RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/2374/2021-PATIEN **ATA/1057/2021**

COUR DE JUSTICE

Chambre administrative

Arrêt du 12 octobre 2021

dans la cause

Monsieur A_____
représenté par son curateur Monsieur B_____, avocat

contre

COMMISSION DU SECRET PROFESSIONNEL

et

Monsieur C_____

EN FAIT

1) Monsieur A_____, né le _____ 1931, a été placé par ordonnance du Tribunal de protection de l'adulte et de l'enfant (ci-après : TPAE) du 1er avril 2019 sous la curatelle de représentation et de gestion de Monsieur B_____, avocat. Le mandat inclut de veiller à l'état de santé de M. A_____, mettre en place les soins nécessaires et, en cas d'incapacité de discernement, le représenter dans le domaine médical. L'ordonnance du TPAE retient, dans ses considérants, qu'il est établi que M. A_____ présente une « incapacité de discernement étendue » et qu'il n'est plus capable de se déterminer en matière de soins ni sur le plan médical.

2) Le curateur représente M. A_____ dans un litige (cause C/1_____/2019) l'opposant à Monsieur D_____ devant le Tribunal civil de première instance (ci-après : TPI). Dans ce contexte, M. D_____ a sollicité l'audition du médecin de M. A_____, le docteur C_____.

3) À réception de la convocation du TPI, le Dr C_____ a requis auprès de la commission du secret professionnel (ci-après : commission) la levée de ce dernier afin de pouvoir répondre aux questions du TPI.

4) Informé par la commission de la demande du Dr C_____, M. B_____ a indiqué que son protégé n'avait plus la capacité de discernement pour se déterminer sur la demande, mais qu'en sa qualité de curateur de portée générale, il pouvait lever le secret médical. Il souhaitait toutefois consulter le dossier afin de se prononcer.

5) S'en est suivi un échange de correspondance entre la commission et le curateur de portée générale, la première estimant que le second n'était pas habilité à lever le secret professionnel du Dr C_____. Le curateur, s'appuyant sur la doctrine, a contesté ce point de vue et relevé que les médecins de son protégé d'ores et déjà entendus par le TPI ainsi que les HUG avaient considéré la levée du secret médical par ses soins comme valable.

Il a encore relevé que se posait la question de savoir si le Dr C_____ n'avait pas également été le médecin de Monsieur E_____, bénéficiaire des largesses de son protégé, au moment où il avait établi un certificat de capacité de discernement en faveur de M. A_____. Le médecin devait être autorisé à répondre à cette question.

6) Le Dr C_____ a été entendu par la commission le 1er juillet 2021. Le curateur n'a pas été convoqué à cette audience, ni n'a reçu copie du procès-verbal y relatif.

7) Par décision du 1er juillet 2021, la commission a levé le secret professionnel du Dr C_____ en ce qu'il était autorisé à répondre aux questions du TPI « en indiquant les éléments pertinents de sa prise en charge médicale de M. A_____ tels qu'il l'a[vait] décrite à la commission ». Elle l'autorisait également « à transmettre les seuls documents suivants précités » au TPI.

La transmission de ces informations était nécessaire dans la procédure C/1_____/2019, ce qui l'emportait sur la protection de la confidentialité due au patient. La transmission d'informations médicales concernant M. E_____ devait faire l'objet d'une levée du secret professionnel par ce dernier ou par la commission en cas de refus de celui-ci ou d'incapacité à se déterminer.

La décision a été communiquée au Dr C_____ et au curateur.

8) Par acte déposé le 12 juillet 2021 au greffe universel du Pouvoir judiciaire, M. A_____, représenté par son curateur, a recouru contre cette décision auprès de la chambre administrative de la Cour de justice. Il a conclu au constat que la commission n'était pas compétente pour statuer sur la levée du secret médical du Dr C_____ à son égard. Subsidiairement, il a conclu à l'annulation de la décision en tant qu'elle autorisait le Dr C_____ à transmettre au TPI uniquement certains documents et non l'entier du dossier médical du patient.

Le curateur a exposé qu'il avait déposé pour son protégé trois procédures devant le TPI visant l'annulation de transferts de biens immobiliers effectués alors que celui-ci n'était plus capable de discernement. Dans ce cadre, quatre médecins avaient été entendus, levés de leur secret médical par ses soins. Seul le Dr C_____ avait saisi la commission. Tant le TPI que le Dr F_____, président suppléant de la commission, estimaient que le curateur pouvait procéder à la levée du secret médical du patient.

