui. Il est nécessaire de se tenir au courant des évolutions techniques et adaptées les systèmes en fonction des nouveaux risques et identifier les failles de sécurité dans les systèmes. Il faut aussi veiller à la protection des données lors de leur transmission dans des conditions prescrites par la loi.

Question : Lorsqu'en raison de l'activité professionnel d'un fonctionnaire ou collaborateur d'une institution publique, l'on a accès à des informations médicales d'un patient, d'un enfant, d'un détenu, ou de toute autre personne, sans pour autant être médecin, comment savoir si l'on a le droit de parler ou non (si par exemple, l'on a accès à des informations qui permettent de conclure à un risque pour la sécurité d'autrui - de transmission du virus du VIH d'une personne malade qui a de multiples partenaires et ne se protège pas) ?

Réponse : Une telle situation doit être examinée à la lumière de la LIPAD - elle n'est pas régie par le secret médical qui ne lie pas des catégories de personnes autres que les professionnels de la santé. Dans des cas, il convient de les dénoncer à l'autorité prévue, par exemple la commission de la santé ou le médecin cantonal, qui déterminera les mesures à prendre. Cela dit, en droit suisse, le dénonciateur n'est pas encore protégé par la loi bien que la Cour européenne des droits de l'homme ait eu différentes occasions de se prononcer sur des cas de « whistleblowing » examinés à la lumière de l'art. 10 de la CEDH relatif à la liberté d'expression.

infectées ou exposées, avec des indications permettant d'identifier ces personnes; l'autorité cantonale transmet les déclarations à l'Office fédéral de la santé publique;

b. aux laboratoires de déclarer à l'autorité cantonale compétente les résultats d'analyses infectiologiques avec des indications permettant d'identifier les personnes malades ou infectées.

² L'Office fédéral de la santé publique est habilité, dans les limites de l'al. 1, à communiquer des données personnelles aux médecins traitants, aux médecins cantonaux et à toute autre autorité assumant des tâches de santé publique, ainsi qu'aux institutions suisses et étrangères du domaine de la santé.

³ Il prend les mesures techniques et organisationnelles propres à assurer la protection et la sécurité des données lors de leur traitement et en particulier de leur transmission."

⁶ « 4 L'assureur peut exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical. »

6 En dérogation à l'art. 29, al. 2, LPGA, aucune formule n'est nécessaire pour faire valoir le droit aux prestations. ».

Question : S'agissant de la communication de données aux assurances, est-il possible de poser des réserves sur la transmission en indiquant que les données transmises n'ont pas à être divulguées à autrui ?

Réponse : Oui, c'est tout à fait valable. Il faut bien veiller à lire les clauses complémentaires que l'on signe.

Question : Les assureurs font signer des procurations qui autorisent à contacter l'ensemble des partenaires. Est-ce normal ?

Réponse : Oui, en vertu de la LAMAL. Il est clair que les assureurs maladie essaient d'obtenir le consentement préalable des personnes à la signature du contrat (clauses complémentaires stipulant ce genre d'autorisation).

Question : Est-ce qu'un consentement oral suffit pour autoriser la divulgation d'informations ?

Réponse : L'absence de forme est valable pour la plupart des actes, la forme n'étant souvent pas prescrite. Mais il est toujours préférable d'avoir une preuve par écrit du consentement donné qui stipule clairement ce qui a été décidé.

Question : Une association subventionnée, qui s'occupe de personnes en situation de grande précarité, sous traitement médical, qu'elle héberge, a fait appel à un urgentiste qui a changé le traitement d'un patient. L'institution a mis en place un système selon lequel un formulaire type doit être rempli par le médecin concernant le traitement de chaque patient afin d'être transmis aux professionnels concernés de l'institution et au pharmacien avec lequel travaille cette association. Dans ce cas particulier, le médecin urgentiste a refusé de remplir ledit formulaire en se basant sur le secret médical. Était-il en droit de refuser ?

Réponse : Oui, il est lié au secret et au fait que le consentement du patient ne saurait être présumé. L'institution en question devrait formaliser le consentement des personnes concernées pour éviter ce genre de problème car la procédure a été mise en place dans un but de protection des personnes hébergées (pour éviter toute erreur dans le suivi des traitements par les professionnels en place dans l'institution).

Question : Que veut dire l'obligation de renseigner "l'autorité" ?

Réponse : C'est le fait de renseigner l'autorité publique qui a la compétence au plan juridique de traiter de la situation.

Question : Est-ce que l'autorité peut exiger que certaines catégories d'informations lui soient transmises ?

Réponse : Il est difficile de répondre à cette question de manière générale. Comme nous l'avons vu, il y a des cas précis (dans le domaine des épidémies par exemple) qui sont précisés par la loi.

Question : Un employé de l'Etat qui, dans le cadre d'un entretien confidentiel, a connaissance d'un cas grave de mise en danger d'une personne. N'étant pas professionnel de la santé, il n'est pas soumis au secret médical. Que peut-il faire ?

Réponse : Comme on l'a vu, cette personne peut s'adresser à l'autorité compétente à raison de la matière. C'est à cette autorité qu'il incombera de réagir. Il est aussi envisageable de requérir le consentement de la personne concernée à la divulgation de l'information en le protocolant.

Question : Est-il également possible de communiquer de manière anonyme ?

Réponse : Oui et cela permet même d'avoir un conseil, sans déclencher directement des mesures.

Question : En principe, toute personne est protégée contre l'utilisation de ses données personnelles. Chacun a le droit à l'autodétermination et peut donc s'opposer à toute transmission. L'autodétermination ne semble toutefois pas si libre si l'on prend l'exemple des apprentis que l'on voulait soumettre il y a quelques années à des tests de drogue.

Réponse : C'est le principe qui doit toujours être gardé à l'esprit pour déterminer si des restrictions sont ou non admissibles.

De l'échange intervenu lors de la rencontre, il convient de mettre l'accent sur :

- *le droit que nous avons tous de savoir quelles sont les données nous concernant qui sont traitées par les institutions publiques*
- *le fait que, sauf disposition légale expression ou en l'absence d'un intérêt supérieur, ces données personnelles ne peuvent être transmises sans notre consentement*
- *le fait que le secret médical est strict et concerne les médecins et leur auxiliaire ; il ne vise pas d'autres catégories de professionnels*
- *le secret de fonction est applicable à tout collaborateur et collaboratrice au service d'une institution publique, professionnel de la santé ou non.*

Remerciements à chacun des participants et au Professeur COTTIER.

Les personnes présentes ont eu la possibilité de remplir un document mentionnant les aspects de la LIPAD qu'ils souhaiteraient voir traiter par le préposé cantonal :

- *Si l'accès à un document est refusé et qu'une médiation est demandée, quelle est la procédure ?*
- *Quelles mesures faut-il prendre en matière de vidéosurveillance ?*
- *Fichiers de données personnelles que les institutions publiques doivent annoncer.*
- *Protection des données personnelles et informatique.*
- *Protection des données personnelles et conditions de travail.*
- *Catalogue des fichiers : quels sont les fichiers à annoncer ?*

La prochaine conférence organisée par le Bureau du préposé cantonal à la protection des données et à la transparence aura lieu le 25 juin prochain et s'adresse aux institutions privées subventionnées par le canton ou une commune. Les questions abordées seront les suivantes : *Que requiert le droit fédéral en matière de protection des données ? Que faire si vous recevez une demande d'accès à un document (transparence) ?*