



REPUBLIQUE ET CANTON DE GENEVE

Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence

# SECRET MÉDICAL

## ET PROTECTION DES DONNÉES

*FONDEMENTS JURIDIQUES ET ASPECTS PRATIQUES*

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



## 1 | PRÉAMBULE

La présente brochure a été élaborée à la suite d'une rencontre organisée par le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence le 12 juin 2014, dont le compte rendu figure sur le site internet [www.ge.ch/ppdt](http://www.ge.ch/ppdt)<sup>1</sup>.

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

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

## 2 | INSTITUTIONS PUBLIQUES GENEVOISES ET DROIT APPLICABLE

L'objectif central du présent document est de se focaliser sur l'application du droit public genevois, en particulier de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD, RSGE A 2 08), à Genève, par les collaboratrices et les collaborateurs travaillant au sein des services de l'administration cantonale, des communes et des institutions publiques cantonales, communales et intercommunales concernés, notamment (liste non exhaustive) :

- Les différents services de la direction générale de la santé, rattachée au département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS) :
  - Service du médecin cantonal
  - Service du pharmacien cantonal
  - Service de la planification et du réseau de soins
  - Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients
  - Commission du secret professionnel
- Le Service de santé de l'enfance et de la jeunesse, le Service dentaire scolaire, relevant de l'office de l'enfance et de la jeunesse, l'Office médico-pédagogique, du département de l'instruction publique et du sport (DIP)
- Le Service de santé du personnel de l'Etat, relevant du l'office du personnel de l'Etat, du département des finances (DF)
- La Faculté de médecine, les instituts et autres services de recherche dans le domaine médical de l'Université de Genève
- Les Hôpitaux universitaires genevois (HUG), la Clinique de Jolimont, la Clinique de Montana
- L'Institution genevoise de maintien, d'aide et de soins à domicile (IMAD)
- La Maison de retraite du Petit-Saconnex, la Maison de Vessy, la Fondation pour l'exploitation de pensions pour personnes âgées la Vespérale
- L'Office cantonal des assurances sociales (OCAS)
- Les Etablissements publics pour l'intégration (EPI)
- La Fondation officielle de la jeunesse (FOJ)

<sup>1</sup> <http://www.ge.ch/ppdt/doc/actualites/20140610-compte-rendu-seance.pdf>

- Le 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
- La Commission cantonale d'éthique de la recherche (CCER) créée en application de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH; RS 810.30) entrée en vigueur le 1er janvier 2014<sup>2</sup>.

## 2.1 | Droit interne

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

Soulignons également que le Tribunal fédéral a, dans un arrêt du 7 janvier 2014, déduit de ces dispositions constitutionnelles un droit à l'"*autodétermination en matière d'information*", soit le droit pour toute personne d'être à même de déterminer si et dans quel but des données qui la concernent peuvent être traitées et enregistrées par des tiers quels qu'ils soient, privés ou provenant du secteur public<sup>3</sup>. Ce droit avait été antérieurement déduit de l'art. 4 de l'ancienne Constitution fédérale et formulé en tant que "*droit qui protège les individus des atteintes qui proviennent d'un traitement étatique de leurs données personnelles. Chaque personne devrait pouvoir déterminer elle-même si et dans quels buts des informations à son sujet peuvent être traitées*"<sup>4</sup>. Glaser précise à cet égard que "*la protection offerte par les droits fondamentaux s'étend donc au recueil, à la compilation et à la communication mais aussi à la simple collecte et conservation de données ayant un lien suffisamment étroit avec une personne. (...). La protection des données personnelles revêt une importance particulière dans le domaine des traitements médicaux car les informations sur la constitution physique et psychique d'une personne sont particulièrement sensibles et donc susceptibles de faire l'objet d'abus*"<sup>5</sup>.

La LIPAD poursuit cet objectif de protection des données personnelles.

A Genève, la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS, RSGE K 1 03) contient, en outre, dans son chapitre V, une section 3 relative au traitement des données relatives à la santé du patient (art. 52 à 58 LS) applicable à « *tout professionnel de la santé* », qu'il relève du secteur privé comme du secteur public. Cette loi a prévu la création d'une instance de médiation (art. 11)

<sup>2</sup> Voir le règlement d'application de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 4 décembre 2013 (RaLRH; RSGE K 4 06.02).

<sup>3</sup> "*Die Bewegungsfreiheit ist als Teil der persönlichen Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV garantiert. Sie kann wie andere Grundrechte nach den Kriterien von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und haben sich schliesslich als verhältnismässig zu erweisen. Die Kerngehaltsgarantie ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang (vgl. BGE 137 I 31 E. 6.2 S. 45). Denselben Voraussetzungen unterliegt die Einschränkung des grundrechtlichen Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 13 Abs. 2 BV). Der Anspruch impliziert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen muss, ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden*" : ATF 140 I 22, consid. 9.1.

<sup>4</sup> Arrêt 2P.165/2004, consid. 7.3; ATF 129 I 232 consid. 4.3.1.

<sup>5</sup> Andreas Glaser, "*Avis de droit succinct sur des questions concernant le consentement et la présomption de consentement ainsi que la participation d'institutions de droit public à une communauté dans le contexte du projet de loi sur le dossier électronique du patient*", p. 5, sur le site [www.e-health-suisse.ch](http://www.e-health-suisse.ch).

pour aider patients et professionnels de la santé à trouver des solutions amiables à leur différend<sup>6</sup>.

La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992<sup>7</sup>, complétée par l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993<sup>8</sup>, s'applique aux entreprises du secteur privé ainsi qu'au secteur public relevant de la Confédération. Son champ d'application ne s'étend pas aux institutions publiques communales et cantonales genevoises.

Cela dit, si la LPD n'est pas applicable aux entités publiques cantonales et communales genevoises, le droit fédéral constitue néanmoins une base de référence en matière de protection des données en tant qu'il rappelle les principes fondamentaux applicables. En outre, nombre de questions juridiques et techniques se posent souvent de façon analogue à Genève et ont d'ores et déjà été analysées par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence<sup>9</sup>.

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

Depuis une quinzaine d'années, au plan fédéral, un bon nombre de lois spécifiques à des domaines particuliers ont été adoptées à la faveur de compétences attribuées au législateur fédéral<sup>10</sup>, en particulier la :

- Loi fédérale sur la procréation médicalement assistée, du 18 décembre 1998<sup>11</sup>
- Loi fédérale sur la transplantation d'organes, de tissus et de cellules, du 8 octobre 2004<sup>12</sup>
- Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine, du 8 octobre 2004<sup>13</sup>
- Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, du 23 juin 2006<sup>14</sup>

---

<sup>6</sup> Saisie d'une plainte écrite, c'est la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients (CSPSDP - Avenue de Beau-Séjour 24, 1206 Genève) qui peut proposer de soumettre la situation à l'une des trois médiatrices indépendantes désignées par le département parce qu'elle est d'avis qu'une solution amiable pourrait être trouvée.

<sup>7</sup> LPD; RS 235.1.

<sup>8</sup> OLPD; RS 235.11.

<sup>9</sup> Se référer au site internet [www.edoeb.admin.ch](http://www.edoeb.admin.ch)

<sup>10</sup> Sur le plan de la répartition des compétences entre la Confédération et les cantons, les législateurs cantonaux peuvent légiférer en matière de soins de santé et de droits des patients. Selon le principe de subsidiarité, les cantons sont compétents dès lors que la Constitution fédérale n'attribue pas une compétence expresse à la Confédération (art. 3 Cst). De telles compétences fédérales existent en vertu des articles 118 ss Cst ainsi que dans les domaines des assurances sociales.

<sup>11</sup> LPMA; RS 810.11.

<sup>12</sup> Loi sur la transplantation; RS 810.21.

<sup>13</sup> LAGH; RS 810.12.

<sup>14</sup> Loi sur les professions médicales (LPMéd; RS 811.11).

- Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, du 18 mars 2011<sup>15</sup>
- Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain, du 30 septembre 2011<sup>16</sup>
- Loi fédérale révisée sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme<sup>17</sup> qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2016
- loi fédérale sur le dossier électronique du patient adopté le 19 juin 2015 en votation finale par le Conseil des Etats et le Conseil national.

## 2.2 | Droit international

La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel" (STE n° 108), a été signée à Strasbourg le 28 janvier 1981<sup>18</sup>. Elle est entrée en vigueur pour la Suisse le 1<sup>er</sup> février 1998, après que la ratification de la Convention 108 ait été approuvée par l'Assemblée fédérale le 5 juin 1997. S'agissant de son champ d'application, les parties signataires s'engagent à appliquer les règles fixées par la convention aux fichiers et aux traitements automatisés de données à caractère personnel tant dans les secteurs public que privé.

