



Amendement au PL 11404 modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (LaCP – E 4 10)

Avis du 21 août 2014

Mots clés: projet de loi, protection des données, secret partagé, secret de fonction, partage d'informations, milieu carcéral

Contexte: Par courrier du 29 juillet 2014, M. Mauro Poggia, Conseiller d'Etat en charge du Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS) a soumis pour avis au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après: PPDT) un projet d'amendement au PL 11404 modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009 (LaCP; RSGe E 4 10). Le projet a été soumis à l'attention du PPDT en raison de son impact en matière de protection des données personnelles.

Bases juridiques: art. 56 al. 3 let. 2 LIPAD; art. 23 al. 8 RIPAD

A la suite des affaires «Adeline» et «Marie» survenues dans les cantons de Genève et Vaud, les rapports d'enquêtes diligentés ont mis en évidence que les thérapeutes n'étaient pas nécessairement au courant du contenu du dossier d'admission du condamné, ni de la raison pour laquelle un rapport d'expertise pouvait leur être demandé. Dès lors, ces thérapeutes n'étaient pas à même de répondre en toute connaissance de cause à l'occasion des rapports qu'ils rendaient à l'autorité et de formuler des recommandations pertinentes.

Partant de ce constat, la Conférence latine des chefs de départements de justice et police (CLDJP), réunissant les autorités cantonales compétentes en matière d'exécution des peines et des mesures, a émis une recommandation, le 31 octobre 2013, visant la création d'une base légale dans les cantons signataires *«relative à l'échange d'informations et à la non-opposabilité du secret médical et/ou de fonction en rapport avec la dangerosité d'un détenu et pouvant avoir une incidence sur son évaluation ou sur les conditions d'allègement dans l'exécution»*.

La CLDJP invite ainsi les cantons à se doter d'une base légale pour fonder l'échange d'informations entre toutes les autorités afin que les autorités d'application et d'exécution des sanctions pénales et des mesures de nature thérapeutique, ainsi que l'autorité de probation, puissent disposer de tous les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions. En particulier, la recommandation stipule que *«lorsqu'un détenu s'est vu ordonner un traitement institutionnel (art. 59 CP), un traitement ambulatoire (art. 62 CP) ou un internement (art. 64 CP) ou que son caractère dangereux est admis ou lorsqu'une personne est sous assistance probatoire (art. 93 et 94 CP), les professionnels de la santé en charge de ce détenu en exécution de peine ou de mesures privatives de liberté soient autorisés, en dépit du secret professionnel qui les lie, à informer l'autorité compétente de faits importants pouvant avoir une influence sur les mesures en cours ou sur les allègements dans l'exécution ou, d'une manière générale, sur l'appréciation de la dangerosité de la personne considérée»*.

En date du 19 mars 2014, estimant qu'une telle collaboration entre les différentes entités concernées, que ce soient les autorités d'application et d'exécution des sanctions pénales ou les thérapeutes intervenant dans le cadre pénitentiaire, était nécessaire pour la protection de la collectivité, le Conseil d'Etat a soumis au Parlement un premier projet de base légale qui déliait les professionnels de santé de leur secret médical lorsqu'ils prenaient en charge une personne condamnée considérée comme dangereuse (Projet de loi 11404 modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale):

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

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.*

Le projet a cependant rencontré une forte opposition à Genève, notamment du côté du corps médical et du pouvoir judiciaire, de sorte que le DEAS entend proposer l'amendement suivant permettant un échange d'informations au sein des institutions concernées:

Art. 5A (Circulation de l'information concernant les personnes condamnées à une mesure au sens des articles 56 ss CP ou à une peine et sollicitant un accompagnement thérapeutique):

¹ *Les autorités d'exécution des peines et mesures, la direction de l'établissement dans lequel celles-ci sont exécutées, les professionnels de la santé et les intervenants thérapeutiques s'informent mutuellement de tous renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs missions, ainsi qu'à la sécurité publique.*

² *En particulier, les professionnels de la santé et tout intervenant thérapeutique communiquent:*