Par ailleurs, à supposer que la commission fût compétente pour prononcer la levée du secret médical, le sens de la phrase autorisant le Dr C_____ « à transmettre les seuls documents suivants précités » devait être précisé.

Le TPAE a autorisé le curateur à former le présent recours.

9) La commission a conclu à la constatation de « l'irrecevabilité du grief de l'incompétence de la commission pour lever le secret médical du Dr C_____ ». Préalablement, il convenait de ne pas remettre au curateur le procès-verbal de l'audition par la commission du praticien, subsidiairement de ne le lui remettre que de manière caviardée.

La représentation dans le domaine médical était limitée au domaine des soins. Il n'y avait pas de représentation du domaine médical dans le domaine patrimonial ; cela serait contraire à l'art. 448 CC.

Le grief d'incompétence de la commission pour se prononcer sur la levée du secret médical était tardif et, partant, irrecevable. Par ailleurs, il ressortait de l'avis de droit du professeur Philippe MEIER destiné au TPAE – non produit – que le représentant dans le domaine médical n'était pas habilité à délier lui-même le médecin de la personne concernée de son secret professionnel. Si le proche pouvait être légitimé à prendre une décision concernant la vie ou l'intégrité de la personne concernée, il n'avait pas nécessairement la même légitimité pour procéder à la pesée des intérêts au moment d'autoriser le médecin à divulguer certaines informations sur son patient.

10) Le médecin ne s'est pas déterminé dans le délai imparti à cet effet.

11) Dans sa réplique, le recourant, sous la plume de son curateur, a maintenu que celui-ci aurait pu procéder à la levée du secret médical. Subsidiairement, le curateur aurait dû être entendu à ce sujet. La commission citait un avis du prof. MEIER sans toutefois le produire. Par ailleurs, tel que celui-ci était repris par la commission, il était contredit par la doctrine. En outre, la levée partielle du secret médical posait problème, dès lors qu'il ne pouvait être exclu que le Dr C_____ n'ait sollicité cette levée qu'en ce qui concernait les documents les plus favorables à son patient M. E_____. L'art. 448 CC s'appliquait à la procédure devant le TPAE. Or, la procédure dans le cadre de laquelle la levée était sollicitée se déroulait devant le TPI, de sorte que l'art. 448 CC ne trouvait pas application. Il avait néanmoins, en tant que de besoin, requis du TPAE qu'il formule une demande de levée du secret médical devant la commission.

12) Sur ce, les parties ont été informées que la cause était gardée à juger.

EN DROIT

1) Interjeté en temps utile devant la juridiction compétente, le recours est recevable (art. 132 de la loi sur l'organisation judiciaire du 26 septembre 2010 - LOJ - E 2 05 ; art. 62 al. 1 let. a de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 - LPA - E 5 10).

2) En premier lieu, il convient d'examiner si le curateur était habilité, comme il le soutient, à relever le Dr C_____ de son secret médical.

a. Selon l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP - RS 311.0), les médecins 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 d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (ch. 1) ; 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 (ch. 2) ;

demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (ch. 3).

b. En droit genevois, l'obligation de respecter le secret professionnel est rappelée à l'art. 87 al. 1 la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS - K 1 03). Elle est le corollaire du droit de toute personne à la protection de sa sphère privée, garanti par les art. 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101) et 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH - RS 0.101).

En vertu de l'art. 87 al. 2 LS, le secret professionnel a pour but de protéger la sphère privée du patient ; il interdit aux personnes qui y sont astreintes de transmettre des informations dont elles ont eu connaissance dans l'exercice de leur profession. Aux termes de l'art. 88 LS, une personne tenue au secret professionnel peut en être déliée par le patient ou, s'il existe de justes motifs, par l'autorité supérieure de levée du secret professionnel (al. 1) ; sont réservées les dispositions légales concernant l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (al. 2).

c. D'une manière plus générale et selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : CourEDH), le respect du caractère confidentiel des informations de santé 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. La législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation des données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme à l'art. 8 CEDH, garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale. Ainsi, le devoir de discrétion est unanimement reconnu et farouchement défendu (ACEDH Z. M.S. c/ Suède du 27 août 1997, cité in Dominique MANAÏ, Droits du patient face à la biomédecine, 2013, p. 138 s. ; arrêt du Tribunal fédéral 4C.111/2006 du 7 novembre 2006 consid. 2.3.1).

d. Comme tout droit découlant d'une liberté publique, le droit à la protection du secret médical peut, conformément à l'art. 36 Cst., être restreint moyennant l'existence d'une base légale (al. 1), la justification par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui (al. 2) et le respect du principe de la proportionnalité, par rapport au but visé (al. 3).

e. La base légale pouvant fonder la restriction est, en cette matière, constituée par l'art. 321 ch. 2 CP et par l'art. 88 al. 1 LS. L'autorité supérieure au sens de ces deux dispositions est, conformément à l'art. 12 al. 1 LS, la commission, qui, bien que rattachée administrativement au département chargé de la santé (art. 12 al. 6 LS), exerce en toute indépendance les compétences que la LS lui confère (art. 12 al. 7 LS).

Une décision de levée du secret professionnel doit, en l'absence d'accord du patient, se justifier par la présence de « justes motifs » (art. 88 al. 1 LS). Il ressort de l'art. 87 al. 3 LS que les intérêts du patient ne peuvent pas constituer un « juste motif » de levée du secret, si ce dernier n'a pas expressément consenti à la levée du secret le concernant (ATA/11/2018 du 9 janvier 2018 consid. 6a ; ATA/202/2015 du 24 février 2015 consid. 6).

f. Pour ce qui est plus précisément de la procédure devant l'autorité de protection de l'adulte, dans le canton de Genève le TPAE (art. 105 LOJ), l'art. 443 al. 1 CC dispose que toute personne a le droit d'aviser l'autorité de protection de l'adulte qu'une personne semble avoir besoin d'aide ; les dispositions sur le secret professionnel sont réservées.

En vertu de l'art. 448 CC, les parties à la procédure et les tiers sont tenus de collaborer à l'établissement des faits ; l'autorité de protection de l'adulte prend les mesures nécessaires pour sauvegarder les intérêts dignes de protection ; en cas de nécessité, elle ordonne que l'obligation de collaborer soit accomplie sous la contrainte (al. 1) ; les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si la personne concernée les y a autorisés ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'adulte, l'autorité supérieure les a déliés du secret professionnel (al. 2).

L’art. 448 CC s’applique donc spécifiquement à la procédure que le TPAE conduit pour décider de l’instauration ou de la modification d’une mesure de protection.

g. Il est admis, de manière générale, que le représentant légal de personnes incapables de discernement peut lever le médecin de la personne concernée de son secret médical (Yves DONZALLAZ, Traite de droit médical, volume II, 2021, n. 6656, p. 3118 ; Philippe MEIER in Audrey LEUBA/Martin STETTLER/ Andrea BÜCHLI/Christoph HÄFELI, 2013, Commentaire du droit de la famille, n. 23 ad art. 391 CC ; Philippe MEIER, Le proche représentant en matière médicale peut-il délier le médecin de son secret professionnel ? in RMA 2018, p. 455s).

Une partie de la doctrine exclut de la levée du secret médical par le représentant les secrets relatifs à la sphère intime de la personne concernée (Michel DUPUIS/Laurent MOREILLON/Christophe PIGUET/Séverine BERGER/Miriam MAZOU/Virginie RODIGARI [éd.], Code pénal - Petit commentaire, 2017, n. 40 ad art. 321 CP citant Bernard CORBOZ, Le secret professionnel de l’avocat selon l’art. 321 CP, in Semaine Judiciaire 1993, p. 91 ; Stefan TRECHSEL/Hans VEST in Stefan TRECHSEL/Marc PIETH [éd.], Schweizerisches Stragesetzbuch – Praxiskommentar, 2021, n. 28 ad art. 321 CP).

Dans sa thèse récemment parue, Frédéric ERARD (Le secret médical, Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, éd. suis generis, 2021, p. 332 ss) constate que la doctrine largement majoritaire admet que le droit de lever le secret professionnel est un droit strictement personnel susceptible de représentation. Avec Olivier GUILLOD (Laura AMEY/Olivier GUILLOD, Le secret médical est-il en voie d'érosion? Un regard helvétique, in Les cahiers de droit de la santé du sud-ouest, n° 15, 2012, p. 197) et Philippe MEIER (RMA 2018, p. 457-458), il estime toutefois que la réserve de la sphère intime n'est pas fondée, la nature des informations traitées dans le contexte médical étant en principe intime. Ce point de vue est convaincant. Par ailleurs, une solution excluant de la levée du secret médical par le représentant légal des faits relatifs à la sphère intime nécessiterait de définir cette catégorie de faits et serait susceptible d'entraîner, en cas de doute sur l'attribution d'un fait à cette catégorie, des procédures de levée partielle du secret médical de nature à alourdir l'accès aux informations médicales dont le représentant légal peut avoir besoin, parfois, à brève échéance.

h. Il convient encore d'examiner si le droit de consentir à la levée du secret médical entre toujours dans les pouvoirs du représentant légal de la personne incapable de discernement. Pour les mineurs incapables de discernement, il est unanimement admis que les détenteurs de l'autorité parentale disposent de ce droit. La réponse est plus nuancée pour les majeurs incapables de discernement et dépend des pouvoirs qui ont été conférés au représentant légal (Frédéric ERARD, op. cit., p. 334 et les références citées).

S'agissant plus spécifiquement des pouvoirs du curateur de portée générale, le TPAE, se fondant sur les avis de doctrine précités de Philippe MEIER, a retenu, dans une ordonnance demeurée isolée, que le curateur nommé à une personne incapable de discernement pouvait lever le médecin de la personne concernée de son secret médical (DTAE/6378/2019 du 10 octobre 2019). Le TPAE ne semble, par la suite, plus s'être prononcé sur cette question.

Selon Frédéric ERARD et Philippe MEIER, en présence d'une curatelle de portée générale, le curateur revêt la qualité de représentant légal autorisé à lever le secret médical. En revanche, en présence d'une curatelle limitée à la représentation dans le domaine médical (art. 377 et 378 CC), la question du droit de consentir à ladite levée fait l'objet d'une controverse doctrinale (détaillée in Frédéric ERARD, op. cit., p. 334 s.). Ce point peut cependant demeurer indécis.

i. En l'espèce, le curateur a été investi des pouvoirs d'une curatelle de portée générale. Au vu des développements qui viennent d'être exposés, il est habilité à lever, au nom de M. A_____, le secret médical du Dr C_____. Partant, son seul consentement suffisait à la levée dudit secret. La commission n'était ainsi pas fondée à faire fi du consentement donné par le curateur ni d'ailleurs à lui refuser l'accès au dossier. La décision querellée sera par conséquent annulée.

Il est encore relevé que, contrairement à ce que laisse entendre la commission, la question de savoir si le curateur, en déliant du secret médical le médecin de son protégé, a agi au mieux des intérêts de celui-ci, ne relève pas de sa compétence. En effet, l'organe de surveillance de la bonne exécution du mandat de curatelle est le TPAE (art. 411, 415 et 425 CC).

Enfin, il va de soi que le curateur ne peut délier le Dr C_____ du secret médical qu'en ce qui concerne M. A_____. La levée du secret médical dû par le médecin à M. E_____ ne fait, pour le surplus, pas l'objet de la présente procédure.

Bien fondé, le recours sera admis et la décision querellée annulée.

3) Vu l'issue du litige, aucun émolument ne sera perçu et une indemnité de CHF 1'000.- sera allouée au recourant, à la charge de l'État de Genève (art. 87 LPA).

* * * * *

PAR CES MOTIFS
LA CHAMBRE ADMINISTRATIVE

à la forme :

déclare recevable le recours interjeté le 12 juillet 2021 par Monsieur A_____, représenté par son curateur, Monsieur B_____, contre la décision de la commission du secret professionnel du 1er juillet 2021 ;

au fond :

l'admet et annule la décision précitée ;

dit qu'il n'est pas perçu d'émolument ;

alloue à Monsieur A_____, représenté par son curateur, Monsieur B_____, une indemnité de procédure de CHF 1'000.-, à la charge de l'État de Genève ;

dit que, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF - RS 173.110), le présent arrêt peut être porté dans les trente jours qui suivent sa notification par-devant le Tribunal fédéral, par la voie du recours en matière de droit public ; le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14, par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi ;

communique le présent arrêt à Monsieur B_____, curateur du recourant, à Monsieur C_____ ainsi qu'à la commission du secret professionnel.

Siégeant : M. Mascotto, président, Mmes Krauskopf, Payot Zen-Ruffinen et Lauber, juges, Mme Steiner Schmid, juge suppléante.

Au nom de la chambre administrative :

la greffière-juriste :	le président siégeant :
M. Rodriguez Ellwanger	C. Mascotto

Copie conforme de cet arrêt a été communiquée aux parties.

Genève, le	la greffière :