Cet instrument a été le premier - et reste le seul à ce jour - à prévoir des normes internationales juridiquement contraignantes spécifiquement relatives à la protection des données personnelles. Ses normes ne sont toutefois pas directement applicables (self executing) et les individus ne peuvent pas en tirer directement des droits. La convention est accompagnée d'un Protocole additionnel pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001<sup>19</sup>.

Ce sont les parties signataires à la convention qui s'engagent à en incorporer les principes dans leur législation interne. L'objectif central de la Convention 108 est de lutter contre les abus dans la collecte de données personnelles, de traiter des flux de données à l'extérieur des frontières nationales et de prévoir des mécanismes d'entraide et de consultation entre les parties signataires de la convention. Les principes définis par la convention touchent également à la qualité des données personnelles, qui doivent être traitées de manière adéquate, pertinente, exacte et conforme au principe de la proportionnalité. La Convention 108 interdit de traiter des données personnelles sensibles - portant sur l'origine raciale, les opinions politiques, la santé, les convictions religieuses, l'orientation sexuelle ou les condamnations pénales - si ce traitement n'est pas encadré de garanties juridiques suffisantes.

Cet instrument a été complété par la Recommandation N° 854 (1979) du 25 novembre 1981, modifiée par la Recommandation du 21 février 2002, concernant l'accès aux documents et à l'information détenus par l'administration. A noter qu'une recommandation n'a pas d'effet contraignant et qu'il s'agit d'un instrument ayant vocation à guider l'action des législateurs et des gouvernements nationaux ou, en l'occurrence, cantonaux également.

A retenir également la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine), du 4 avril 1997 (connue sous le nom de Convention

<sup>15</sup> Loi sur les professions de la psychologie (LPsy); RS 935.81.

<sup>16</sup> Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH; RS 810.30).

<sup>17</sup> Révision de la loi fédérale, <http://www.bag.admin.ch/themen/medizin/03030/03209/03210/index.html?lang=fr>

<sup>18</sup> <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/108.htm>; voir le rapport explicatif du Conseil de l'Europe, <http://conventions.coe.int/treaty/fr/Reports/Html/108.htm>

<sup>19</sup> STE n° 181, RS 0.235.11.

d'Oviedo où elle a été signée), approuvée par la Suisse le 20 mars 2008, et entrée en vigueur le 1er novembre 2008<sup>20</sup>. L'art. 10 de la convention rappelle le respect du droit à la vie privée en ce qui concerne les données relatives à la santé<sup>21</sup> et n'autorise des exceptions qu'à des conditions restrictives, selon une articulation que l'on retrouve dans notre droit interne (soit celles prévues par la loi, qui sont nécessaires à la protection de la sécurité ou de la santé publique, à la prévention d'infractions pénales ou la protection des droits et libertés d'autrui; voir l'art. 26 de la convention).

Cette convention est complétée de plusieurs protocoles additionnels<sup>22</sup>. Plusieurs autres recommandations du Conseil de l'Europe n'ayant pas de caractère contraignant sont à signaler<sup>23</sup>.

Il est indispensable de citer encore l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme - relatif au respect de la vie privée et familiale - et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme concernant cette disposition, qui joue un rôle fondamental.

Il découle en effet clairement des arrêts de la Cour que la protection des données à caractère personnel fait partie des droits fondamentaux protégés par la CEDH. L'on peut citer à cet égard un arrêt de 1997 concernant la confidentialité des données médicales dans lequel il était relevé :

*« ... 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 »<sup>24</sup>.*

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

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

<sup>20</sup> STCE 164.

<sup>21</sup> **Article 10 – Vie privée et droit à l'information**

1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé.
2. Toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. Cependant, la volonté d'une personne de ne pas être informée doit être respectée.
3. A titre exceptionnel, la loi peut prévoir, dans l'intérêt du patient, des restrictions à l'exercice des droits mentionnés au paragraphe 2.

<sup>22</sup> Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, portant interdiction du clonage d'êtres humains, du 7 novembre 1997; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, du 24 janvier 2002; RS 0.810.22; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale, du 25.1.2005; Protocole additionnel à la Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine relatif aux tests génétiques à des fins médicales, du 7 mai 2008.

<sup>23</sup> Recommandation sur la recherche utilisant du matériel d'origine humaine, du 15 mars 2006; Recommandation relative à la protection des droits de l'homme des personnes atteintes de troubles mentaux, du 22 septembre 2004; Recommandation, du 25 juin 1999, sur la protection des droits de l'homme et de la dignité des malades incurables et des mourants.

<sup>24</sup> Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93. Sur la jurisprudence de la Cour, lire l'article du Professeur Giorgio Malinverni, *La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des données – développements récents in : La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, éditions Schulthess, 2015, pages 1 à 17. Voir également les arrêts présentés dans la brochure du PPDT concernant le domaine de la santé, *CEDH et protection des données personnelles – La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3.5, pages 28 à 31.



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

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

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

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

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

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

#### **4 | LE SECRET MÉDICAL RÉGI PAR UNE DISPOSITION DU CODE PÉNAL SUISSE SUR LE SECRET PROFESSIONNEL**

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

Au plan juridique, il constitue un volet du secret professionnel protégé par l'article 321 du code pénal (CP); il impose aux médecins, médecins-dentistes, pharmaciens, chiropraticiens, sages-femmes et aux psychologues<sup>25</sup> ainsi qu'à leurs auxiliaires (les membres du personnel qui travaillent avec ces différents professionnels de la santé) un devoir de confidentialité qui leur interdit de communiquer à des tiers des informations – d'ordre médical ou non - qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (il peut aussi s'agir d'informations qui auront été confiées par des proches du patient concerné, lesquelles sont elles aussi protégées).

##### **« 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, 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.*

<sup>25</sup> Depuis l'entrée en vigueur, le 1<sup>er</sup> avril 2013, de la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, du 18 mars 2011 (Loi sur les professions de la psychologie, LPsy; RS 935.81)



*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. »*

Par ailleurs, l'art. 321<sup>bis</sup> CP protège le secret médical en matière de recherche<sup>26</sup> 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 désignée à cet effet « *même si les personnes concernées n'ont pas donné expressément leur consentement* ». L'art. 321<sup>bis</sup> 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<sup>27</sup>.

Les violations du secret médical sont punies sur plainte (et non pas d'office comme c'est le cas des violations du secret de fonction) de l'emprisonnement (trois jours à trois ans) ou de l'amende. L'art. 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 absolu. Il peut être levé en cas de motifs justificatifs aux conditions fixées par l'art. 321 ch. 2 et 3 CP :

- La personne intéressée y a consenti<sup>28</sup>
- L'autorité cantonale compétente a levé le secret médical ou
- Il existe une disposition légale fédérale ou cantonale qui prévoit une obligation de renseigner ou de témoigner en justice<sup>29</sup>.

#### **4.1 | Consentement**

Le consentement du patient à la communication d'informations relevant du secret médical par un professionnel de la santé ou l'un de ses auxiliaires aux parents, à des proches, à l'employeur, à une autorité administrative ou un tribunal (...) est la première hypothèse envisagée par l'art. 321 ch. 2 CP.

<sup>26</sup> La notion de recherche inclut aussi les activités de formation et de formation continue, Message du 23 mars 1988 relatif à la loi sur la protection des données, FF 1988 II 496.

<sup>27</sup> OALSP; RS 235.154.

<sup>28</sup> "La révélation d'un tel secret n'est pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé (art. 321 ch. 2). La loi ne subordonne ce consentement à aucune forme. Aussi n'y a-t-il pas de raisons d'exclure le consentement tacite (HAFTER, Bes. Teil, p. 857; SIEBEN, Das Berufsgeheimnis auf Grund des eidg. Strafgesetzbuchs, p. 86). Il suppose, bien entendu, comme d'ailleurs le consentement exprès, la capacité de discernement de l'intéressé" : ATF 98 IV 217, consid. 2.