- a) *aux autorités d'exécution des peines et des mesures, sur requête de celles-ci, tous les faits pertinents de nature à influencer la peine ou la mesure en cours ou permettant de se prononcer sur un éventuel allègement dans l'exécution de la peine ou de la mesure;*
- b) *à la direction de l'établissement concerné, tous 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 codétenus ou de la sécurité publique.*

Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD)

Avant d'examiner la notion de donnée personnelle, la protection garantie par la loi et les conditions d'échanges éventuels de données personnelles entre institutions publiques soumises à la LIPAD, nous relevons en préambule que le législateur genevois peut adopter une norme dérogeant à la LIPAD s'il considère que les conditions d'un intérêt public prépondérant le justifient.

Notion de donnée personnelle

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

Une telle identification peut être faite de multiples manières: par le biais du nom, du numéro de téléphone, de la date de naissance, de l'adresse, d'une adresse de courriel, d'une photo,

d'un enregistrement vidéo, des empreintes digitales, de la voix, la reconnaissance de l'iris, de l'ADN, d'un numéro d'identification personnel (numéro AVS), d'une plaque d'immatriculation automobile, etc. L'identification peut donc être directe ou indirecte. La LIPAD est applicable à tout traitement de données à caractère personnel quel que soit le procédé utilisé.

Parmi les données personnelles, la LIPAD distingue les données sensibles (art. 4 lettre b LIPAD) pour lesquelles une protection renforcée est prévue parce qu'elles relèvent de la sphère intime de chaque individu; les données concernant la santé en font partie (art. 4 lettre b 2 LIPAD).

La loi ne donne pas de définition de ce que recouvre la notion de «santé». Selon le Tribunal fédéral, il s'agit de *«toutes les informations qui permettent de tirer, directement ou indirectement, des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne»* (ATF 119 II 122; JT 1994 I 598). Dès lors, les notes sur le déroulement d'un traitement, les descriptions de symptômes, les diagnostics, les prescriptions médicales, les résultats d'analyses ou les radiographies, les données génétiques sont autant d'exemples d'informations concernant la santé d'une personne dont la collecte et le traitement nécessitent une telle protection spéciale.

Protection des données personnelles

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101), de même que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à cette disposition, jouent un rôle important en ce sens qu'il en découle clairement que la protection des données fait partie des droits fondamentaux.

La Cour a, en effet, précisé dans un premier arrêt de 1997, qui sera confirmé par la suite à réitérées reprises, que: *«la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la convention capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de la santé en général»* (Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93).

Principes généraux applicables en matière de protection des données personnelles

Les principes généraux que l'on trouve dans la LIPAD sont les suivants:

Base légale (art. 35 al. 1 LIPAD): Les institutions publiques ne peuvent traiter de telles données que si l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire. Le caractère nécessaire du traitement des données personnelles est réaffirmé aux art. 35 al. 1^{er} et 36 al. 1^{er} let. a LIPAD.

Bonne foi (art. 38 LIPAD): Les données doivent avoir été obtenues loyalement, c'est-à-dire en toute connaissance de cause des personnes concernées; la collecte des données doit être reconnaissable pour celles-ci.

Proportionnalité (art. 41 al. 1 let a LIPAD): Seules peuvent être collectées les données personnelles aptes à atteindre le but visé. Par ailleurs, le traitement ne doit pas durer plus longtemps que nécessaire.

Principe de finalité (art. 35 al. 1 LIPAD): Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte, prévu par la loi ou ressortant des circonstances.

Exactitude (art. 36 LIPAD): L'autorité doit veiller à l'exactitude des données. L'exactitude d'une information peut évoluer au fil des ans. Les modifications opérées doivent donc être inscrites et datées. Lorsque des informations sont fausses, l'intéressé peut en requérir la rectification.

Sécurité (art. 37 LIPAD): Les données doivent être protégées, tant sur le plan technique que juridique, conformément aux risques présentés par la nature des données en cause, à la lumière de l'ingérence à la sphère privée des personnes concernées.

