

Emploi de l'ordinateur et secret médical*

Par Peter Forstmoser, D^r en droit et avocat, privat-docent, Zurich

(Deutsch erschienen in Nr. 19/1974)

1. L'informatique au service du médecin

a) L'ordinateur contribue de plus en plus à aider également le médecin. Nous mentionnons les possibilités d'utilisation suivantes, qui sont en partie déjà réalisées ou en voie de réalisation:

- La collecte et l'utilisation de données statistiques par ordinateur peut se faire de maintes façons. Dans bien des cas, les informations stockées en mémoire permettent l'identification du patient. Ainsi, la formule dont se sert l'Association des établissements suisses pour malades (VESKA) pour sa statistique des diagnostics contient entre autres le nom du patient¹. Des données personnelles sur les malades ne figurent cependant que dans le catalogue des diagnostics du médecin-chef compétent, alors que dans les statistiques et le registre général accessibles à d'autres groupes de personnes l'identification n'est pas possible².
- On emploie en outre les calculateurs électroniques pour nombre de travaux administratifs, notamment pour la comptabilité et la facturation. L'identité du patient est forcément indiquée dans ce cas, et les données enregistrées contiennent certains détails sur sa maladie et son traitement.
- A l'étranger, on s'occupe de centraliser le stockage des histoires de malades³. La banque des données de l'Hôpital Danderyd à Stockholm a enregistré 1,5 million d'histoires de malades, et dans une dernière étape on se propose de réunir les données médicales concernant tous les habitants de la région de Stockholm âgés de plus de 4 ans⁴. En Suisse aussi, on a déjà signalé les possibilités et avantages d'un vaste système central de stockage électronique des dossiers de malades⁵.

b) Ces divers modes – et d'autres encore – d'utilisation de l'informatique ont ceci de typique que l'enregistrement des informations n'est pas effectué par les médecins eux-mêmes, il ne se fait même pas à l'hôpital,

Remarques

* Version légèrement complétée d'un rapport présenté le 13 novembre 1973 à l'Université de Zurich, à l'occasion du cours consacré à «Das Krankenhauswesen». L'auteur remercie de ses précieuses informations M. H. Langmack, D^r en droit, secrétaire de direction au Département cantonal des affaires sanitaires de Zurich.

c'est-à-dire sous la surveillance directe de médecins: pour des raisons financières et de rationalisation, il est généralement nécessaire de confier les manipulations à des centres de calcul hors de l'établissement et à leur personnel auxiliaire. C'est ainsi qu'il existe pour les statistiques de diagnostics de la VESKA un service central officiel. Pour la comptabilité et la facturation, on s'adresse même à des centres de calcul exploités par des entreprises privées⁶. Il en est qui offrent déjà leurs services à des médecins libres praticiens.

2. Problèmes de l'informatique en médecine

a) Point n'est certes besoin de souligner que l'informatique est utile et sera indispensable à l'avenir, dans le domaine médical aussi. Les exemples cités montrent à quel point l'usage d'ordinateurs peut être une aide pour la recherche, pour le traitement des patients, et finalement pour venir à bout du travail administratif.

Mais cela ne doit pas nous faire négliger les problèmes que soulève l'emploi d'ordinateurs. Nous les esquisserons brièvement ci-après – en tant qu'ils concernent des questions de droit.

b) Là où les données emmagasinées permettent l'identification du patient, elles touchent à sa vie privée. Comme nous l'avons vu, c'est le cas pour tous les usages de l'ordinateur décrits au début – pour la statistique centralisée des diagnostics, pour l'établissement d'une documentation complète sur les histoires de malades et pour le simple enregistrement en vue de la facturation. La question se pose par conséquent de savoir si ces secteurs d'utilisation sont compatibles avec la protection de la personne garantie par le droit suisse et notamment avec le secret médical.

c) Cette question, il est vrai, surgit déjà au niveau de la méthode classique, pour toutes les notes écrites intéressant le patient et leur utilisation. Mais en cas de stockage électronique, elle se pose avec une acuité particulière. Nous en donnons ici quelques exemples:

- Il y a tout d'abord entre le mode d'enregistrement traditionnel et l'informatique une différence quantitative: l'ordinateur peut enregistrer de grandes quantités d'informations à des frais toujours plus bas. Cela accroît aussi le danger d'un empiètement sur la sphère privée.
- Les moyens classiques de collectage et d'utilisation des données ont des limites, ce qui constitue en fait une protection efficace: l'accès aux archives et registres habituels demande plus de temps, il n'est pas efficace et est réservé en général à quelques personnes seulement. L'usage de l'ordinateur élimine dans une large mesure ces obstacles pratiques: le matériel collecté et son utilisation sont beaucoup plus accessibles; en outre, un grand nombre de personnes peu-

vent se servir simultanément et même à distance des données emmagasinées.

- L'usage de l'informatique oblige aussi – pour des raisons financières déjà – à *concentrer et à centraliser*. Il sera également possible à l'avenir d'utiliser à la fois les informations de différentes banques de données, grâce à des *systèmes de coordination*. Ces possibilités de combinaison accroissent certes l'utilité des informations stockées, mais le danger d'abus augmente du même coup.

3. Protection de la sphère privée et secret médical dans le droit suisse

a) L'article 28 du Code civil prévoit une protection générale de la sphère privée: selon cet article, «celui qui subit une atteinte illicite dans ses intérêts personnels» peut demander au juge de la faire cesser, voire revendiquer des dommages-intérêts. Or, ce dont le médecin a connaissance touchant l'état de santé et la sphère privée du patient fait sans nul doute partie des «intérêts personnels» de ce dernier, au sens de la loi⁸. *Il est par conséquent illicite de communiquer ces faits à des tiers non autorisés.*

b) L'article 321 du Code pénal punit la *violation du secret médical par le médecin et ses auxiliaires*. Font exception les cas dans lesquels *le patient consent à ce que le secret soit révélé*, ou lorsque *l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance a permis la révélation du secret*⁹.

c) La *communication de renseignements sur le patient à un service d'informatique* signifie-t-elle alors une atteinte aux intérêts personnels au sens du Code civil, ou une infraction au secret médical selon le Code pénal?

Un fait certain est que tant le Code civil que le Code pénal *interdisent* en principe au médecin *de transmettre à des tiers des informations sur des patients*¹⁰, *dès qu'il y a possibilité d'identification de ceux-ci*. Les divers usages auxquels peut servir l'ordinateur tels qu'ils sont exposés plus haut ne sont donc admis qu'en présence d'un *motif spécial les justifiant*. Un tel motif peut-il être invoqué d'une manière générale pour les relations entre le médecin et le personnel de banques de données? Peut-on en trouver un en faveur de certaines possibilités d'utilisation décrites au début de ce rapport?

4. Le service d'informatique en tant qu'«auxiliaire» du médecin?

a) Un point incontesté est que l'obligation au secret n'interdit pas au médecin de *s'adjoindre des auxiliaires*. Ces auxiliaires sont eux aussi, selon la loi, tenus au secret professionnel, de sorte que la sphère privée du patient demeure sauvegardée¹¹.

b) Il serait très tentant d'inclure le personnel des services d'informatique parmi les auxiliaires du médecin, de l'astreindre par là au secret et de justifier ainsi la communication – à ce personnel – de renseignements de caractère privé sur un malade. Mais en y regardant de plus près, on s'aperçoit que cette solution n'est guère viable:

Il ressort de la littérature juridique que les opinions diffèrent quant à la manière de délimiter le cercle des auxiliaires du médecin. La majorité des auteurs est favorable à une conception stricte de cette notion, une minorité la veut plus large¹⁵. Mais il est incontesté, ou du moins tacitement admis par tous, que seul peut être reconnu auxiliaire celui qui est le *subordonné* du médecin. Une restriction au devoir du médecin d'observer le secret ne se justifie effectivement que si et dans la mesure où le médecin peut choisir et surveiller les personnes initiées au secret.

c) Les programmeurs et autres auxiliaires de l'informatique ne peuvent donc être considérés comme personnel auxiliaire que s'ils sont placés sous la surveillance directe d'un médecin, notamment s'ils travaillent dans des hôpitaux. On peut par conséquent parler d'un motif valable lorsqu'un hôpital possède en propre un ordinateur, éventuellement aussi lorsqu'il a recours à une centrale de calcul étrangère mais que la programmation se fait à l'hôpital et que les informations à enregistrer sont codées. En revanche, l'analyse de données confiées à un centre électronique ne faisant pas partie de l'organisation hospitalière *n'est pas justifiée*. D'autres motifs patents sont nécessaires.

5. Autorisation de l'autorité de surveillance en tant que motif valable?

a) L'obligation au secret peut être levée par *l'autorité de surveillance*. Mais il convient de préciser d'emblée qu'elle n'est absolument *pas libre* d'accorder cette permission comme bon lui semble. Au contraire, des dérogations ne sont licites que là où des *intérêts supérieurs les justifient*¹⁶. Ceux-ci pourront être invoqués, par exemple, dans le domaine de la recherche médicale, alors que les avantages qu'il y a à pouvoir confier au dehors sa comptabilité ne constituent pas une raison valable.

Autant que possible, on n'accordera en outre l'autorisation que si le service auquel on confie un travail est lui-même tenu au secret¹⁷.

Il s'ensuit que la libération du secret par l'autorité de surveillance ne peut, elle aussi, être considérée comme *valable que pour des usages déterminés de l'informatique*, et j'estime qu'elle ne saurait notamment s'appliquer aux travaux de comptabilité qu'un hôpital ou un médecin libre praticien confierait à une centrale de calcul indépendante.

6. Consentement du patient en tant que motif valable?

a) La révélation du secret est également admise lorsque le patient y consent. Dans une thèse de médecine étudiant la question de l'analyse des diagnostics d'hôpitaux suisses effectuée par une centrale, l'auteur cherche à éviter les écueils du secret médical en admettant le *consentement tacite* du patient¹⁸.

Pour le juriste, une telle tentative d'interprétation est sujette à caution: si l'on ne veut pas battre en brèche le secret professionnel, *on ne peut prétendre à la légère un consentement tacite*, et cela moins encore lorsque le patient – comme c'est probablement presque toujours le cas – ignore tout à fait que des informations sur sa personne sont communiquées à des tiers. Je ne pense donc guère que le fait de conclure au consentement du malade autorise à admettre l'existence d'une raison valable. A mon avis, le consentement devrait être donné explicitement et en connaissance de cause¹⁹.

b) Il s'ensuit que ce motif ne saurait lui non plus justifier d'une manière générale l'utilisation, par les hôpitaux et les libres praticiens, de banques de données externes.

7. Conclusion

En résumé:

L'usage d'ordinateurs électroniques ouvre également à la recherche et à la pratique médicales de nouvelles perspectives. Lorsqu'un hôpital ne possède pas de système d'informatique en propre, des problèmes se posent toutefois en raison du droit du patient à la *protection de sa phère privée* et du *secret médical*. Ces deux principes interdisent aux médecins, dès qu'il y a possibilité d'identification du patient, de transmettre à des tiers des informations le concernant.

Si la programmation se fait à l'hôpital et sous surveillance médicale, les personnes chargées de l'informatique peuvent être considérées comme *auxiliaires* du médecin à qui des secrets de caractère médical peuvent, au besoin, être communiqués. Là où d'autres personnes sont chargées du service de l'ordinateur, les motifs de justification entrant en ligne de compte seront la *permission accordée par l'autorité de surveillance* ou le *consentement du patient*. Ces deux motifs ne couvrent pas tous les secteurs dans lesquels l'emploi d'ordinateurs est souhaitable et a été prévu. Si une raison valable fait défaut, *seul le législateur pourrait créer les bases nécessaires*²⁰.

¹ A. Leemann, Die Sicherung des ärztlichen Geheimnisses im Rahmen einer zentralen Diagnosenauswertung der schweizerischen Spitäler über den Computer, thèse de médecine, Zurich 1971, polycopie, p. 7; bien qu'on puisse exceptionnellement ne pas mentionner le nom du patient, on devrait toutefois «ne faire usage de cette possibilité que pour des raisons majeures» (Leemann 9).

² Leemann, *ibid.* 8.

³ On trouvera un tableau y relatif dans U. Seidel, Datenbanken und Persönlichkeitsrecht, Cologne 1972, 33 ss.

⁴ Seidel, *ibid.* 36.

⁵ Cf. Leemann 12, 58 s.

⁶ L'Hôpital infantile de Zurich a conclu une telle convention avec la centrale de calcul de la Fides.

⁷ Il y a cependant lieu de relever que l'utilisation d'ordinateurs offre de nouvelles possibilités d'assurer le secret des informations (par des codes d'identification, l'enregistrement codé des données, etc.), ce qui permet d'empêcher plus efficacement que par la méthode traditionnelle l'accès à ces données de personnes non autorisées. Pour les mesures de protection concernant la statistique des diagnostics de la VESKA, v. Leemann, *ibid.* 8.

⁸ Cf. R. Russek, Das ärztliche Berufsgeheimnis, thèse de droit, Zurich 1954, 21 ss.; H. W. Blass, Die Berufsgeheimhaltungspflicht der Ärzte, Apotheker und Rechtsanwälte, thèse de droit, Zurich 1944, 71 ss.

⁹ Sont également réservées – ce qui ne nous concerne pas ici – les dispositions fédérales et cantonales sur l'obligation de témoigner en justice et de renseigner les tribunaux et autorités.

¹⁰ D'après l'arrêt du Tribunal fédéral 75 IV 75, tout «ce que le patient confie au médecin aux fins d'accomplissement de son mandat ou dont le médecin a eu connaissance dans l'exercice de sa profession» fait partie du secret; v. également Revue suisse de jurisprudence 1949, 273.

¹¹ La transmission de données purement statistiques ne devrait poser aucun problème si des conclusions touchant la personne du patient ne sont pas possibles.

¹² Cf. Blass, *ibid.* 48; W. Heim, Le secret médical dans le Code pénal suisse, thèse de droit, Lausanne 1944, 58 s.

¹³ On rappellera néanmoins que le médecin ne peut s'adjoindre des auxiliaires qu'en tant que l'exercice de sa profession l'exige. Le cercle des personnes au courant du secret ne saurait donc être élargi à volonté en recourant à des auxiliaires. Ensuite, le secret médical a validité aussi vis-à-vis du personnel auxiliaire, voire même d'autres médecins. Il en résulte qu'on n'a le droit de renseigner des tiers que dans la mesure où ces informations sont d'absolue nécessité. Cf. à ce propos la «Revue de la Société bernoise des juristes» 1954, 410.

¹⁴ Ainsi Heim, *ibid.* 58 s; E. Hafter, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil, Berlin 1943, 855.

¹⁵ Cf. Blass, *ibid.* 50 ss.

¹⁶ Cf. Revue suisse de jurisprudence 1945, 59, 74, 221 et 1958, 293. Heim est d'un autre avis, *ibid.* 95 ss.

¹⁷ Ainsi on préférera un centre de données officiellement tenu au secret à une entreprise relevant de l'économie privée, en tous cas on passera avec cette dernière une convention l'obligeant au secret.

¹⁸ Leemann, *ibid.* 53.

¹⁹ De façon analogue, Heim, *ibid.* 91; v. aussi les développements de Blass, *ibid.* 150 ss.

²⁰ Il y a lieu de relever que tout ce qui est utile ou agréable n'est pas forcément souhaitable du point de vue du droit. On ne doit pas sacrifier à la légère le secret médical; il faut, pour le protéger, s'accommoder de certains inconvénients. Là où la loi crée une exception, les mesures protectrices supplémentaires doivent être consciencieusement observées. Ainsi, une restriction à l'obligation au secret médical serait plus facile à accepter si – comme cela a été suggéré à plusieurs reprises à l'étranger – on introduisait un secret professionnel spécial pour les programmeurs.