<sup>29</sup> A noter un cas particulier, celui de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, du 9 octobre 1981 (RS 857.5), dont l'art. 2 intitulé "Secret de fonction et secret professionnel" exclut expressément à son alinéa 1<sup>er</sup> l'application de l'art. 321 ch. 3 CP pour les collaborateurs des centres de consultation et les tiers dont les services ont été requis. HERTIG relève à cet égard que : "les personnes soumises à loi sur les centres en matière de grossesse ne seront pas soumises exactement de la même manière au secret professionnel que les personnes soumises à l'art. 321 CP, puisqu'il est prévu que l'art. 321 ch. 3 CP concernant l'obligation de renseigner et de témoigner en justice n'est pas applicable (en réservant toutefois les obligations de témoigner selon le code de procédure pénale du 5 octobre 2007)" : La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?, Etude des moyens d'action en droit suisse, p. 77 et 78.

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

Dans un certain nombre de cas, il convient de considérer que le consentement est implicite ou tacite dès lors que l'on peut raisonnablement considérer que la personne aurait consenti au traitement ou à la communication de ses données personnelles ou dans les cas où elle a été dûment informée et n'a pas réagi<sup>30</sup>.

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

Dans le cas d'un mineur incapable de discernement, le représentant légal<sup>31</sup>, qui décide à sa place, doit tenir compte de ses intérêts<sup>32</sup>.

## 4.2 | Levée du secret médical

La seconde hypothèse, prévue par l'art. 321 ch. 2 CP, est celle où le patient ne consent pas à la communication de ses données médicales alors que le médecin traitant ou le professionnel de la santé la juge nécessaire. Une disposition relative à la levée formelle du secret médical pour les autres situations a été introduite dans la loi sur la santé (art. 12 LS) :

### **Art. 12 Autorité supérieure de levée du secret professionnel**

<sup>1</sup> *Il est institué une commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel (ci-après : la commission du secret professionnel) conformément à l'article 321 chiffre 2 du code pénal suisse.*

<sup>2</sup> *Elle est composée de 3 membres dont un médecin du Centre universitaire romand de médecine légale, qui assume la présidence, un représentant de la direction générale de la santé et un représentant d'organisations se vouant statutairement à la défense des droits des patients.*

<sup>3</sup> *Les membres sont nommés par le Conseil d'Etat. Il est procédé à la désignation d'un suppléant pour chacun d'eux.*

<sup>30</sup> Sur la notion de consentement hypothétique lorsque le médecin, qui n'a pas demandé formellement le consentement à son patient mais qu'il l'aurait reçu s'il avait informé ce dernier, voir : ATF 117 Ib 197, consid. 5a = JT 1992 I 214; TF 2P.101/1994 = ZBI 1996 278; ATF 133 III 121; TF 4P.110/2003, consid. 3.2; TF 4C.66/2007, consid. 5.2.

<sup>31</sup> Le détenteur de l'autorité parentale (art. 304 CC), le tuteur (art. 327a CC) ou la personne chargée de l'administration d'une curatelle de portée générale (art. 398 CC).

<sup>32</sup> ATF 114 Ia 350; ATF 118 Ia 427.

<sup>4</sup> *En cas de requête en levée du secret professionnel présentant un caractère d'extrême urgence, le président peut statuer à titre provisionnel.*

<sup>5</sup> *Les décisions de cette commission du secret professionnel peuvent faire l'objet d'un recours dans les 10 jours qui suivent leur notification auprès de la chambre administrative de la Cour de justice.*

<sup>6</sup> *Cette commission du secret professionnel est rattachée administrativement au département.*

<sup>7</sup> *Elle exerce en toute indépendance les compétences que la présente loi lui confère.*

La demande de levée du secret médical devra être présentée à :

*Commission du secret professionnel  
Centre universitaire romand de médecine légale  
CMU  
Avenue de Champel 9  
1211 Genève 4  
Téléphone 022 379 55 94  
Télécopie 022 379 59 02*

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

Il peut également exister des dispositions légales qui imposent à un médecin ou ses auxiliaires de renseigner obligatoirement les autorités - c'est le cas de certaines maladies infectieuses sur lesquelles il convient d'alerter rapidement, des situations de maltraitance à l'égard d'enfants ou de jeunes ou dans le cadre des assurances sociales. C'est la dernière hypothèse envisagée par l'art. 321 ch. 3 CP.

L'objectif est ici d'attirer l'attention sur nombre de dispositions légales fédérales ou cantonales, réservées par l'art. 321 ch. 3 CP qui posent l'obligation pour les médecins et/ou autorités concernées de donner des informations concernant l'état de santé d'une personne parce que l'intérêt public est en jeu ou qu'elles ont trait à la gestion des assurances sociales.

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

Quant à l'obligation d'annoncer, il convient de retenir les dispositions fédérales suivantes :

- l'article 27 al. 1 let. a et b de la loi du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (loi sur les épidémies)<sup>33</sup> qui pose un principe de déclaration obligatoire aux autorités compétentes pour les médecins, hôpitaux et aux autres institutions publiques ou privées du domaine de la santé des "*cas de maladies transmissibles chez des personnes malades, infectées ou exposées, avec des indications permettant d'identifier ces personnes*" et une obligation équivalente pour les laboratoires dont les résultats d'analyse relatifs à des agents pathogènes révéleraient l'existence des dites infections.

<sup>33</sup> RS 818.101; ordonnance du 13 janvier 1999 sur la déclaration des maladies transmissibles de l'homme (ordonnance sur la déclaration; RS 818.141.1); pour la liste des maladies transmissibles, voir l'ordonnance du DFI du 13 janvier 1999 sur les déclarations de médecin et de laboratoire (RS 818.141.11.).

- L'art. 443 al. 2 du Code civil qui pose l'obligation d'informer l'autorité de protection de l'adulte à toute personne exerçant une fonction officielle qui aurait connaissance de cas de personnes ayant besoin d'aide. Cette obligation est applicable par analogie dans le cas des enfants (art. 314 al. 1 CC); dans de tels cas, un signalement est adressé au service de protection des mineurs (art. 34 al. 4 LaCC)<sup>34</sup>. L'obligation d'informer concerne toute personne qui exerce une tâche de droit public *"même si elle n'occupe pas une fonction de fonctionnaire ou d'employé dans une collectivité publique"*<sup>35</sup>.
- l'art. 453 du Code civil qui pose une obligation de collaborer entre autorités et police en cas de danger pour la vie d'une personne : *"1 S'il existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui, l'autorité de protection de l'adulte, les services concernés et la police sont tenus de collaborer. 2 Dans un tel cas, les personnes liées par le secret de fonction ou le secret professionnel sont autorisées à communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte"*.
- À signaler encore l'article 364 du Code pénal en vertu duquel : *"Lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité de protection de l'enfant des infractions commises à l'encontre de ceux-ci"*<sup>36</sup>.

Dans le domaine des assurances sociales, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), du 6 octobre 2000<sup>37</sup>, coordonne les différents régimes (LAVS<sup>38</sup>, LAI<sup>39</sup>, LPP<sup>40</sup>, LAMal<sup>41</sup> et LAA<sup>42</sup>) et définit les notions caractéristiques et pose les principes.

C'est ainsi que la loi impose l'obligation de garder le secret à l'égard des tiers pour : *"Les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance"* (art. 33) et pose le principe de l'autorisation préalable à la transmission de renseignements (art. 28 al. 3) : *"Le requérant est tenu 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"*.

Cela dit, l'on dénombre dans ce domaine un certain nombre de dispositions qui prévoient la communication des données médicales nécessaires au traitement des dossiers et notamment à la vérification des factures, sans autorisation préalable de la personne concernée :

- Selon l'art. 32 al. 1 let. a à d LPGA relatif à l'assistance administrative, les autorités – administratives ou judiciaires fédérales, cantonales ou communales - interpellées

<sup>34</sup> Loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile, du 11 octobre 2012 (LaCC; RSGe E 1 05).

<sup>35</sup> Message concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), du 15 avril 2015, FF 2015 3111, 3116.

<sup>36</sup> En cas de maltraitance envers des enfants, un droit d'aviser pour les professionnels de la santé soumis au secret médical devrait entrer en vigueur au plan fédéral : Message concernant la modification du code civil (Protection de l'enfant), du 15 avril 2015, FF 2015 3111. Actuellement, il faut que le professionnel de la santé ait été délié du secret médical conformément aux articles 443 al. 2 et 321 ch. 2 CP.

<sup>37</sup> RS 830.1.

<sup>38</sup> Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (LAVS; RS 831.10).

<sup>39</sup> Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (LAI; RS 831.20).

<sup>40</sup> Loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité, du 25 juin 1982 (LPP; RS 831.40).

<sup>41</sup> Loi fédérale sur l'assurance-maladie, du 18 mars 1994 (LAMal; RS 832.10).

<sup>42</sup> Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (LAA; RS 832.20).

(requête écrite et motivée) par les assureurs sociaux doivent fournir gratuitement les données sollicitées qui leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution (lettre a); pour prévenir des versements indus (lettre b); pour fixer et percevoir les cotisations (lettre c); pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable (lettre d).

- En application de l'art. 42 LAMal, une caisse-maladie est habilitée à demander au médecin-traitant des renseignements à caractère médical dans le cadre du contrôle de la facturation d'un traitement lié à l'assurance de base (art. 42 al. 4 LAMal), voire au médecin-conseil de l'assureur<sup>43</sup> si les circonstances l'exigent ou que l'assuré en fait la demande (art. 42 al. 5 et 57 LAMal). Le médecin-conseil de l'assureur donne son avis sur des questions d'ordre médical qui lui sont posées en lien avec la facturation. Dans ce cadre, il peut contacter le médecin-traitant.
- En application de l'art. 84a LAMal, les organes chargés d'appliquer la loi ou d'en contrôler ou surveiller l'application peuvent communiquer des données, en dérogation à l'art. 33 LPGa; ils sont également habilités à communiquer des données personnelles à d'autres organes chargés d'appliquer la LAMal et à d'autres assurances sociales ou autorités compétentes.
- Selon l'art. 54a LAA concernant le devoir d'information du fournisseur de prestations, facture détaillée et compréhensible, il convient de transmettre à l'assurance *"toutes les indications nécessaires pour qu'il puisse se prononcer sur le droit à prestations et vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation"*.
- En vertu de l'art. 6a al. 1 et 2 LAI : *"En faisant valoir son droit aux prestations, l'assuré, en dérogation à l'art. 28 al. 3 LPGa, autorise les personnes et les instances mentionnées dans sa demande à fournir aux organes de l'AI tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir ce droit et le bien-fondé de prétentions récursoires. Ces personnes et ces instances sont tenues de fournir les renseignements requis".* Toutes ces personnes sont ainsi déliées du secret médical. En outre : *"Les employeurs, les fournisseurs de prestations au sens des art. 36 à 40 LAMal, les assurances et les instances officielles qui ne sont pas mentionnés expressément dans la demande sont autorisés à fournir aux organes de l'AI, à la demande de celle-ci, tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir le droit de l'assuré aux prestations et le bien-fondé de prétentions récursoires. L'assuré doit être informé des contacts établis avec ces personnes et ces instances"*.

La loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes<sup>44</sup> prévoit, à son art. 3c, un droit d'annoncer les situations de mineurs souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles pour les services de l'administration et les professionnels œuvrant dans

<sup>43</sup> Dans un tel contexte, il peut aussi arriver que le médecin-conseil souhaite avoir l'avis d'un expert et qu'il transfère le dossier médical du patient à cet effet. Voir à cet égard l'arrêt du Tribunal fédéral 9 mai 2005 1A.190/2005 publié à l'ATF 131 II 413, consid. 2.4 : *"L'institution du médecin-conseil a pour but essentiel de garantir les droits de la personnalité des assurés à l'égard des assureurs (...). La loi régleme ainsi de manière restrictive la transmission de données entre le médecin-conseil et l'assureur (art. 42 al. 5 et 57 al. 7 LAMal), le médecin conseil ayant pour fonction de sélectionner les informations à destination de l'assureur (rapport OFAS, p. 93 ss). En revanche, la loi permet au médecin-conseil de transmettre des données à un médecin tiers; la protection des données est assurée dans ce cas, d'une part en raison du secret professionnel auquel est soumis le médecin tiers lui-même, d'autre part en raison du fait que le médecin-conseil est responsable de la protection des données qu'il fait ainsi traiter (art. 16 al. 1 LPD, art. 22 OLPD). Selon l'art. 57 al. 5 LAMal, le médecin-conseil examine le cas en toute indépendance; la décision de recourir à l'avis d'un spécialiste lui appartient, et il est libre dans le choix du consultant. Il doit pouvoir adresser à ce dernier toutes les données propres à la résolution de la question posée, sans que ni l'assureur, ni le fournisseur de prestation, ni même l'assuré n'aient à donner leur consentement à ce genre de démarches"*. Dans une telle hypothèse, le médecin-conseil n'a pas à requérir le consentement préalable de l'assuré (consid. 2.5).

<sup>44</sup> Loi sur les stupéfiants, du 3 octobre 1951 (LStup; RS 812.121).

les domaines de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents les cas de personnes, qu'ils auraient constatés dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur activité professionnelle.

## 5 | SECRET DE FONCTION

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

Contrairement au secret médical, qui vise spécifiquement les professionnels de la santé et leurs auxiliaires (du secteur privé ou public), le secret de fonction s'adresse à tout membre du personnel d'une institution publique, tout commissaire au sein d'une commission officielle, administrateur ou administratrice du Conseil d'administration d'un établissement public autonome ou personne engagée auprès d'une fondation de droit public, peu importe le niveau hiérarchique, le statut ou la profession. Cette disposition du code pénal est poursuivie d'office, ce qui signifie qu'une plainte n'est donc pas nécessaire.

Les médecins et leurs auxiliaires qui travaillent au sein d'une institution publique genevoise sont donc à la fois couverts par le secret médical et par le secret de fonction.

Outre l'art. 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. »*

### Levée du secret de fonction

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<sup>45</sup>.

## 6 | PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

La LIPAD dispose à son article 35 al. 2 : *"Des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée"*.

Les modalités de recueil du consentement et de ce qu'il convient d'entendre par *"choix libre et éclairé"*, rappelé également par l'art. 46 LS, ne sont pas formalisées par la LIPAD<sup>46</sup> (à l'exception du dossier informatisé du patient).

<sup>45</sup> Voir, pour l'administration cantonale, l'art. 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC; RSGe B 5 05) et la directive transversale intitulée « Partage d'informations couvertes par le secret de fonction », référence EGE-09-02\_v1, du 15 mai 2012; pour le pouvoir judiciaire, voir les art. 57 à 60 LOJ.

<sup>46</sup> L'exposé des motifs à l'appui du projet de loi sur la protection des données personnelles (PL 9870, p. 49) stipulait toutefois : *"La notion d'« explicite » s'oppose à « implicite » ou encore « tacite », et ne signifie pas encore que ce consentement est nécessairement libre et éclairé. Toutefois, il convient de préciser que l'exigence de bonne foi de l'administration et des institutions publiques, combinée au respect du principe de légalité, et par ailleurs au principe de transparence, va de soi et qu'un consentement n'a de valeur que pour autant qu'il ait été*



Pour que le consentement du malade puisse être valablement accordé, il faut que celui-ci ait été informé de la nature exacte et des risques d'une opération (art. 45 LS)<sup>47</sup>.

#### **Art. 45 Droit d'être informé**

<sup>1</sup> Le patient a le droit d'être informé de manière claire et appropriée sur :

- a) son état de santé;
- b) les traitements et interventions possibles, leurs bienfaits et leurs risques éventuels;
- c) les moyens de prévention des maladies et de conservation de la santé.

<sup>2</sup> Il peut demander un résumé écrit de ces informations.

<sup>3</sup> Le patient doit recevoir, lors de son admission dans une institution de santé, une information écrite sur ses droits, sur les mesures de protection ou d'assistance prévues par le droit tuteur, sur ses devoirs ainsi que sur les conditions de son séjour. Si nécessaire, ses proches sont également informés.

<sup>4</sup> Dans les limites de ses compétences, tout professionnel de la santé s'assure que le patient qui s'adresse à lui a reçu les informations nécessaires afin de décider en toute connaissance de cause.

<sup>5</sup> Lorsque le remboursement par l'assurance obligatoire de soins n'est pas garanti, il en informe le patient.

L'étendue du devoir d'information s'apprécie à la lumière de l'ensemble des circonstances particulières (situation individuelle, formation, connaissances, expériences antérieures de l'intéressé)<sup>48</sup>. La forme de la communication (orale ou écrite, écrite et orale) ou la documentation à remettre doit être adaptée à chaque cas particulier.

Ce qui importe, c'est de s'assurer que la personne, une fois informée, soit bien capable de prendre une décision. Un mineur capable de discernement doit lui aussi recevoir toutes les informations pertinentes, au même titre qu'un adulte, de façon à ce qu'il puisse être à même de se déterminer<sup>49</sup>. Le Conseil fédéral rappelle dans un rapport de 2015 que *"avant 12 ans, la doctrine reconnue leur prête dans de rares cas une capacité de discernement pour les interventions thérapeutiques; de 12 à 16 ans, il convient de vérifier leur capacité de discernement sur la base de toutes les circonstances. Dès 16 ans enfin, on considère généralement qu'ils sont aptes au jugement"*<sup>50</sup>.

Exceptionnellement, parce que l'information elle-même peut présenter un danger pour certains patients – tel qu'un diagnostic de maladie incurable – l'on pourra admettre des dérogations à cette obligation. Il en va de même dans des cas d'urgence (l'art. 128 CP punit l'omission de prêter secours). L'art. 434 al. 1 chiffres 1 à 3 CC prévoit également les trois conditions cumulatives dans lesquelles un traitement médical peut être administré sans consentement : péril pour la vie et l'intégrité de la personne concernée, absence de capacité de discernement permettant de saisir la nécessité du traitement, mesures moins rigoureuses inexistantes.

---

*précédé d'une information adéquate, et qu'il soit exempt de toute pression. Ainsi, les alinéas 1 et 2 sont clairement l'expression du principe général de proportionnalité et, comme vu plus haut, si par extraordinaire la bonne foi faisait défaut, cela affecterait nécessairement la licéité du traitement considéré. Enfin, la formulation de l'article 5 alinéa 2 LPDP ne saurait porter atteinte aux règles spécifiques du droit fédéral que des organes cantonaux chargés de l'application du droit fédéral devront de toute manière respecter. Il appartient alors à chaque institution publique de pouvoir démontrer que le consentement aura été valablement été recueilli pour la collecte des données et le traitement en cause".*

<sup>47</sup> ATF 108 II 59; TF 4C.348/1994, consid. 5a = SJ 1995 708; ATF 133 III 121, consid. 4.1.2; TF 4A\_737/2011, consid. 2.2; TF 4A\_66/2007, consid. 5.2; TF 4C\_366/2006, consid. 4.1.1 et 4.1.2.

<sup>48</sup> ATF 133 III 121; 4C.9/2005; 4P.110/2003.

<sup>49</sup> Dans cette affaire, la jeune fille âgée de 13 ans avait manifesté clairement son opposition au traitement (lésion du coccyx lors d'un cours de gymnastique) souhaité par sa mère. Ainsi que le relève le Tribunal fédéral : *"Dans un tel contexte, force est d'admettre que la patiente était, à son âge, apte à comprendre les renseignements donnés successivement par chacun des deux praticiens, à saisir la lésion dont elle souffrait, à apprécier la portée du traitement proposé, ainsi que son alternative, et à communiquer son choix en toute connaissance de cause"* : ATF 134 II 235, 242.

<sup>50</sup> Rapport Droits des patients et participation des patients en Suisse, du 24 juin 2015, p. 28.



## **Art. 46 Choix libre et éclairé – Personne capable de discernement**

<sup>1</sup> *Aucun soin ne peut être fourni sans le consentement libre et éclairé du patient capable de discernement, qu'il soit majeur ou mineur.*

<sup>2</sup> *Le patient peut retirer son consentement en tout temps.*

En cas de problème, il appartiendra à chaque institution publique de démontrer que le consentement a été valablement recueilli; il est donc dans l'intérêt de toutes les institutions publiques de se pencher sur cette question à l'avance et de prévoir des procédures standardisées favorisant le consentement écrit (format papier; par le biais de la messagerie électronique)<sup>51</sup>. Le consentement peut aussi être révoqué en tout temps (art. 46 al. 2 LS).

### **6.1 | Notion de données personnelles**

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

Une telle identification peut être faite de multiples manières : par le biais du nom, du numéro de téléphone, de la date de naissance, de l'adresse, d'une adresse de courriel, d'une photo, d'un enregistrement vidéo, des empreintes digitales, de la voix, la reconnaissance de l'iris de l'œil, de l'ADN, d'un numéro d'identification personnel (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.

### **6.2 | La santé, une catégorie de données dites sensibles**

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 let. b ch. 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* »<sup>52</sup>. Dès lors, les notes sur le déroulement d'un traitement, les descriptions de symptômes, les diagnostics, les prescriptions médicales, les résultats d'analyses ou les radiographies, les données génétiques sont autant d'exemples d'informations concernant la santé d'une personne dont la collecte et le traitement nécessite une telle protection spéciale.

### **6.3 | Principes applicables à la collecte et au traitement de données personnelles**

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (art. 35 à 38 LIPAD).

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

Le traitement de données personnelles ne peut se faire que si l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend nécessaire. En outre, la loi stipule que lorsqu'il s'agit

<sup>51</sup> HERTIG PEA Agnès, *La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?*, p. 146.

<sup>52</sup> ATF 119 II 122; JT 1994 I 598.

---

de traiter de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité<sup>53</sup>, la tâche considérée doit soit être définie clairement par la loi, soit être absolument indispensable à l'accomplissement de la tâche en cause soit encore être nécessaire et, si c'est le cas, intervenir avec le consentement – libre et éclairé - de la personne concernée.

- Bonne foi (art. 38 LIPAD)

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

- Proportionnalité (art. 36 LIPAD)

En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données qui sont nécessaires et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée en se demandant s'il n'existe pas un moyen moins invasif permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

- Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD)

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

- Reconnaissabilité de la collecte (art. 38 LIPAD)

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

- Exactitude (art. 36 LIPAD)

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

- Sécurité des données (art. 37 LIPAD)

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

Les données sur la santé doivent faire l'objet d'une attention très particulière dans de multiples cas de figure qui touchent autant à la sécurité des postes et des locaux de travail qu'à celle de l'équipement informatique, des applications, du stockage des données (protection des accès à

---

<sup>53</sup> Par profil de personnalité, il faut comprendre un assemblage de données (croisement de différentes sources d'informations) qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique.

l'aide de mots de passe composés d'au moins huit caractères de trois types différents, renouvelé périodiquement, limitation à trois fois des tentatives d'accès infructueuses, positionnement des écrans d'ordinateur de façon à empêcher le visionnement par des personnes indues, mesures organisationnelles sur le plan du classement et de l'archivage, pas de transfert de données par courriel en dehors du système interne à l'institution sans cryptage, protection des accès aux locaux, sensibilisation du personnel aux mesures de sécurité, contrôles périodiques des logs d'accès aux bases de données personnelles ...) <sup>54</sup>.

Le Tribunal administratif fédéral s'est penché, dans un arrêt du 7 décembre 2007 relatif à un assuré genevois, sur l'indépendance du service du médecin-conseil par rapport au reste de la caisse-maladie intéressée en examinant l'ensemble des mesures de sécurité existantes pour garantir la confidentialité des données médicales détenues par le médecin-conseil de l'assurance, en empêchant leur accès par le reste du personnel de la caisse. C'est ainsi qu'il a examiné les modalités relatives à la gestion du courrier entrant et sortant, au raccordement téléphonique et au téléfax, au classement des dossiers, au système informatique, aux archives, au secrétariat du médecin-conseil, à l'organigramme de la structure et au positionnement du service dans cet organigramme, à l'existence ou non d'éventuelles instructions données par la hiérarchie de l'institution en concluant que l'indépendance lui paraissait correctement assurée <sup>55</sup>. La lecture de cet arrêt est très utile à tout membre d'une institution publique concerné par le secret médical car il illustre parfaitement l'ensemble des éléments auxquels il convient d'être attentif.

- Communication transfrontière de données (art. 13 al. 5 et 6 RIPAD)

A Genève, le règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 21 décembre 2011 (RIPAD; RSGe A 2 08.01), prévoit en son art. 13 al. 5 que les systèmes d'information et les systèmes informatiques d'une institution soumise au présent règlement permettant le traitement des données sensibles, des données fiscales, des données relatives à des élèves ou à des mineurs, ainsi que des données relatives au personnel, doivent garantir que, quelle que soit la technologie utilisée, aucun traitement de données ne survienne hors du territoire suisse.

L'art. 13 al. 6 RIPAD ajoute que le recours à des systèmes informatiques délocalisés ou dématérialisés (informatique en nuage) permettant l'exportation sur des serveurs distants de traitements traditionnellement localisés sur des serveurs locaux ou sur le poste de l'utilisateur,

<sup>54</sup> Voir les conseils figurant dans le document élaboré par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence "La protection des données au cabinet médical", qui sont tout à fait transposables à toutes les institutions publiques genevoises, <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00768/00770/index.html?lang=fr>

<sup>55</sup> A-7375/2006, consid. 6.4 : *"A cette époque, le service se trouvait dans des locaux séparés dont l'accès au personnel de l'assurance n'était pas possible, sauf pour quelques personnes disposant d'un passe-partout pour des raisons de sécurité. Le courrier destiné au service médecins-conseils n'était pas ouvert par l'assurance et était classé selon un système garantissant la non-transmission des données personnelles sensibles à l'assurance. Le téléphone et le téléfax étaient raccordés de telle manière que l'on puisse atteindre directement les médecins-conseils, sans devoir passer par l'assurance. Les dossiers du service médecins-conseils étaient séparés de ceux de l'assurance, gérés selon un système propre à ce service et entreposés dans des archives séparées. Le système informatique comportait un disque réservé au service des médecins-conseils, dont l'accès était limité par des codes d'accès définis par le service lui-même. Par ailleurs, les documents confidentiels étaient enregistrés de manière neutre selon un programme spécial, afin que leur confidentialité soit garantie dans les dossiers informatiques accessibles à l'assurance. Certes, le service médecins-conseils était rattaché au Département clientèle privée de l'assurance, de sorte que, selon l'organigramme, il y était subordonné. Cet élément pourrait faire douter de l'indépendance du service médecins-conseils vis-à-vis de l'assurance. Le dossier a toutefois permis de démontrer qu'il ne s'agissait que d'un lien formel et que, dans les faits, le service était autonome et ne recevait aucune injonction de la part de ce département. Ce rattachement a du reste heureusement été supprimé par l'intimée, sans que des changements dans le fonctionnement du service médecins-conseils n'aient été relevés. Enfin, ni le personnel, ni le Dr. D.\_\_\_\_\_ lui-même n'étaient soumis à des directives, injonctions ou devaient réaliser des objectifs directement liés aux activités de médecins-conseils, étant précisé que les objectifs mis au Dr. D.\_\_\_\_\_ étaient uniquement axés sur la qualité du service médecins-conseils et sur la formation continue".*

notamment par la fourniture d'une plateforme technique adaptée fournie par un hébergeur tiers est interdit pour toutes les données personnelles sensibles, quel que soit le type de traitement envisagé. Il n'est possible pour les autres données que pour autant que l'intégralité du traitement survienne sur territoire suisse et que les institutions soumises au présent règlement concluent un contrat de droit public ou de droit privé tendant au traitement de données placées sous leur responsabilité. Il incombe alors à l'institution de veiller au respect de toutes les prescriptions visées aux alinéas 1 à 6.

#### **6.4 | Prévention des risques liés au courrier électronique et à la télécopie**

L'utilisation de la messagerie électronique dans les communications entre différents professionnels de la santé dans le cadre du suivi d'un patient, de projets de recherche ou d'études est d'usage pratiquement partout, ce qui pose le problème des données nominatives qui figurent dans ces messages.

La transmission de telles données médicales nominatives doit être sérieusement encadrée au sein de chaque institution publique pour éviter tout risque de divulgation d'informations à des personnes non concernées (par erreur de manipulation ou en raison d'une télécopie laissée en attente au secrétariat).

Il convient de procéder à une analyse des risques et de prendre des mesures techniques adaptées à chaque situation : l'utilisation de logiciels de cryptage, la mise en place d'une messagerie sécurisée, l'accès à une base de données par le biais de mots de passe ou des mesures architecturales particulières peuvent constituer des bons moyens de prévention.

#### **6.5 | Déclaration obligatoire des fichiers de données personnelles**

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

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

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

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

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

## 6.6 | Droit d'accès à ses données personnelles propres

Tout professionnel de la santé, qu'il soit indépendant ou employé (d'une institution publique ou privée) doit tenir un dossier pour chacun des patients qu'il traite (art. 52 al. 1 LS). Ce dossier doit être conservé pendant les dix ans qui suivent le dernier traitement au minimum (art. 57 LS)<sup>56</sup>.

L'accès au dossier médical ou à l'ensemble des informations concernant la santé peut être demandé auprès de l'institution publique concernée. La demande d'accès à ses propres données personnelles est faite par écrit (art. 44 al. 1 LIPAD) auprès du professionnel intéressé ou de la direction de l'établissement, voire du responsable LIPAD. Elle n'a pas à être motivée, mais il faut évidemment justifier de son identité.

Par contre, il faut exprimer clairement le contenu de la requête pour que l'institution comprenne précisément ce que souhaite le particulier, sans devoir, par exemple, faire des recherches au sein de l'ensemble de ses services pour savoir qui a traité le dossier de la personne en cause. Ce droit étendu a aussi pour but de permettre à chacune et chacun de vérifier que les données à son sujet tenues dans les fichiers informatisés de l'institution publique en cause sont bien correctes, lesquels auront été annoncés au catalogue des fichiers tenu par le Préposé cantonal. Pour cette raison, le maître du fichier (par exemple un médecin des HUG, la direction d'un service de l'Etat, un service de recherche médicale de l'Université de Genève) devra communiquer au requérant toutes les données le concernant<sup>57</sup>.

Le droit d'accès ne peut être limité qu'exceptionnellement<sup>58</sup>. C'est le cas s'il s'agit de remarques personnelles du médecin traitant<sup>59</sup>, relevant de la "*sphère privée professionnelle*" selon l'expression de Daphné Berner<sup>60</sup>. Cette exception doit être comprise de manière prudente et restrictive; il n'est en tous les cas pas admissible d'y faire appel de façon à contourner les prescriptions de la loi.

L'accès peut être refusé, restreint ou différé dans les cas prévus expressément par la loi ou lorsque les intérêts prépondérants de tiers, voire la protection du patient lui-même<sup>61</sup>, l'exigent.

<sup>56</sup> Sur l'archivage des dossiers médicaux des patients, réglé par l'art. 58 LS, voir le rapport du 23 septembre 2013 de la Commission de la santé chargée d'étudier le projet de loi du Conseil d'Etat modifiant la loi sur la santé (LS) (K 1 03) sur ce point (PL 11173-A).

<sup>57</sup> Sur le contenu du dossier au sens de la LPD, voir l'arrêt du Tribunal administratif fédéral du 29 novembre 2010, A-4190/2009, consid. 3.3 : "*En vertu de l'art. 8 al. 2 let. a LPD, le droit d'accès s'étend à toutes les données relatives à une personne qui se trouvent dans un fichier de données, c'est-à-dire à toutes les données qui se rapportent à cette personne (art. 3 let. a LPD) et qui peuvent lui être attribuées par voie de classement (art. 3 let. g LPD). Ne joue à cet égard aucun rôle le fait qu'il s'agisse de constatations de fait ou de jugements de valeur. La manière d'enregistrer les données n'est pas non plus pertinente. Enfin, la désignation du fichier de données par le maître du fichier n'est pas déterminante. Le droit d'accès ne peut pas être contourné par le fait qu'à côté d'un fichier "officiel" de données un autre fichier, "inofficiel" celui-là, serait tenu. Le droit d'accès selon l'art. 8 LPD s'étend ainsi également à des pièces désignées comme "internes" par l'administration, pour autant que ces pièces contiennent des renseignements sur le requérant et qu'elles puissent lui être attribuées par voie de classement (ATF 125 II 473 consid. 4b et les références citées)".*

<sup>58</sup> Le Tribunal fédéral a jugé dans l'ATF 120 II 118 qu'il était peu crédible, dans un cas où l'accès à l'ensemble du dossier avait été refusé au patient, qu'il y ait eu de justes motifs suffisants à une telle restriction totale.

<sup>59</sup> PPFDT, Guide pour le traitement des données dans le domaine médical, p. 12.

<sup>60</sup> "*Quelques réflexions à propos du dossier médical*", p. 43.

<sup>61</sup> Voir les exemples donnés par Daphné Berner dans "*Quelques réflexions à propos du dossier médical*", p. 40 : le cas d'un patient schizophrène qui, en exigeant l'accès à son dossier, connaîtrait ainsi son diagnostic, ce qui

Il convient alors de procéder à l'analyse des différents intérêts en jeu, celui du patient qui veut accéder à son dossier et ceux d'autres personnes privées, pour déterminer quel est l'intérêt prépondérant<sup>62</sup>.

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

En principe, le droit d'accès ne peut être exercé que par la personne elle-même – il s'agit d'un droit éminemment personnel et intransmissible<sup>63</sup> – et personne ne peut y renoncer à l'avance. Les mineurs (quiconque a moins de 18 ans, art. 14 CC) capables de discernement<sup>64</sup> peuvent donc exercer ce droit sans devoir demander préalablement le consentement de leur représentant légal (art. 19 al. 2 CC). Ainsi, lorsqu'un enfant jugé capable de discernement a eu une consultation médicale, le médecin ne peut pas communiquer sans autre le diagnostic à ses parents qui le lui demandent. Il doit obtenir son consentement préalable, ce que ces derniers ont parfois de la difficulté à comprendre.

Ces données sont communicables quel que soit leur format (papier ou informatique) ou leur type (anamnèse, liste de médication, rapports d'experts, analyses de laboratoire, radiographies, ...). La consultation intervient soit sur place, soit par l'envoi de copies sur paiement préalable d'un éventuel émolument<sup>65</sup> dès lors qu'elle implique un travail disproportionné (art. 43 al. 3 LIPAD). S'agissant de données personnelles sensibles, il est souhaitable que l'envoi se fasse par pli recommandé. Si les circonstances le rendent nécessaires (composante émotionnelle forte), la consultation sur place sera privilégiée afin d'être accompagnée des explications utiles.

Après avoir obtenu l'accès à ses données personnelles, la personne concernée peut faire corriger des données erronées ou faire compléter son dossier. Dans une telle hypothèse, il faudra par contre justifier la demande pour démontrer sa pertinence. Le cas échéant, il sera aussi possible de demander que les corrections soient communiquées à des tiers (par exemple ceux qui auraient reçu des données erronées incomplètes).

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

Pour terminer, signalons encore qu'il convient de bien distinguer l'accès au dossier du patient - qui fait une demande d'accès à ses propres données personnelles - du droit d'accès au dossier reconnu à une partie dans le cadre d'une action administrative, civile ou pénale. Dans ce

---

pourrait entraîner une forte perturbation ou celui d'une jeune patiente dont les symptômes évoquent une éventuelle sclérose en plaques.

<sup>62</sup> Le droit de consulter un dossier médical (psychiatrie) archivé peut être supprimé ou limité dans la mesure où l'intérêt public ou l'intérêt prépondérant de personnes étrangères à l'institution concernée exigent que tout ou partie des documents soient tenus secrets au vu des circonstances particulières : ATF 122 I 153 consid. 6a p. 161, et les arrêts cités.

<sup>63</sup> RDAF 1990, p. 45.

<sup>64</sup> Voir les art. 16 et 19 CC.

<sup>65</sup> "La communication de données personnelles à la personne concernée est gratuite, sauf lorsque la requête implique un traitement informatique, des recherches ou des opérations dont le temps excède la demi-heure. Dans ce cas, l'émolument est calculé en fonction de la durée des opérations à effectuer, à raison de 50 F par demi-heure supplémentaire. Lorsque le travail nécessaire apparaît disproportionné, l'émolument est exigible d'avance. A défaut de son versement préalable, le travail n'est pas effectué" (art. 24 al. 2 RIPAD).



contexte, le Tribunal fédéral a, dans une affaire relative à l'application de la LPD, précisé que : *"Le droit d'accès à des données personnelles, régi à l'art. 8 LPD, est, dans une certaine mesure, plus étroit que le droit de consulter le dossier en vertu des garanties générales de procédure car il ne s'étend pas à toutes les pièces essentielles de la procédure mais ne vise que les données concernant la personne intéressée. Par ailleurs, il est aussi plus large en ce sens que - sauf abus de droit - il peut être invoqué sans qu'il faille se prévaloir d'un intérêt particulier, même en dehors d'une procédure administrative. Il n'est donc pas lié à la préparation, par une autorité, d'une décision pouvant porter atteinte aux intérêts de la personne concernée, mais à une simple collecte de données personnelles effectuée par l'autorité (ATF 123 II 538 consid. 2e et les références de doctrine et de jurisprudence; arrêt non publié M. du 16 septembre 1999, C 418/98)"*<sup>66</sup>.

## **6.7 | Communication de données personnelles à des tiers**

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

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

## **6.8 | Projets de recherche dans le domaine de la santé**

Les recherches médicales avec les patients sont possibles pourvu que le projet soit approuvé par la Commission cantonale d'éthique de la recherche (CCER)<sup>67</sup> qui a la compétence de

<sup>66</sup> ATF 127 V 219, 222, consid. 1a) aa).

<sup>67</sup> Les tâches de la CCER sont définies par le droit fédéral, en particulier par la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (LRH, RS 810.30) et ses ordonnances d'exécution, soit l'ordonnance relative à la recherche sur l'être humain (ORH, RS 810.301), l'ordonnance sur les essais cliniques, (OClin, RS 810.305) et l'ordonnance d'organisation concernant la LRH (Org LRH, RS 810.308) entrées en vigueur le 1er janvier 2014,



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

Si l'hôpital ou l'institution publique veut inclure un patient donné dans un projet de recherche, il doit en informer celui-ci au préalable. En outre, l'hôpital doit s'assurer que le consentement à la participation est donné par écrit. Dans cette hypothèse également, la personne aura la possibilité de révoquer son consentement sans devoir se justifier.

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

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

Comme nous l'avons vu, la loi genevoise sur la santé contient une disposition relative à la nécessité de conserver le dossier tant que nécessaire, mais pendant au moins pendant 10 ans à dater de la dernière consultation médicale (art. 57 al. 1 LS).

Le sort du dossier médical est également réglé par la loi à l'art. 58 LS lorsque le médecin cesse son activité professionnelle<sup>68</sup>.

## 6.10 | Les directives anticipées

Chacun a la possibilité de rédiger des directives anticipées (art. 370 ss CC; art. 46 LS) pour faire part de sa volonté quant aux traitements médicaux ultérieurs ou aux soins palliatifs, auxquels il consent ou non, dans l'hypothèse de la perte de la capacité de discernement (accident, maladie, fin de vie); il peut également désigner dans ce document une personne de confiance, qui peut être un proche, à laquelle des instructions préalables auront été données, et qui, le cas échéant, pourrait avoir à échanger avec les médecins sur lesdits traitements.

Les directives anticipées doivent être rédigées par écrit par la personne concernée, datées et signées – une signature manuscrite est nécessaire<sup>69</sup>. Elles peuvent être modifiées ou révoquées en tout temps. Ce document étant éminemment personnel, il n'y a pas de règle particulière à

---

voir <http://www.hug-ge.ch/ethique>; voir également le Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, 09.079. A Genève, le règlement d'application de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain (RaLRH; RSGe K 4 06.02 du 4 décembre 2013 précise les modalités pratiques.

### <sup>68</sup> Art. 58 Sort du dossier en cas de cessation d'activité

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

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

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

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

<sup>5</sup> L'article 57 relatif à la conservation du dossier leur est applicable.

<sup>69</sup> Voir les explications figurant sur le site internet des HUG, [www.hug-ge.ch/directives-anticipees](http://www.hug-ge.ch/directives-anticipees)

respecter quant à son contenu. Il conviendra toutefois que la volonté soit exprimée clairement. Le médecin traitant peut être de bon conseil en cas de doute quant à la rédaction de tout ou partie du document.

Une fois établi, ce document peut être remis, en vue de sa conservation, au médecin traitant ou à une autre personne, par exemple, celle qui aura été désignée comme personne de confiance dans les directives. L'on peut aussi porter sur soi une carte indiquant le lieu où ce document aura été déposé<sup>70</sup>, ce qui facilitera la prise en charge en cas d'hospitalisation en urgence.

### **6.11 | Consultation du dossier médical d'un patient décédé**

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

Le secret médical (art. 321 CP) perdure en effet au décès de la personne. Les données relatives à la santé étant qualifiées par la loi de sensibles, une base légale formelle est nécessaire pour autoriser une telle consultation. La question a été réglée à Genève par l'introduction d'une disposition dans la loi sur la santé (art. 55A LS).

Le médecin, qu'il relève d'une institution publique ou privée genevoise, ne peut de lui-même s'opposer à une telle requête pour une raison qu'il estimerait déterminante<sup>71</sup>. La procédure spécifique définie par la loi doit être suivie.

En l'occurrence, les proches doivent désigner un médecin qui sera chargé de recueillir les données médicales et de les transmettre. A cet effet, il se mettra en contact avec le médecin du patient décédé qui sera alors chargé de présenter une demande de levée du secret médical à la Commission du secret professionnel mentionnée supra, laquelle rendra sa décision après avoir procédé à une pesée des intérêts en jeu.

#### **Art. 55A Information des proches d'un patient décédé**

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> A cet effet, les proches désignent un médecin chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre.

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Par proches, on entend les personnes visées à l'article 378, alinéa 1, du code civil suisse.

## **7 | DOSSIER MÉDICAL ÉLECTRONIQUE**

Genève a fait figure de pionnier il y a quelques années avec un projet pilote de dossier informatisé du patient développé en collaboration avec La Poste<sup>72</sup>. Quelques cantons (Argovie,

<sup>70</sup> Voir, sur le site de FMH, le modèle de carte à conserver sur soi qui indique chez qui les directives anticipées ont été déposées : [www.fmh.ch/fr/services/directives\\_patient.html](http://www.fmh.ch/fr/services/directives_patient.html)

<sup>71</sup> Voir l'arrêt du Tribunal fédéral 4C.111/2006 concernant une affaire dans laquelle le médecin avait refusé la levée du secret médical à l'occasion de la demande d'accès au dossier médical d'un père décédé.

<sup>72</sup> A ce sujet, voir le Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil sur le projet pilote e-toile (2009-2012), du 13 novembre 2013, RD 1023.

Bâle-Ville, Fribourg, Lucerne, Saint-Gall, Tessin, Valais) ont développé des projets allant dans le même sens et le Parlement fédéral a adopté le 25 juin 2015 la loi fédérale sur le dossier électronique du patient<sup>73</sup>, ce qui augure d'une forte évolution à venir dans ce domaine où la sécurité des données personnelles est impérative<sup>74</sup>. Le consentement du patient au traitement de ses données, le droit d'accès des professionnels de la santé à son dossier, la saisie et les modalités d'enregistrement des données sont autant de sujets à traiter avec la plus grande attention.

La loi sur le réseau communautaire d'informatique médicale (e-toile), du 14 novembre 2008 (LRCIM; RSGe K 3 07) régit la matière et précise à son art. 1 al. 2 que : « *les données personnelles qui peuvent faire l'objet d'un traitement électronique sont celles contenues dans le dossier médical exigé par l'article 52 de la loi sur la santé* ».

Ce dossier est d'un usage facultatif à la disposition des particuliers qui le souhaitent; le partage des informations médicales intervient selon la volonté du patient dans un cadre sécurisé (authentification, chiffrement, traçabilité des connexions). Il n'y a pas de stockage central des informations.

La participation au dispositif intervient sur une base volontaire : *"Toute personne physique recevant des soins dans le canton de Genève peut demander à adhérer au réseau"* (art. 3 al. 1).

L'article 5 al. 2 de la loi pose, en outre, le principe de la liberté d'entrer et de sortir du réseau en tout temps pour les patients.

L'article 16 de la loi distingue cinq catégories de données et le partage d'informations nécessite le consentement du patient :

**Art. 16 Catégories de données**

<sup>1</sup> *Les données concernant le patient sont réparties dans les catégories ci-dessous.*

**Données administratives**

<sup>2</sup> *Les nom, prénom, adresse et date de naissance du patient, le nom de la caisse-maladie et d'autres assurances maladie ou accidents, l'étendue de la couverture d'assurance.*

**Données utilitaires**

<sup>3</sup> *A sa demande expresse et dans les limites définies par le patient, les directives anticipées, les décisions relatives au don d'organes, les personnes à aviser en cas d'urgence ainsi que les données médicales que tous les prestataires de soins ont un intérêt reconnu à pouvoir consulter sans retard, telles que des allergies, un traitement spécifique (par exemple anticoagulant) ou une affection spéciale, telle que le diabète.*

**Données médicales**

<sup>4</sup> *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.*

**Données stigmatisantes**

<sup>5</sup> *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.*

<sup>73</sup> Voir le Message concernant la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEIP) du 29 mai 2013, FF 2013 4747;

<sup>74</sup> Voir, en lien avec le projet de loi fédérale sur le dossier électronique du patient (P-LDEIP), l'avis de droit du 12 décembre 2014 du Professeur Andreas Glaser de l'Université de Zurich intitulé *"Avis de droit succinct sur des questions concernant le consentement et la présomption de consentement ainsi que la participation d'institutions de droit public à une communauté dans le contexte du projet de loi sur le dossier électronique du patient"* sur le site [www.e-health-suisse.ch](http://www.e-health-suisse.ch)

### **Données secrètes**

<sup>6</sup> *Le patient peut demander au prestataire de soins, indépendant par rapport à une équipe de soins, de faire le nécessaire afin que ses données médicales ne soient pas accessibles sur le réseau.*

Il y a aujourd'hui 500 professionnels et 8000 patients connectés à ce système grâce auquel un million de documents sont actuellement stockés. Nombre d'institutions publiques et privées de la santé y participent, parmi lesquelles l'on peut citer les HUG, l'Hôpital de La Tour, l'IMAD, le foyer de jour pour personnes âgées Aux 5 Colosses, l'OFAC, l'IFAC, Unilabs, Dianalabs et le Groupe Médical d'Onex (GMO).

Le système a été défini conformément aux normes standards e-Health.ch<sup>75</sup>. L'information relative aux données médicales reste à sa source à Genève au sein de l'entité concernée. Tous les documents restent donc dans les institutions. Les données médicales auxquelles l'accès est accordé, des documents qui sont numérotés et cryptés (résultats de laboratoires, compte-rendu médicaux de soins infirmiers, prescriptions, ordonnances, ...) se trouvent par ailleurs en stockage dit secondaire dans cinq entrepôts différents.

Seul le « *Master Patient Index* » est centralisé en Suisse alémanique. Ce fichier comporte les nom, prénom, adresse, numéro de personne, numéro d'identification unique par patient de toutes les personnes qui participent au système.

Quel que soit le type de donnée concernée, tout le stockage intervient uniquement sur le territoire suisse. Les accès aux données sont sécurisés par le biais de trois moyens d'identification différents et successifs, qu'il s'agisse du patient ou du professionnel de la santé.

## **8 | CONCLUSION**

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

Le cadre juridique est relativement hétérogène, car il est composé à la fois de dispositions cantonales et d'une multiplicité de dispositions fédérales. En matière de protection des données personnelles relatives à la santé, la loi genevoise (LIPAD) concernant le secteur public cantonal et communal, la loi fédérale (LPD) visant le secteur public fédéral et les entreprises privées, l'art. 320 CP relatif au secret de fonction touchant les fonctionnaires et l'art. 321 CP concernant les professionnels de la santé actifs dans les institutions publiques ou privées trouvent fréquemment application conjointement.

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

Les questions juridiques qui se posent sont dès lors souvent complexes et réclament toujours de tenir compte du contexte général dans lequel on se trouve ainsi que de toutes les circonstances particulières de chaque situation pour apporter des réponses claires.

N'hésitez pas à nous faire part de vos remarques et de vos propositions afin que ce document puisse être régulièrement adapté.

---

<sup>75</sup> <http://www.e-health-suisse.ch/umsetzung/00146/00148/index.html?lang=fr>.

## 9 | POUR EN SAVOIR PLUS

CONSEIL FEDERAL, *Rapport Droits des patients et participation des patients en Suisse du 24 juin 2015 en réponse aux postulats 12.3100 Kessler, 12.3124 Gilli et 12.3207 Steiert.*

CONSEIL FEDERAL, *Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie, du 30 septembre 2009, FF 2009 6235*

CONSEIL FEDERAL, *Message 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 du 19 février 2003, FF 2003 1915*

FRIBOURG, GENEVE, JURA, NEUCHÂTEL, TESSIN, VALAIS ET VAUD, *L'essentiel sur les droits des patients*, brochure résultant d'une démarche de sensibilisation à l'initiative de huit cantons lire sur le site internet du Médecin cantonal

GUILLOD Olivier, *Protection des données dans le domaine de la santé, quelques réflexions introductives*, in : L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données, Fribourg, 2011, p. 77

GUILLOD Olivier et KONIG Damian, *Secret professionnel et assurances*, in : Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2009, p. 189

GUILLOD Olivier, *Le consentement éclairé du patient*, thèse Neuchâtel, 1986

HERTIG PEA Agnès, *La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?, Etude des moyens d'action en droit suisse*, Editions Helbing & Lichtenhahn, Collection Neuchâteloise, 2013

MANAÏ Dominique, *Droits du patient et biomédecine*, Berne, 2013

MEYER Philippe, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011

PPFDT, PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA TRANSPARENCE, *Guide pour le traitement des données dans le domaine médical*, valable dès le 31.01.2006, <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00628/00629/00635/index.html?lang=fr>

PRIVATIM (LES COMMISSAIRES SUISSES A LA PROTECTION DES DONNEES), *Votre dossier médical – vos droits*

STROUN Jean et BERTRAND Dominique, *Médecin, secret médical et justice*, Chêne-Bourg, 2009