Transmission de données personnelles à des tiers

A teneur de l'article 39 alinéas 1 à 3 LIPAD:

¹ *Sans préjudice, le cas échéant, de son devoir de renseigner les instances hiérarchiques supérieures dont elle dépend, une institution publique ne peut communiquer des données personnelles en son sein ou à une autre institution publique que si, cumulativement:*

- a) *l'institution requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait aux exigences prévues aux articles 35 à 38;*
- b) *la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi ou un règlement.*

² *L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 1 et, une fois la communication effectuée, d'en informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement.*

³ *Les institutions publiques communiquent aux autorités judiciaires les données personnelles que celles-ci sollicitent aux fins de trancher les causes dont elles sont saisies ou de remplir les tâches de surveillance dont elles sont investies, sauf si le secret de fonction ou un autre secret protégé par la loi s'y oppose.*

En application de l'article 39 alinéa 1 LIPAD, l'échange d'informations entre institutions publiques soumises à la loi ou au sein d'une même institution est possible à certaines conditions.

En effet, des données personnelles peuvent être communiquées si l'institution requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait aux exigences posées par les articles 35 à 38 LIPAD (principes généraux de protection des données) et si la communication des données en cause n'est pas contraire à une loi ou un règlement.

Considérant que le contexte du milieu carcéral est régi par des normes qui visent la sécurité, il est pertinent de considérer que l'échange de données avec les autres services concernés par la matière ou au sein du même service est possible en application de l'article 39 alinéa 1 LIPAD.

Code pénal suisse (CP)

Le secret médical (art. 321 CP)

Si la nouvelle version du projet ne parle plus de levée du secret médical à proprement parler, mais vise à un véritable échange d'informations, de part et d'autres, sur les faits nécessaires

à l'accomplissement de leurs missions respectives par les entités concernées, force est toutefois de constater que le secret médical doit être évoqué.

Le secret médical est la base de la relation de confiance nouée entre le patient et son médecin traitant. Sur le plan juridique, il constitue un volet du secret professionnel protégé par l'article 321 CP; il impose aux médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi qu'à leurs auxiliaires de tenir secrètes les informations qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci.

Art. 321 CP Violation du secret professionnel

«1. Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, 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».

Par ailleurs, l'article 321^{bis} CP protège le secret médical en matière de recherche dans le domaine de la médecine ou de la santé publique. A cet égard, il est prévu que le secret peut être levé avec l'accord d'une commission d'experts désigné à cet effet, *«même si les personnes concernées n'ont pas donné expressément leur consentement»*. L'article 321^{bis} CP a fait l'objet d'une ordonnance d'application du 14 juin 1993 concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale, laquelle a pour objectif de déterminer les compétences et modalités de désignation et d'organisation de la commission d'experts (OALSP; RS 235.154).

L'article 321 CP n'a pas vocation à protéger le médecin, mais la sphère personnelle du patient, si bien que l'on devrait plutôt parler de secret du patient.

Le secret médical n'est pas applicable de manière absolue et peut être levé dans certaines conditions:

- Le consentement de l'intéressé ou
- sur autorisation écrite de l'autorité supérieure ou
- sur autorisation écrite de l'autorité de surveillance (art. 321 ch. 2 CP); ou
- une disposition de la législation fédérale ou cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (art. 321 ch. 3 CP). L'article 5A LaCP constituerait précisément une base légale cantonale statuant une obligation de renseigner dérogeant au principe de punissabilité d'une violation de secret professionnel.

Le secret de fonction (art. 320 CP)

Outre le secret médical, le secret de fonction (art. 320 CP) joue aussi un rôle essentiel dans la protection des données personnelles médicales traitées par les institutions publiques.

Contrairement au secret médical qui vise les médecins et leurs auxiliaires, le secret de fonction s'adresse à tout membre du personnel d'une institution publique, d'une commission

officielle, d'un Conseil d'administration, d'un Conseil de fondation, peu importe son niveau hiérarchique et sa profession.

