

que la survenance d'un aléa médical suivi d'une reprise chirurgicale fautive justifierait que l'assureur du praticien puisse recourir pour le tout contre l'ONIAM ? Il n'y a pas deux responsables, car dans cette hypothèse seul le fautif est tenu pour le tout, mais un responsable et un débiteur d'indemnité au titre de la solidarité nationale..2)

Conception restrictive des recours de l'ONIAM

L'information, le retour ! L'affirmation du droit à l'information, comme droit subjectif éminemment personnel au patient, a dernièrement produit une conséquence cette fois défavorable au Fonds public. Le 18 décembre 2014, la C. cass. a statué sur un litige où l'ONIAM, débiteur d'indemnisation à la suite d'une infection nosocomiale grave (le patient opéré pour une fracture de la rotule en était décédé) - comme tel est le cas depuis la loi du 30 décembre 2002 - entendait recourir contre l'établissement de santé où elle s'était produite, sur la base de l'article L. 1142-21 al. 1 C. sant. pub. qui l'y autorise si le Fonds démontre la faute de l'établissement concerné. Généralement, et la loi invite d'ailleurs à s'y référer, la faute est technique, à l'instar d'un défaut d'asepsie. Mais en l'espèce, et c'est là toute l'originalité de l'affaire, l'ONIAM

entendait se prévaloir d'une faute d'information commise par la clinique quant au danger d'infection. La Cour d'appel de Rennes s'y était refusée en distinguant le dommage indemnisé par l'ONIAM, l'infection, et celui causé par la carence dans l'information, une perte de chance d'exercer un choix éclairé. La Cour de cassation ne censure pas les juges rennais, mais emploie une motivation différente : « *il n'appartient pas à l'ONIAM, tenu (en vertu de l'article L. 1142-1-1 CSP) d'indemniser les victimes d'infections nosocomiales, de se prévaloir, lorsqu'il exerce à l'égard d'un professionnel de santé l'action récursoire (prévue par l'article L. 1142-21), de la méconnaissance du droit, reconnu aux patients (par l'article L. 1111-2), d'être informés des risques des traitements qui leur sont proposés* ». En d'autres termes le droit des patients leur est propre, et n'entre ni dans le champ d'un recours subrogatoire (intervention subsidiaire de l'ONIAM) ni dans le champ d'un recours récursoire (intervention principale de l'ONIAM).

Mr le Pr. Philippe PIERRE

15:30-16:30

Actualité du secret professionnel
par M. le Bâtonnier Bruno Cressard,
Avocat au Barreau de Rennes
Débat

LE SECRET PROFESSIONNEL DES MEDECINS PAR Mr le Bâtonnier Bruno CRESSARD



HISTORIQUE

Il y a 25 siècles, dans le contexte culturel, politique, religieux de la Grèce de Périclès, le médecin Hippocrate écrit le serment qui doit être prêté par les médecins.

Ce serment fait référence à des valeurs transcendantes et contient notamment la phrase suivante :

« Quoi que je voie ou entende dans la société pendant, ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas ».

C'est donc dans ce cadre d'autorégulation que le secret professionnel est né.

En 1215, l'abandon de la confession publique des péchés (confession publique qui mettait les pécheurs en situation très difficile) est à l'origine du caractère absolu du secret de la confession des catholiques.

Quelques siècles plus tard, la Révolution Française supprime les universités de médecine, en faisant des



médecins des officiers de la médecine et compromettant leur indépendance indispensable à la protection du secret. En 1810, le législateur institue comme infraction pénale la violation du secret professionnel, et notamment médical, par ses dépositaires.

Par un célèbre arrêt Watelet du 19 décembre 1885, la Cour de Cassation élabore le régime du secret médical, tel qu'on le connaît aujourd'hui.

Le Docteur WATELET a soigné avec d'autres médecins, un peintre réputé Bastien LEPAGE. Celui-ci a présenté un cancer du testicule et, sans espoir de le sauver, ses médecins l'ont autorisé à faire un dernier voyage en Algérie « pour convalescence ». A la mort de l'artiste, une campagne de presse se déclenche contre WATELET, l'accusant d'avoir négligé de traiter une maladie vénérienne chez l'illustre patient. Pour se défendre contre la calomnie, le médecin adresse au journal Le Matin, une lettre par laquelle il rétablit la vérité, en révélant la vraie nature de la maladie du peintre.

En confirmant les décisions des juridictions du fond, la Cour de Cassation condamne le Docteur WATELET pour violation de l'article 378 du Code Pénal et décide :

- que le secret médical est général et absolu.

- qu'il ne s'éteint pas avec la mort.

- que des faits protégés par la confidentialité, déjà connus du public, demeurent couverts par le secret. Cette connaissance ne justifie pas la révélation par le professionnel.

- qu'est punie toute révélation du secret professionnel sans qu'il soit nécessaire d'établir à la charge du révélateur l'intention de nuire.

L'article 226-13 du Code pénal entré en vigueur en mars 1994 reprend cette incrimination en montrant que le secret protège non seulement les intérêts privés mais également l'intérêt public.

Aujourd'hui, le secret a cependant mauvaise presse. Notre temps est celui de la transparence.

Il est plus précisément celui de l'idéologie de la transparence qui est aujourd'hui placée en tête des valeurs éthiques de la société contemporaine, la transparence étant assimilée à la vérité, à la loyauté, à l'accès à la sécurité.

Quels que soient les domaines, nous revendiquons tous le droit de savoir et exigeons des informations dont nous étions jusque-là dépourvus.

Tout peut s'exposer, devenir public pour être soumis au

regard des autres.

Cette injonction de transparence a des visages multiples.

- Depuis 20 ans, pas moins de 15 lois comportent le mot "transparence" dans leur titre : transparence de la vie publique (6 lois), transparence du marché financier, des marchés publics, des entreprises de presse, du prix du gaz, du nucléaire... Au-delà de l'intitulé des lois, la transparence concerne la sécurité alimentaire et environnementale, la gouvernance d'entreprise mais aussi la santé publique.
- Le 5 mai 2015, le projet de loi sur le renseignement, défendu par le gouvernement au nom de la lutte contre le terrorisme, a été voté à l'Assemblée nationale. Ce dispositif règlementera l'utilisation à grande échelle de techniques d'espionnage (écoutes, pose de caméras ou de logiciel-espion, accès aux données de connexion, etc.). Il ne comporte aucune dérogation concernant les professions soumises au secret professionnel. Un trop grand pouvoir donné aux services de renseignement sans garde-fous judiciaires est reproché à ce texte.

Concomitamment, nous pouvons observer un recul du secret.

La loi du 28 juillet 2011 sur les maisons départementales des personnes handicapées a autorisé l'échange d'informations à caractère secret entre professionnels médicaux et non médicaux.

La loi dite Fourcade du 10 août 2011 a considéré que le secret professionnel était différent selon que le patient consulte en cabinet de groupe, dans un hôpital, ou encore dans une maison ou un centre de santé.

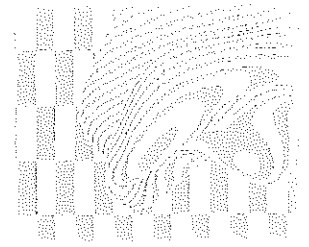
Le projet de loi de modernisation du système de santé adopté en première lecture par l'Assemblée le 14 avril 2015 prévoit la création d'un "système national des données de santé" (SNDS) en accès public. Il devrait être adopté définitivement en juillet 2015.

Le secret et notamment le secret professionnel qui était justifié comme l'allié naturel de la liberté individuelle est aujourd'hui présenté comme antinomique avec les valeurs qui sous-tendent la société démocratique.

Le secret d'Etat, le secret de la défense sont aujourd'hui suspects et n'auraient vocation qu'à dissimuler des mensonges.

Le secret bancaire est attaqué de toutes parts.

Le secret de l'instruction n'est plus qu'un principe juridique régulièrement violé par les magistrats instructeurs, leurs greffiers ou certains confrères. Dans le cadre de la lutte légitime contre le blanchiment, il est imposé aux avocats et



aux banquiers de devenir des dénonciateurs obligés.

Pourtant, déjà dans la démocratie athénienne le secret était un corollaire de la transparence¹. L'un ne pouvant pas exister sans l'autre, la vie de la cité serait impossible à organiser sans ces deux composants indispensables.

L

a

Le champ de la vie privée, du respect de l'intimité des individus se réduit

recherche aveugle de la transparence forcée ne conduira-t-elle pas à l'augmentation de la dissimulation ? A la propagation souterraine du secret non plus en tant qu'une liberté fondamentale d'une société respectueuse de l'individu, mais comme une infraction, une menace à la transparence d'une société de surveillance ?

En fait, le secret ayant mauvaise réputation, il faut que ce qui est secret soit secrètement conservé.

Tout l'art du paradoxe et de l'apparence trouve ici une belle illustration.

Le citoyen est transparent à l'égard du monde entier sur Facebook mais en fait reste extrêmement attaché au secret.

Les journalistes qui ne sont pas tenus au respect du secret professionnel et se veulent les chantres d'une société de transparence défendent ardemment la protection de leurs sources.

Le dispositif protégeant des lanceurs d'alerte, instaurée par la loi du 16 avril 2013 connaît un certain succès. Il permet **SECRETEMENT** de "rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information" concernant un fait susceptible de créer un risque grave pour la santé publique ou sur l'environnement.

Néanmoins, la contraction de la sphère du secret apparaît aujourd'hui inéluctable, et dans tous les domaines, l'information publique ira grandissante.

Cela résulte des progrès technologiques, de la pression des médias mais aussi de l'évolution des mentalités.

Cette contraction de la sphère du secret sera encore plus rapide et décisive si le secret professionnel auquel les professionnels du droit ou de la santé sont soumis est présenté comme la protection de seuls intérêts égoïstes et particuliers.

Il y a cependant lieu de rappeler que dans une société qui se veut libérale et démocratique, la défense des intérêts particuliers est celle des libertés individuelles et que c'est parce que nous défendons les libertés individuelles que nous servons l'intérêt général.

Une société ne peut en effet fonctionner sans un espace individuel de liberté personnelle, d'intimité, de jardin secret.

Le secret professionnel est le coffre dans lequel chacun peut déposer les informations qu'il souhaite réserver à son confident qu'il soit prêtre, notaire, avocat ou médecin et qui ne doit pas le porter à la connaissance des tiers.

Si un tiers, et c'est souvent l'Etat qui joue ce rôle de tiers, a accès aux secrets les plus intimes de chacun, alors le lien social devient totalitaire. ***La maturité démocratique d'un pays se mesure donc à la manière dont le droit au secret des individus est assuré.***

Je viens d'évoquer le droit au secret de chacun des individus et il faut bien comprendre que c'est ce droit qui fonde un devoir pour les professionnels, ***le devoir de secret professionnel.***

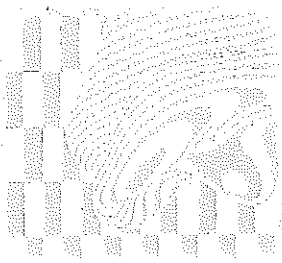
Le secret professionnel est un impératif pour les professionnels que nous sommes en contrepartie du droit que nous avons d'accéder à des informations personnelles, confidentielles détenues par nos clients.

Le secret professionnel est une charge portée par nous pour que soient protégés les intérêts légitimes de nos clients. Garder le secret a pour corollaire d'être gardé par le secret. C'est une obligation, un poids qui est parfois lourd à tenir.

C'est ici l'occasion de rappeler que :

- ***le secret professionnel n'est pas prévu pour protéger les professionnels détenteurs des confidences.***

¹ Carine Doganis, «Secret et transparence dans la démocratie athénienne», Cités, N°26, 2006



- le secret professionnel n'est pas fait pour protéger les professionnels malhonnêtes.

- le secret professionnel n'est pas fait pour le confort de ceux sur lesquels il pèse.

C'est un des fondements de la confiance que les clients et les patients nous accordent.

La médecine est une science immédiatement appliquée à la souffrance

humaine, son essence même consiste à "tenter de révéler ce qui est caché, faire passer le dedans au-dehors."

Dans ce contexte, l'ambivalence du fondement du secret médical explique en grande partie la complexité de son régime.

⇒ D'un côté, en effet, le secret médical prend sa source dans le droit au respect de la vie privée propre à chaque individu, qui est protégé aussi bien par l'article 9 du code civil que par l'article 8 de la CEDH. Le secret médical relève ici de l'intérêt privé. D'où l'expression - le patient est "maître du secret".

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, *"la protection des données médicales revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention ; le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention ; il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général"*².

⇒ De l'autre côté, comme l'a laissé entendre la CEDH, le secret médical relève de l'ordre public protégeant l'intérêt général de la société qui consiste, notamment, à assurer l'accès au médecin à tout citoyen.

Attribut précieux et indispensable d'une société démocratique, le secret médical est loin d'être statique et figé. Son étendue évolue en parallèle avec l'évolution de la société. Elle dépend de l'équilibre fragile entre l'intérêt

public et l'intérêt privé, ainsi que de l'équilibre éphémère entre les différents impératifs d'une démocratie ayant la même valeur.

- *Quels sont les secrets que le médecin doit garder en toutes circonstances ?*
- *Quels sont ceux qui cèdent devant la recherche de la vérité ou la protection d'un tiers ?*
- *Quelles sont les hypothèses dans lesquelles les médecins ont la permission, voire le devoir de révéler ce qui leur a été confié ?*
- *De manière plus générale, comment gérer cette tension entre secret et transparence ?*
- *N'y a-t-il pas lieu de considérer que secret et transparence sont les deux faces d'une même pièce, celle de la confiance ?*

La confiance est un élément déterminant dans l'esprit de celui qui confie le secret ou qui le partage dans le but de soulager sa conscience. Cette hypothèse renvoie justement à l'histoire de Raskolnikov dans «Crime et Chatiment» qui n'a pu libérer sa conscience qu'en avouant son crime. Mais comment se confesser si l'on n'est pas sûr que le confident soit discret ?

Comme le disait le Professeur Louis PORTES en 1950, *« Il n'y a pas de médecine sans confiance, de confiance sans confidence et de confidence sans secret »*³.

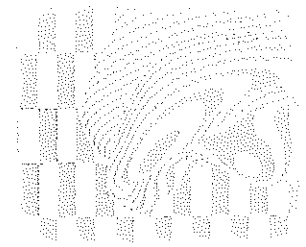
Cette confiance suppose que de manière générale le secret soit absolu, mais que dans certains cas l'information soit partagée ou révélée. Le rôle du médecin est primordial dans ce domaine. *"Le médecin est une conscience au service de la confiance"*⁴.

Le secret médical est consacré en tant que prémisses indispensables de la confiance du patient envers son médecin (I). La confiance accordée au médecin également par la société se manifeste dans les dérogations au secret quand il s'agit d'intérêt général ou de la conciliation avec d'autres intérêts légitimes (II).

² CEDH, 25 févr. 1997, n°22009/93, Z. c/Finlande : Rec. CEDH 1997, I, p.347 - CEDH, 27 août 1997, n°20837/92, M.S. c/Suède : D. 2000, p.521, note Laurent-Merle

³ Président du Conseil National de l'Ordre des Médecins à l'Académie des Sciences Morales et Politiques le 5 juin 1950.

⁴ «Le secret...état des lieux», Bulletin d'information, Conseil Départemental de l'Ordre des Médecins d'Ille-et-Vilaine, N°55



I / Confiance du patient - Le secret médical général et absolu relevant de la vie privée et du droit d'accès aux soins

La protection du secret médical s'effectue sur le double fondement. Le secret fait partie du droit individuel mais fondamental du patient au respect de sa vie privée. L'intérêt général consiste dans la protection justement de ce droit fondamental, ainsi que de la santé publique en général qui sera amoindrie si chaque individu ne pouvait pas avoir l'accès au médecin afin de se faire soigner en toute discrétion.

La violation du secret professionnel par son dépositaire est sanctionnée de manière générale par l'article 226-13 du code pénal : "*La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.*"

Faisant partie des secrets professionnels, le secret médical est défini par les articles L1110-4 et R4127-4 du code de santé publique.

L'article L1110-4 du code de santé publique dispose que "*Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant.*"

Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé."

Selon l'article R4127-4, "*Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi.*"

Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris."

Depuis quelques années on assiste à la redéfinition des sujets du secret (A). En revanche, son objet (B) et les sanctions de

sa violation (C) semblent être stabilisés en droit positif.

A) Sujets du secret

Il est habituel de dire que le secret est né au sein d'un colloque singulier unissant le médecin et son patient (1). Avec l'évolution des technologies et la spécialisation accrue la notion du praticien ne se limite plus au médecin qui reçoit le malade (2).

1) Les bénéficiaires du secret

a) Le Patient

L'article L1110-4 CSP accorde la protection à "*Toute personne prise en charge par un professionnel...*"

Il n'y a pas à faire la distinction en fonction de la gravité de la maladie, de la nécessité de l'intervention ou de la personnalité du patient. Aucune discrimination de nationalité, d'âge, de sexe ou autre ne doit être faite entre les patients.

Il convient de préciser que le secret médical instauré afin de protéger les relations médicales contre l'immixtion des tiers, ne peut pas être opposé par le médecin à son patient. Ce dernier est "maître du secret" (Cass. 2 civ., 28 janvier 1966) et a le droit à recevoir l'information loyale, claire et appropriée sur son état de santé. Il a été rappelé par Philippe PIERRE, que ce droit à l'information élaboré par la jurisprudence a été consacré par la loi du 4 mars 2002, en réponse à l'aspiration de l'autonomie individuelle.

Si la possibilité pour le médecin de taire au malade certaines informations relatives au pronostic grave ou fatal est autorisée par le droit positif, elle ne repose en aucun cas sur le secret médical, mais sur un souci d'humanisme.

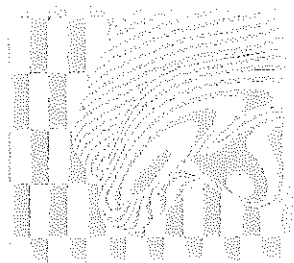
En principe toute personne qui s'adresse au médecin bénéficie du secret médical. Les informations la concernant ne doivent être révélées à personne d'autre, ni aux proches, ni aux autorités publiques ou privées.

Pourtant, parfois les personnes autres que le patient peuvent accéder aux informations détenues par le médecin.

b) Personnes autres que le patient

L'article 1110-4 prévoit deux cas de figure de révélation autorisée à condition que le patient ne s'y soit pas opposé :

⇒ Premièrement, en cas de pronostic grave les proches du malade peuvent être prévenus "*pour apporter un soutien à la personne malade*". Les informations visées concernent



donc l'issue de la maladie plus que les causes de celle-ci qui restent couvertes par le secret médical.

⇒ Deuxièmement, le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, mais seulement pour trois raisons :

- Leur permettre de connaître les causes de la mort,
- Défendre la mémoire du défunt,
- Faire valoir leurs droits.

Le secret médical ne disparaissant pas avec le décès de la personne, la révélation ne peut être intégrale. Elle doit être en rapport avec le motif de la révélation et être relevée dans l'intérêt du patient.

Enfin, un cas particulier concerne les mineurs. Le secret médical n'existait pas entre l'enfant et ses représentants légaux. Pourtant, l'affirmation grandissante des droits de l'enfant a conduit d'abord à accorder au mineur le droit au secret dans le domaine de la contraception et de l'IVG. Ensuite, la loi du 4 mars 2002 a consacré la possibilité pour l'enfant de s'opposer à "la consultation du ou des titulaires de l'autorité parentale afin de garder le secret sur son état de santé".

Cette faculté n'est conditionnée ni par l'âge ni par la faculté de discernement de l'enfant. Que devra faire le médecin à qui l'enfant demande de ne pas informer les parents, tout en refusant de suivre le traitement?

2) Le dépositaire du secret

L'ancien article 378 du CP mentionnait expressément le secret professionnel du médecin. L'actuel article 226-13 du CP se réfère plus généralement aux personnes dépositaires des informations "par l'état ou la profession". Ce texte est applicable à nombre de professions en dehors de la médecine et définit le secret, non pas en soi mais par destination. C'est le destinataire de l'information qui rend

celle-ci secrète.

Par ailleurs, la nouvelle rédaction de l'article L1110-4 du CSP, soumet au secret médical toutes les professions de santé (chirurgien-dentiste, orthophonistes, sages-femmes et etc.), ainsi que l'entourage professionnel du praticien.

De plus, l'article R4127-72 CSP oblige le praticien à "veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment."

De surcroît, l'évolution des formes de l'exercice de la médecine, la spécialisation et la nécessité de conforter les réseaux de soins rendent nécessaire la transmission de l'information entre les différents médecins qui prennent en charge le malade.

Pourtant, il ne faut pas croire que le médecin peut librement partager les informations avec les personnes elles-mêmes tenues au secret professionnel. L'article L1110-4 du CSP instaure le "secret partagé" seulement dans deux cas de figures :

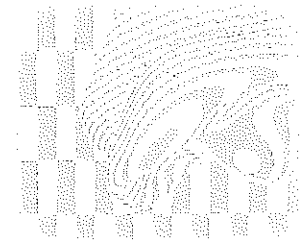
- l'échange entre deux médecins est possible s'il est fondé sur l'impératif de continuité des soins ou la détermination de la meilleure prise en charge sanitaire sous condition que le patient ne s'y oppose pas.

- dans un établissement de santé, les informations

confidentielles sont réputées être confiées à l'équipe de soins.

Enfin, un cas particulier du "secret partagé élargi" existe dans les armées. Une obligation de discrétion au sein de ce système hiérarchisé existe bien sûr dans l'intérêt des malades, mais aussi du service. Un système de signes et de coefficients est élaboré afin de rationaliser au mieux l'emploi des personnels en fonction de critères objectifs sans pour autant relever des raisons médicales qui ont permis d'attribuer tel ou tel coefficient à un tel ou tel signe. Seules les informations strictement nécessaires pour la prise des décisions par le commandement peuvent être révélées.

Le médecin est toujours soumis au secret professionnel, quel que soit le mode d'exercice de la profession (le médecin libéral ou salarié, exerçant la fonction du contrôle, du conseil) ou même radié de l'Ordre (CE, 17 juin 1998).



Même la simple révélation de l'identité du malade, ou du fait que celui-ci ait consulté un médecin, suffit à constituer une violation du secret médical¹

B) Objet du secret

L'article 226-13 du Code pénal se contente de punir "la révélation d'une information à caractère secret", sans plus de précision.

Le Code de la santé publique se montre toutefois plus précis. En effet, son article R. 4127-4 énonce que, "le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris".

L'article L. 1110-4, alinéa 2, du Code de la santé publique indique quant à lui que "... ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé..."

Le droit positif adopte donc une conception large du secret, dans lequel entrent a priori tous les faits connus par le médecin à l'occasion de l'exercice de sa profession⁵. Tel est le cas des faits confiés par le patient, mais plus largement de tous les éléments dont le médecin a eu connaissance lors de ses contacts avec le malade, ou qu'il a déduit de ses observations.

La jurisprudence manifeste une volonté de très large protection du secret médical.

Ainsi, entrent naturellement dans son champ tous les renseignements d'ordre médical : état de santé du malade, nature de sa pathologie, des examens subis, diagnostic.

La violation du secret professionnel a été retenue, par exemple, dans des cas suivants:

- diffusion de photos d'une patiente prises dans le cabinet d'un médecin⁶.
- communication par un médecin d'un registre de bloc opératoire dans lequel figurait le nom des patients opérés⁷.
- certificat médical produit dans une instance en divorce attestant du caractère dépressif de l'épouse⁸...

⁵ Solution constante depuis, Cass. Crim., 19 déc. 1885, Cass. 1ère civ., 14 déc. 1999, Aff. Gubler

⁶ CE, 28 mai 1999 : JurisData n°1999-050370

⁷ CE, 13 janvier 1999 : JurisData n°1999-050021

⁸ CA Caen, 3 juin 1999 : JurisData n°1999-109210

⁹ Solution acquise depuis, Cass. civ., 12 juin 1958 : JCP G 1959, II, 10940, note Chavanne)

¹⁰ CA Orléans, 14 déc. 2000 : JurisData n°2000-151067

Le secret s'impose en outre quelle que soit la nature du fait révélé : fait positif ou négatif⁹, fait connu ou inconnu, sous la seule réserve qu'il ne soit pas notoire, ou public par essence (absence de secret à l'égard de l'état d'ébriété du salarié sur le lieu de travail)¹⁰.

Une distinction devrait toutefois sans doute être faite selon la spécialité du médecin en cause.

L'information doit être apprise par le praticien dans l'exercice de sa profession.

Lorsque la confiance a été recueillie par un membre du corps médical astreint au secret, non en sa stricte qualité de professionnel, mais dans le cadre d'une relation amicale, la jurisprudence dominante exclut la qualification de secret¹¹. De même, le médecin ne peut être poursuivi pour avoir révélé des faits intéressant un tiers avec lequel il n'a eu aucune relation (un certificat médical attestant que l'état dépressif de sa cliente était dû à la personnalité pathologique du mari, qui n'était pas client du médecin¹²).

Une autre difficulté peut se présenter lorsque le fait divulgué n'est pas de nature strictement médicale, le médecin se livrant à des appréciations personnelles fondées sur des éléments généraux. La jurisprudence apparaît alors hésitante.

La cour de Cassation a retenu, par exemple, l'absence de violation du secret par un médecin décrivant à l'occasion d'une enquête sociale, un père comme "un grand enfant" et un "père copain"¹³. Par contre, la Cour d'Appel d'Aix-en-Provence a condamné le médecin qui dans une attestation a relevé le grand désordre régnant chez les époux, et l'état d'anxiété du mari¹⁴.

C) Sanction de la violation du secret

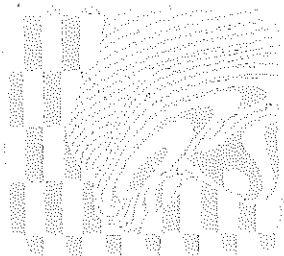
Vu l'importance des enjeux du secret professionnel, une

¹¹ Cass. 2ème Civ. 6 juill. 1977 : D. 1977, inf.rap. p 493 - Cass. 2ème civ., 6 déc. 1978 : JCP G 1979, IV, 57 - Cass. 2ème civ., 6 déc. 1979, inf. rap. p 221 - CE 7 févr. 1994 : JurisData n°1994-040647 ; D. 1995, somm. p. 99, obs. J. Penneau

¹² Cass. Crim., 23 janvier 1996 : JurisData n°1996-00078

¹³ Cass. Crim., 21 mars 2000, n°99-84-557 : JurisData n°2000-002021

¹⁴ 22 mars 1999 : JurisData n°1999-040547



protection efficace lui est accordée.

⇒ **La responsabilité civile du médecin peut être engagée par la victime pour la violation du secret médical.** La révélation d'informations confidentielles est de nature à causer un préjudice moral au patient, que le médecin devra le cas échéant réparer.

⇒ **Les sanctions disciplinaires peuvent être prononcées par les juridictions ordinaires.** La sanction disciplinaire la plus grave - radiation de l'Ordre a été infligée au Dr. Gubler suite à la parution du livre sur l'état de la santé de F. Mitterrand.

⇒ **Enfin, la responsabilité pénale du médecin peut être engagée.** La violation du secret professionnel est punie d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.

Cette incrimination pénale de violation du secret médical témoigne de son importance pour l'intérêt général de la société. Elle n'est plus orientée vers la protection de l'intérêt du patient, mais vers l'impératif d'ordre public qui consiste dans la nécessité de préserver la confiance de la population dans le corps médical.

II / Confiance de la société - Conciliation entre le secret médical et d'autres impératifs

Le médecin en tant que dépositaire du secret est assujéti à des obligations légales, déontologiques et éthiques particulières. La société, tout en lui accordant le privilège de confidentialité, pose des limites à la discrétion quand l'intérêt du patient entre en conflit avec les autres intérêts.

Cette délimitation semble établie en droit positif concernant l'intérêt général supérieur (A). En cas de conflit avec d'autres intérêts privés, le départage conditionné par les priorités de l'instant se montre plus fluctuant (B).

A) Primauté d'intérêt général

Le secret médical se trouve parfois écarté au profit d'autres impératifs. Ainsi qu'en dispose l'article 226-14 du Code pénal, des exceptions au secret peuvent être admises "dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret".

L'établissement ou attestation de certains faits nécessaires pour l'organisation de la vie en société est confiée aux médecins (1), tandis que pour d'autres dérogations facultatives au secret médical le législateur fait confiance à la libre appréciation des médecins (2).

1) Ordre de la loi - la loi impose de révéler

Dans certaines hypothèses, la loi fait obligation au médecin de révéler des faits couverts par le secret. Celui-ci ne peut donc refuser de délivrer l'information en invoquant son existence. Les hypothèses, en général justifiées par des impératifs de santé publique, sont nombreuses. Parmi les cas les plus significatifs, on peut citer :

- la déclaration des maladies contagieuses aux autorités sanitaires (C. santé publ., art. L. 3113-1), selon une liste fixée par décret ;
- lutte contre les maladies pouvant causer des risques graves pour la santé humaine (C. santé publ., art. L. 1413-5) ;
- la déclaration des naissances et des décès (C. civ., art. 56 et 78) ;
- la déclaration d'accident du travail et des maladies professionnelles¹⁵ ;
- le certificat d'internement (C. santé publ., art. L. 3212-1) ;
- protection de la santé des sportifs et lutte contre le dopage (art. L232-3 du code du sport).

2) Autorisation de la loi - la loi autorise à révéler

Dans certaines hypothèses légales, le médecin est autorisé à révéler des faits normalement couverts par le secret médical, mais n'en a pas l'obligation, son attitude étant librement décidée.

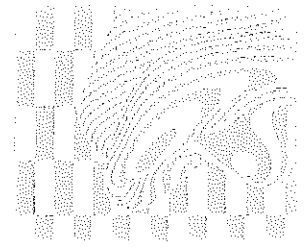
Le médecin est autorisé par l'article 226-14 du Code pénal à informer les autorités compétentes, s'il constate :

⇒ **que des atteintes ou mutilations sexuelles ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;**

⇒ **les sévices ou privations qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. L'accord de la victime est nécessaire, sauf si c'est un mineur ou une personne vulnérable ;**

⇒ **le caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui le consultent et dont il sait qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.**

¹⁵ CSS, art. L. 461-5 et 6, selon une liste fixée par l'article D. 461-1 du Code de la Sécurité Sociale



D'autres révélations peuvent être faites en vue de protéger la santé publique :

⇒ le médecin traitant du délinquant sexuel peut informer le juge ou le médecin coordonnateur de l'interruption du traitement (article L. 3711-3 du CSP) ;

⇒ le médecin peut déclarer au procureur de la République aux fins de sauvegarde de justice les malades soignés mais non hospitalisés pour troubles mentaux ;

⇒ l'autorité sanitaire peut être saisie du cas d'utilisation de façon illicite de stupéfiants (C. santé publ., art. L. 3412-1).

On peut également déroger au secret médical, sous condition d'anonymisation préalable des données, afin de procéder à l'évaluation de l'activité de l'établissement de santé (art. L6113-7 CSP) ainsi que des activités de soin et prévention, aux recherches dans le domaine de la santé (Loi du 6 janvier 1978).

L'accès aux informations nominatives strictement nécessaires à l'exercice de leurs missions est accordé aux inspecteurs de santé.

3) Question controversée - État de nécessité

La possibilité pour le médecin de révéler des faits normalement couverts par le secret professionnel en invoquant l'état de nécessité est depuis longtemps l'objet d'interrogations. Ainsi dans l'hypothèse où un praticien a connaissance d'une affection ou d'un comportement de son patient susceptible de causer un dommage aux tiers, peut-on accepter que le professionnel révèle ces informations, violant ainsi le secret médical, afin d'éviter qu'un préjudice ne soit causé à d'autres personnes ? Cette question classique dans les hypothèses de malades alcooliques, épileptiques ou atteints de maladie transmissible, a été renouvelée à l'occasion de l'apparition de l'épidémie du sida.

La possibilité de révéler les informations, si elle semble

pouvoir être justifiée par l'état de nécessité aujourd'hui reconnu comme un fait justificatif général par l'article 122-7 du Code pénal, constitue une issue extrême, envisageable uniquement si toutes les mesures de persuasion ont échoué. C'est d'ailleurs la solution que le Conseil de l'Ordre des médecins a prudemment préconisé en réponse aux critiques portées au secret médical à la suite du crash de l'avion A320, sur lequel nous reviendrons.

B) Equilibre fluctuant avec d'autres intérêts privés - Conciliation

L'évolution de la société, des mœurs et de la morale générale conduit au questionnement permanent relatif aux places respectives des différentes valeurs protégées. Une conception trop rigide du secret médical serait susceptible de méconnaître un certain nombre d'intérêts souvent légitimes.

Le premier arbitrage entre le secret médical et d'autres impératifs également protégés revient souvent au médecin, sous réserve de l'appréciation *a posteriori* du juge. Sans parler des problématiques relatives à l'informatisation des données,

je vous propose d'envisager quelques pistes de réflexion sur l'accommodement du secret professionnel.

1) Droit au procès équitable

La question de secret médical se pose régulièrement dans les instances judiciaires, quand sa révélation est nécessaire à l'établissement de la vérité.

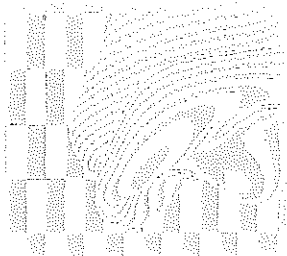
Exercice des droits de la défense

La jurisprudence reconnaît au médecin poursuivi en justice par son patient la possibilité d'assurer sa défense en révélant,

si besoin est, des éléments normalement couverts par le secret professionnel¹⁶. Une juste proportionnalité doit être respectée entre les droits de la défense, et plus largement le principe d'égalité des armes imposé par la Convention européenne des droits de l'homme, et les atteintes éventuelles



¹⁶ Cass. crim., 20 déc. 1967, aff. dite du Roi des gitans : D. 1969, jurispr. p 309 - Cass. Crim, 29 mai 1989 : Bull. crim. 1989, n°218 - CE, 13 janv. 1999 : JurisData n°1999-050021



au secret médical¹⁷.

A l'occasion d'un contrôle de l'administration fiscale, le médecin, pour se défendre a-t-il le droit, sans violer le secret médical d'opposer ses registres où figurent les noms de ses clients ? La Cour de cassation l'a admis après avoir toutefois relevé que les vérificateurs s'étaient abstenus de donner la moindre indication sur l'identité des malades¹⁸.

Que faire quand votre patient vous demande de témoigner dans un procès ?

Même si certaines juridictions civiles ont parfois imposé au médecin de témoigner, la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation permet au médecin de refuser de témoigner en invoquant le secret médical même quand son client l'en décharge. La conception d'ordre public du secret est mise en avant dans ce cas.

Droit aux preuves - Comment est préservé le secret médical dans les expertises judiciaires ?

Dans le cadre d'une procédure pénale, désigné comme expert par le magistrat, le médecin ne peut accéder au dossier médical du mis en examen directement ou à sa demande que dans le seul cas d'un dossier saisi et mis sous scellé. Le médecin expert ne peut faire état que des éléments susceptibles d'éclairer le magistrat et dans la limite de la mission qui lui a été donnée. Il doit taire tout ce qui ne saurait entrer dans le cadre de l'expertise. Le médecin expert doit reconstituer l'intégralité du scellé. Si le secret médical ne peut être invoqué contre les faits révélés par le médecin expert dans le cadre de sa mission, tout échange direct entre médecins est à proscrire.

De manière différente, dans le cadre des procédures civiles, les dossiers médicaux sont donnés par chaque médecin ou établissement au patient, qui les remet lui-même à l'expert. Les éléments ainsi portés à la connaissance de l'expert sont obligatoirement communiqués aux parties présentes à

¹⁷ Cass. crim., 24 avr. 2007, n°06-88.051 : JurisData n°2007-039020 ; Rev. sc. crim. 2007, p 815, obs. Y. Mayaud - Cass. com., 15 mai 2007, n°06-10-606 : JurisData n°2007-038955

¹⁸ Cass. crim., 21 mai 1979, n°78-92.205 : JurisData n°1979-099178

l'instance. Toutefois, dans son rapport, le médecin expert ne retiendra que les éléments médicaux en lien avec les faits générateurs de l'instance. La partie à l'instance peut toutefois invoquer un "empêchement légitime" pour refuser de communiquer les renseignements confidentiels (article 11 CPC). Si les informations secrètes concernent la personne qui ne fait pas partie de l'instance, le juge recherche un juste équilibre entre le secret médical et la possibilité de chacun de faire valoir ses droits en justice. Des mesures proportionnelles et efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades peuvent être ordonnées¹⁹.

En matière de responsabilité médicale, les experts désignés par la Commission Régionale de Conciliation et d'Indemnisation des Accidents Médicaux (CRCI) peuvent

demander aux parties et aux tiers tous documents sans que puisse leur être opposé le secret médical ou professionnel (C. santé publ., art. L. 1142-12, al. 5).

Le secret médical peut donc reculer devant les exigences du procès équitable, sous condition de nécessité et de proportionnalité.

2) Exécution loyale du contrat (assurances)

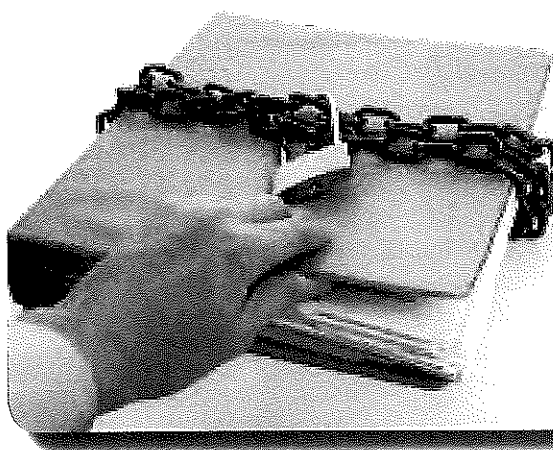
L'impossibilité d'obtenir des informations d'ordre médical

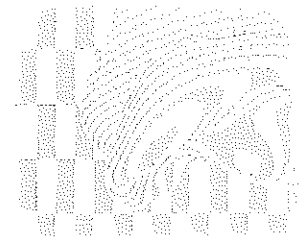
peut empêcher la preuve d'une fausse déclaration du risque. Le droit positif doit donc opérer une difficile conciliation entre les règles du secret professionnel et l'exécution loyale du contrat d'assurance.

L'assuré, maître du secret, peut en principe librement communiquer les documents médicaux le concernant. Ainsi, une clause du contrat peut prévoir que l'assuré s'engage à communiquer à l'assureur tous les renseignements médicaux nécessaires à l'exécution du contrat. Ces clauses ne doivent, néanmoins, pas imposer à l'assuré une dérogation excessive à ces droits²⁰. Les clauses autorisant l'assureur à demander des certificats directement au médecin sont inopposables à ce dernier, qui ne peut les

¹⁹ Cass. com., 15 mai 2007, n°06-10.606 : JurisData n°2007-038955

²⁰ Est réputée non avenue la clause d'un contrat d'assurance de groupe garantissant les frais d'annulation d'un voyage, qui exigeait la production d'un certificat médical précisant la nature et la gravité de la maladie (Cass. 1ère Civ. 18 mars 1986 : Bull. civ. 1986, I, n°68)





remettre qu'en mains propres de son patient.

Le médecin conseil de la compagnie d'assurance reste soumis, en sa qualité, à l'ensemble de ses obligations professionnelles, dont celle au secret médical. Il ne saurait dès lors utiliser des procédés déloyaux pour obtenir des informations permettant à l'assureur qui le mandate d'établir la preuve d'informations paralysant la mise en jeu du contrat. Les certificats demandés au médecin traitant ne doivent être adressés qu'au médecin conseil, et non pas à l'assureur.

3) Liberté d'expression (Gubler)

Prenons l'exemple bien connu du Dr. Gubler, qui a publié son livre "Le grand secret" neuf jours après le décès de son patient, François Mitterrand.

Cette affaire ayant indigné les esprits :

- *l'auteur a été radié de l'Ordre.*
- *au pénal, M. Gubler a été condamné à 4 mois d'emprisonnement avec sursis.*
- *de plus, il a été condamné au civil au paiement des dommages et intérêts aux ayant droits du défunt, et son livre a été interdit à la publication en France.*

La violation du secret médical a été réprimée par tous les moyens légaux existants en France.

Néanmoins, en 2004, soit neuf ans après le décès de François MITTERRAND, la CEDH a condamné la France pour l'atteinte injustifiée à la liberté d'expression en fondant sa décision sur l'écoulement du temps. Selon les Magistrats de Strasbourg, la décision temporaire d'interdire la publication a été légitime en raison de l'atteinte éventuelle à la mémoire du défunt. Mais l'interdiction définitive a été considérée disproportionnée à l'égard du but recherché, notamment à cause de la notoriété du Président de la République qui a repoussé les frontières de sa vie privée.

Le Dr. Gubler a saisi la même Cour Européenne afin d'annuler sa radiation en invoquant le manque d'indépendance et d'impartialité du Conseil de l'Ordre des médecins. Dans ce cadre, il n'a pas obtenu satisfaction.

4) Information du public

Le Projet de loi sur la santé porté par Marisol Touraine adopté le 14 avril dernier par l'Assemblée prévoit la création d'un "système national des données de santé" (SNDS). Cette base de données médicales provenant de différents sources (hôpitaux, assurances maladie, données sur les causes de décès, données médico-sociales, remboursement des

médicaments) va être librement accessible et exploitable par le public.

Même si les données en cause doivent être anonymisées que se passera-t-il si la confidentialité est un jour rompue ? Plusieurs associations émettent des alertes sur la possible ré-identification de ses données par le croisement des critères et utilisation des services tiers (ex : les réseaux sociaux). Ces informations pourront être utilisées par des organismes privés à des fins lucratives. IBM en partenariat avec Apple prépare déjà un nouveau logiciel de traitement de ces données.

Quel impact politique aura la concentration des données génétiques, permettant de deviner l'avenir des personnes et leurs futures maladies potentielles²¹ ?

5) Sécurité

Avec l'intention volontaire prêtée à Andreas Lubitz de crasher l'A320 de Germanwings, ses traitements contre la dépression et ses tendances suicidaires, le respect du secret médical est de nouveau la cible de vives interrogations.

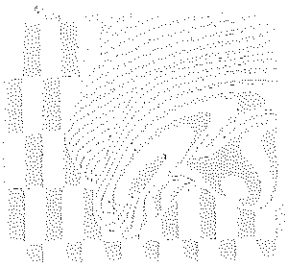
Le médecin du travail pouvait certes délivrer un avis d'inaptitude temporaire ou permanent de travail en constatant que "**le maintien du salarié à son poste de travail entraîne un danger immédiat pour sa santé ou sa sécurité ou celle des tiers**". Pourtant, il est peu probable qu'un médecin du travail n'effectuant que les examens périodiques et ne portant pas sur l'état mental de la personne avait connaissance de la dépression.

Ce n'est que le médecin traitant, psychologue ou psychiatre suivant régulièrement le copilote qui aurait pu agir. Mais comment ?

Légalement, un médecin ne peut partager l'information même avec son confrère (médecin du travail) que dans l'intérêt du patient et avec son accord. Le Conseil de l'Ordre des médecins, avec une appréciation prudente, permet d'entrouvrir une porte de sortie de ce dilemme éthique : l'article 122-7 du code pénal²² permet d'échapper à la responsabilité pénale en cas d'une nécessité absolue "**face à un danger actuel ou imminent qui menace lui-même, autrui, ou un bien**".

²¹ Emmanuel Hirsch, Professeur d'Ethique Médicale à l'Université Paris Sud

²² «En cas de risques grave et imminent de mise en danger d'autrui, qu'il ne peut prévenir autrement, et après qu'il a épuisé toute autre solution, le médecin peut s'affranchir du secret médical en informant le médecin chargé de la santé au travail sinon en saisissant le Procureur de la République».



Malgré l'existence des moyens d'agir, depuis cette tragédie des voix se lèvent pour réclamer la divulgation du secret médical aux employeurs des pilotes. Par exemple, le professeur Bernard Debré estime que le médecin aurait dû lever le secret médical autour de son patient, et le signaler à son employeur.

Quid d'autres métiers à responsabilité ? Personnel des centrales nucléaires, conducteurs des bus, instituteurs, etc. ? Poussée à l'extrême cette logique du sacrifice du secret médical au nom de la sécurité, nécessiterait un contrôle de l'état physique et psychique quasi-permanent de tout individu. Son caractère contraignant et déterminant pour la poursuite d'activité professionnelle contribuera à augmenter la dissimulation, au risque de priver les individus qui en ont vraiment besoin de la prise en charge médicale. C'est un glissement dangereux vers une société totalitaire qui connaît tout sur la vie de ses citoyens dépourvus de la moindre intimité, une société où l'individu serait apprécié en fonction de son état de santé et non pas de ses compétences.

Selon Thomas JEFFERSON *"Si tu es prêt à sacrifier un peu de liberté pour te sentir en sécurité, tu ne mérites ni l'une ni l'autre."*

6) Place du secret médical dans d'autres pays

En URSS, les médecins avaient une obligation de faire prévaloir avant tout "les intérêts de l'Etat et de la société".

En France, la protection du secret médical est une des plus fortes parmi d'autres pays démocratiques.

En Suisse, le médecin peut demander la levée du secret médical pour des "raisons importantes" : afin d'avertir le conjoint d'une personne atteinte d'une maladie transmissible.

En Italie, le secret médical peut céder devant des "exigences supérieures", relatives à la protection de la société ou des proches du malade, par exemple, en relevant des troubles psychiatriques ou une toxicomanie.

Au Royaume-Uni, le concept de "medical confidentiality" concerne seulement les informations dont il est raisonnable de penser qu'il ne faut pas les révéler à des tiers. De plus, les médecins sont obligés de signaler à la police les patients pris en charge pour blessure par arme à feu et par arme blanche.

Au Québec, l'intérêt de la justice favorise la plus large divulgation possible de tout fait susceptible d'éclairer les questions en litige. Le secret professionnel est interprété de façon restrictive, car il déroge à ce principe. La violation du secret ne peut être

sanctionnée que par les dommages et intérêts.

CONCLUSION

Comme on a pu voir, les médecins sont confrontés à une exigence croissante de transparence, au « **droit de savoir** » du patient et il n'est pas toujours simple de savoir réagir à toutes ces demandes. En réalité, la multiplication des personnes autour du patient (proches, personne de confiance, tuteur) et autour du médecin (paramédicaux, maison ou centre de santé, Ehpad, etc.) augmente nécessairement les risques de dilution du secret.

Où se trouve la frontière entre la transparence et l'indiscrétion ?

Un Ancien Président de la section Éthique et déontologie du conseil national relevait : **"C'est un fait : le secret médical a été institué dans l'intérêt du patient, mais comme tout le monde partage cet intérêt pour le patient, tout le monde voudrait avoir accès au secret ! C'est une boutade, mais c'est aussi malheureusement la réalité."**

Ne court-on pas un risque de faire des hôpitaux et des cabinets médicaux des "maisons en verre" ?

La démocratie suppose-t-elle une extension sans limite de la transparence et le recul du secret ?

La montée en puissance de la transparence traduit-elle, comme le soutiennent certains auteurs, le développement des formes démocratiques de gouvernance ?

Est-ce la seule réponse à la crise de confiance qui traverse nos sociétés ?

La confiance est une valeur de jonction entre la difficile transparence et l'inévitable secret²³.

Pourquoi ne pas aspirer à l'idéal d'une démocratie alternative qui place la confiance, et non la transparence, au cœur du fonctionnement de notre société²⁴ ?

Bruno CRESSARD,
Avocat à la Cour d'Appel de Rennes,
Ancien Bâtonnier,
(avec le concours de Melle Yulia BOCHIKHINA, élève
Avocate)

²³ Jean-Pierre CLERO, « Bentham ou les paradoxes de la transparence », Cités, N°26, 2006

²⁴ Analyse de Thucydide, né vers 460 av. J.C.