Les médecins qui travaillent au sein d'une institution publique sont donc à la fois couverts par le secret médical et par le secret de fonction. Il en va donc ainsi du personnel médical employé dans les établissements pénitentiaires genevois: Établissement fermé de Champ-Dollon; Centre éducatif de détention et d'observation de la Clairière; Établissement fermé de La Brenaz; Établissement fermé de Favra; Établissement ouvert de Montfleury; Établissement ouvert du Vallon; Établissement ouvert de Villars; Établissement fermé de Curabilis.

Les autres collaborateurs, non soumis au secret médical, doivent respecter le secret de fonction protégé par l'article 320 CP, une infraction dont la violation est poursuivie d'office, ce qui n'est pas le cas de la violation du secret professionnel.

Outre l'article 320 CP, le secret de fonction est par ailleurs confirmé dans les différentes lois genevoises concernant le personnel de l'administration cantonale, de la police et de l'instruction publique de la façon suivante: *«les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui»* (voir par exemple l'article 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC; RSGe B 5 05).

C'est l'autorité d'engagement du collaborateur concerné qui procède à l'examen de la demande de levée du secret de fonction. Sur la procédure à suivre, le membre du personnel est invité à se renseigner auprès de sa hiérarchie (voir pour l'administration cantonale, la directive transversale intitulée «Partage d'informations couvertes par le secret de fonction», référence EGE-09-02_v1, du 15 mai 2012).

Loi sur la santé (LS)

La loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS; RSGe K 1 03) contient, dans son chapitre V, une section 3 relative au traitement des données relatives à la santé du patient (art. 52 à 58 LS) applicable à *«tout professionnel de la santé»*, qu'il relève par conséquent du secteur privé comme du secteur public.

A l'instar de l'article 321 chiffre 3 CP, l'article 88 alinéa 2 LS déroge au principe de punissabilité d'une violation du secret professionnel en réservant les dispositions légales concernant l'obligation de renseigner une autorité.

L'article 5A entrerait donc précisément dans ce cas.

Considérations

L'organisation, le fonctionnement et les impératifs de l'institution carcérale sont autant de paramètres difficilement compatibles avec le respect d'une obligation de secret professionnel érigée dans l'intérêt des individus, même incarcérés. Par exemple, ici plus encore que dans d'autres contextes institutionnels, les relations supposées seulement bilatérales - telles que les relations soignant-patient, fondées sur la confidentialité, la confiance et le consentement de l'intéressé, se voient profondément questionnées.

La LaCP contient déjà une disposition ayant trait à la transmission d'informations. L'art. 5 al. 4 LaCP, qui concerne le Département de la sécurité et de l'économie (DES), prévoit en effet

que ce dernier transmet d'office et par écrit au Ministère public toutes les informations et pièces qui sont nécessaires à ce dernier pour requérir une décision du Tribunal d'application des peines et des mesures.

Le présent projet va toutefois plus loin.

L'alinéa 1 règle l'échange des informations entre les autorités d'exécution des peines, à savoir le DSE et le SAPEM (Service d'application des peines et mesures) et la direction de l'établissement dans lequel celles-ci sont exécutées. Dans un souci de réciprocité et d'efficacité, le projet soumet également au devoir d'information réciproque les professionnels de la santé et les intervenants thérapeutiques exerçant en milieu carcéral ou ambulatoire, étant entendu qu'ils possèdent aussi des renseignements leur permettant d'apprécier, du point de vue médical et thérapeutique, la situation d'un détenu. L'échange mutuel d'informations porte sur tous les éléments nécessaires à leur mission, notamment les faits qui pourraient attenter à la sécurité de la personne détenue, celle de l'établissement, du personnel, des intervenants, des codétenus ou à la sécurité publique.

Partant de l'idée que les professionnels de la santé et les intervenants thérapeutiques travaillent en étroite collaboration, l'alinéa 2 instaure à leur encontre un devoir de signalement, soit aux autorités d'exécution des peines et des mesures (lettre a), soit à la direction de l'établissement concerné (lettre b).

Force est de constater que sur le plan juridique, le projet ne pose pas de problème particulier. Soit les renseignements communiqués concernent des données qui ne tombent pas sous le coup de la LIPAD (il ne s'agit pas de données personnelles), soit ils ont trait à des données personnelles, sensibles ou non et l'article 39 LIPAD autorise leur transmission, soit encore ils relèvent du secret médical et, conformément aux articles 321 chiffre 3 CP et 88 alinéa 2 LS, l'article 5A LaCP envisagé constituerait la base légale autorisant la dérogation au principe de punissabilité d'une violation du secret professionnel.

Certaines limites sont en outre prévues. Ainsi, l'article 5A LaCP ne concernerait pas tous les détenus incarcérés dans le canton de Genève. Comme il ressort de l'intitulé de la norme, l'échange d'informations aurait trait uniquement aux personnes condamnées à une mesure au sens des art. 56 ss CP, soit les mesures thérapeutiques institutionnelles (traitement des troubles mentaux et traitement des addictions), le traitement ambulatoire et l'internement. Seraient aussi visés les individus condamnés à une peine et sollicitant de manière volontaire un accompagnement thérapeutique. La disposition s'adresserait en particulier aux détenus de l'unité de sociothérapie de Curabilis, qui peuvent être des personnes condamnées à des peines ou à des mesures.

En outre, l'obligation de communication ne s'étendrait pas à une évaluation ou à un jugement porté sur ce fait afin de déterminer le risque de récidive, opération qui relève de l'autorité compétente en matière d'exécution de la sanction.

Relevons également qu'il appartiendrait aux professionnels de la santé d'apprécier de cas en cas si l'état de fait dont ils ont connaissance leur impose une obligation de renseigner. Une certaine marge de manœuvre leur serait donc accordée.

Ainsi, l'article 5A LaCP, en déterminant un cadre précis et contraignant, afin qu'une marche à suivre soit respectée systématiquement lorsqu'il s'agit de se prononcer sur les sorties des personnes détenues considérées comme dangereuses, répondrait à la recommandation de la CLDJP, invitant les cantons à se doter d'une base légale formelle pour fonder l'échange d'informations, notamment entre les autorités judiciaires et les responsables médicaux en charge d'un détenu.

Enfin, la présente base légale, qui vise à protéger les intérêts de la société et la sécurité de la population, serait respectueuse du principe de proportionnalité entre la sauvegarde de la sphère privée des détenus-patients et la levée du secret médical, qui demeure ciblée sur un volet bien précis. Il ne s'agit notamment pas de délier les professionnels de la santé pour chacune de leurs interventions, ni lorsqu'ils soignent des personnes détenues qui ne sont pas considérées comme dangereuses, mais de fixer, pour les thérapeutes, un cadre légal clair dans lequel des renseignements médicaux doivent être transmis aux autorités amenées à statuer ou à préavisier le caractère dangereux d'une personne.

Le préposé cantonal souligne toutefois que la pratique montre qu'il est toujours plus facile de commenter un évènement grave après sa survenance et que l'objectif visé par le présent projet de disposition ne pourra être atteint que si une véritable politique de prévention est mise en place en collaboration avec tous les acteurs concernés.

Dans ce contexte, il suggère d'explorer la pratique qui semble prévaloir en Suisse alémanique où l'échange d'informations en milieu carcéral paraît facilité depuis un certain nombre d'années.

En outre, dans le cadre de la présente analyse, il a pris connaissance d'une thèse rédigée à Neuchâtel par Manon Jendly portant sur l'obligation de confidentialité en milieu carcéral. Cette personne pourrait apporter un éclairage intéressant à l'heure où le canton de Genève réfléchit à une amélioration de son propre dispositif.

Avis du Préposé cantonal

Compte tenu de ce qui précède, le Préposé cantonal préavise favorablement le projet d'amendement au PL 11404 modifiant la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales (art. 5A).

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe