

Christian Flueckiger, Dr iur., av.

Prof. Dominique Sprumont, Institut de droit de la santé, UniNe

# Devoirs de confidentialité des médecins du sport

## Résumé

Le respect de la confidentialité des données médicales des patients ne se limite pas à l'article 321 du Code pénal suisse. Des modalités relatives à la récolte, et à la communication et à l'accès des données, modifiées le 1<sup>er</sup> janvier 2008, sont notamment imposées par la loi fédérale sur la protection des données. Elles ont pour conséquence d'imposer des devoirs aux médecins qui peuvent paraître aller au-delà d'une activité médicale ordinaire. Mais si elles ne sont pas respectées, les médecins s'aventurent vers des sanctions pénales, administratives ou/et associatives, voire à devoir payer des dommages et intérêts.

## Abstract

Respecting the confidentiality of the patients' medical data is not limited to article 321 of the Swiss Criminal Code. Conditions under which to collect, communicate and have access to those data, revised on January 1st, 2008, are also prescribed by the Federal Law on Data Protection. As a matter of fact they impose on the physicians duties that go beyond their ordinary medical activities. But if those conditions are not respected, physicians expose themselves to criminal, administrative and/or associative sanctions, even to the risk of paying damages for their failure to respect confidentiality.

Schweizerische Zeitschrift für «Sportmedizin und Sporttraumatologie» 57 (1), 6–9, 2009

## 1. Introduction

Cette contribution commence par énumérer les principales règles de confidentialité applicables aux médecins intervenant dans les milieux sportifs. Elle poursuit par la description des plus importantes obligations de confidentialité auxquelles ceux-ci sont susceptibles d'être soumis.

Elle n'ambitionne pas de traiter exhaustivement le sujet. Elle espère juste apporter un éclairage utile sur le respect «quotidien» des règles de confidentialité par les médecins devant s'occuper de sportifs.

## 2. Règles de confidentialité imposées aux médecins

Les sportifs ne sont pas seuls à souffrir de pathologies. La protection des données médicales des sportifs souffre d'une «réglementite» aiguë, dont l'intensité de la «douleur» ne cesse d'augmenter.

Les médecins ne sont pas seulement soumis au secret professionnel, au sens de l'article 321 du Code pénal suisse, en matière de confidentialité. Ils doivent également respecter tout un éventail d'autres normes, telles que principalement:

- Article 13 Constitution fédérale (protection de la sphère privée)
- Lois fédérales et cantonales sur la protection des données
- Loi fédérale sur les professions médicales universitaires
- Articles 28 ss Code civil suisse (protection de la personnalité)
- Article 398 Code des obligations (devoir contractuel du mandataire)
- Article 328b Code des obligations (protection des données des travailleurs)
- Code médical du Mouvement olympique
- Code mondial antidopage
- Standard international pour la protection des renseignements personnels
- Code de déontologie de la FMH

## 3. Principales obligations de confidentialité

### 3.1. Indiquer clairement le but de la consultation

Les sportifs livrent régulièrement leurs données médicales à un médecin traitant<sup>1</sup> ou à un médecin-conseil<sup>2</sup>. La distinction entre ces deux catégories n'est parfois pas très facile à établir, car il n'est pas rare que des praticiens cumulent ces deux qualités envers le même sportif, et parfois au sein de la même consultation.

Lorsqu'une confusion pourrait apparaître dans l'esprit d'un sportif sur le but réel d'une consultation médicale, le médecin doit impérativement l'en informer clairement au début de l'entretien, afin qu'aucun malentendu ne puisse subsister. En effet, la loi impose que la finalité d'une collecte de données médicales soit reconnaissable par la personne concernée et pas modifiée par la suite sans obtenir préalablement son consentement<sup>3</sup>.

### 3.2. Respecter le principe de la proportionnalité

Les données récoltées par les médecins doivent se limiter à celles qui sont indispensables pour atteindre un but déterminé. Il faut une adéquation entre le but d'une récolte de données d'une part, et son étendue tant quantitative que temporelle, ainsi que le degré de sensibilité des données récoltées, d'autre part<sup>4</sup>. Autrement dit, elles doivent se limiter à celles qui sont strictement nécessaires à l'établissement d'un diagnostic ou d'une expertise médicale.

Par exemple, il est disproportionné de divulguer systématiquement un diagnostic à une caisse maladie<sup>5</sup>, mais surtout de vérifier si un patient sportif se dope, alors que cela n'est pas l'objet de la consultation.

### 3.3. Communications généralement limitées au patient sportif

La règle générale bien connue est que les médecins n'osent, sauf exception, pas communiquer les données médicales de leurs patients à des tiers<sup>6</sup>.

Les trois exceptions le plus fréquemment rencontrées dans la pratique des médecins du sport sont le consentement du patient

sportif, l'état de nécessité (devoir d'aviser) et le droit de certains tiers à connaître l'aptitude de son employé.

Préalablement, il est nécessaire de préciser que les résultats des tests de force ou de performances physiques, tel que celui du VO<sub>2</sub>max, entrent dans la catégorie des données médicales<sup>7</sup>.

Pour illustrer que les données relatives à de tels résultats sont sensibles, rappelons qu'entre 2006 et 2008, un cycliste professionnel avait un VO<sub>2</sub>max de 70 au mois de mars. Il a gagné le Tour de France en juillet de la même année.

Dans ce cas, la diffusion de cette information conduira sûrement à une atteinte à la personnalité du cycliste, car il sera sans doute soupçonné de dopage par les connaisseurs des valeurs d'un tel test.

### 3.3.1. Première exception, le consentement

Il est bien connu que le consentement doit être libre, éclairé, explicite et dans l'intérêt du patient qui le donne<sup>8</sup>.

Depuis 2008, la jurisprudence, la doctrine, les autorités fédérales et l'Union européenne admettent que le consentement des sportifs à des dispositions associatives, permettant de délier les médecins de leur secret professionnel, n'est pas valable<sup>9</sup>. Les médecins ne doivent dès lors pas transmettre des données médicales si la demande est exclusivement justifiée par une réglementation sportive.

Sont par contre moins connus les devoirs imposés aux médecins, lorsqu'un sportif médiatisé a consenti à communiquer son état de santé aux médias.

Les médecins, confrontés à ce cas de figure, doivent s'assurer de la liberté de ce consentement, d'avoir donné suffisamment d'informations à ce sportif sur les conséquences de la communication et d'avoir proposé de communiquer des données qui ne portent pas atteinte à sa personnalité<sup>10</sup>.

Ce devoir revient à imposer aux médecins le lourd fardeau d'effectuer une pesée d'intérêts entre le respect de la confidentialité des données médicales et la médiatisation d'un sportif. Surtout qu'il incombe aux médecins de prouver qu'elle a été accomplie<sup>11</sup>, même si cette pesée relève plus du domaine de la stratégie de communication que d'une activité médicale.

Il est dès lors conseillé aux médecins de manifester clairement leur volonté de se détacher d'un communiqué de presse qui ne paraît pas être dans l'intérêt du sportif, quand celui-ci reste sourd à des propos dissuasifs.

#### Tennis

##### Federer diffère son retour

Roger Federer renonce à disputer le tournoi de Stockholm la semaine prochaine. *«J'ai besoin d'un repos adéquat afin d'être à 100% pour la fin de la saison ou l'année prochaine»*, explique le N° 2 mondial. Federer, dont le programme 2008 comprend encore Madrid (dès le 13 octobre), Bâle, Paris-Bercy et la Masters Cup, demeure même évasif concernant la date de son retour. *«Pour l'instant, je ne sais pas à quel moment je serai prêt à renouer avec la compétition. J'espère pouvoir rejouer à un certain moment de l'année»*, poursuit le Bâlois, au repos depuis le 20 septembre. /si

L'Express du 2 octobre 2008, p. 21

L'exemple qui précède et celui qui suit illustrent bien la difficulté d'effectuer ladite pesée d'intérêts.

A l'heure actuelle, il s'est installé une présomption de culpabilité de dopage pour chaque sportif faisant des résultats. C'est pourquoi un sportif qui déclare ne pas s'aligner sur une compétition qu'il avait planifiée et publiquement annoncée, ne peut pas se désister sans devoir se justifier par une blessure ou une maladie. Sans quoi, le premier réflexe du public sera de penser qu'il a peur d'un contrôle antidopage, qu'il est l'objet d'une suspension ou qu'il n'a *«pas pu prendre ses doses»*.

Par conséquent, les médecins sont confrontés au dur dilemme de savoir s'il est préférable de communiquer à propos de pathologies

dont souffre un sportif médiatisé, au risque que le sportif négocie difficilement ses futurs contrats, ou de rester muet, au risque de faire naître des soupçons de dopage.

Il apparaît au vu de ce qui précède que les médecins devraient accepter prudemment le mandat de communiquer l'état de santé d'un sportif médiatisé. Lorsqu'il s'agit de sportifs très en vue, ils devraient suggérer de pouvoir s'adjoindre les conseils d'un spécialiste en communication ou refuser cette tâche.

#### Cyclisme

##### Suisse orphelins

A la veille des Mondiaux, le grand leader de l'équipe suisse a déclaré forfait. *«Fatigué, démotivé»*, Fabian Cancellara n'a pas trouvé la force – mentale – pour défendre son titre en Lombardie.

L'Express du 23 septembre 2008, p. 21

### 3.3.2. Deuxième exception, l'état de nécessité (devoir d'aviser)

Des données médicales peuvent être communiquées lorsqu'un médecin juge que la santé d'un sportif ou de tiers encoure un danger si celui-ci continue son activité<sup>12</sup>. Elles doivent impérativement se limiter à celles qui sont nécessaires pour éviter le danger<sup>13</sup>. Pour avoir plus de détails, il suffit de lire l'article 3 de l'annexe 5 du Code de déontologie de la FMH.

L'évaluation de l'existence ou non d'un danger, permettant de se prévaloir de ladite exception, ne doit pas se faire à la légère. Un médecin pourra être condamné pour violation du secret professionnel, si une absence de danger est reconnue a posteriori.

Il faut savoir qu'un collège d'experts en médecine a jugé que le fameux gynécologue espagnol, le Dr. Eufemiano Fuentes, objet de l'affaire «Puerto», n'avait pas mis en danger la santé des sportifs en pratiquant du dopage sanguin.

### 3.3.3. Troisième exception, le droit de certains tiers à connaître l'aptitude du sportif

Même si un médecin est mandaté par une fédération, une équipe ou un organisateur d'une manifestation sportive, il doit aussi respecter son devoir de confidentialité envers ces personnes.

Cependant, la loi prévoit que certains tiers, tels que l'employeur et l'organisateur d'une manifestation sportive, sont légitimés pour savoir si le sportif est apte ou non à effectuer l'activité sportive qui lui est demandée<sup>14</sup>. L'information doit impérativement se limiter par exemple, à indiquer «apte», «apte à certaines conditions» ou «inapte», voire pour les résultats d'un test de performance «en forme optimale», «en forme moyenne» ou «en méforme». Il est néanmoins possible de décrire à un employeur les activités auxquelles doit se limiter le sportif. Mais il n'est pas permis d'expliquer les raisons de cette limitation.

L'article 14 du modèle du contrat de travail de la Swiss Football League codifie d'ailleurs cette possibilité. Il prévoit que :

*«Le joueur délègue les médecins et autres professionnels de la santé consultés de leur secret professionnel à l'égard du médecin officiel de l'employeur, pour les informations médicales liées à son aptitude à effectuer son travail.»*

L'article 6.7 du Code médical du Mouvement olympique codifie lui aussi cette exception :

*«Lorsque les soignants agissent pour le compte de tiers, ils doivent limiter à l'essentiel le transfert d'informations. En principe, ils peuvent seulement indiquer l'aptitude ou l'inaptitude des athlètes à participer à l'entraînement ou à la compétition. Avec le consentement de l'athlète, ils peuvent fournir d'autres informations concernant sa participation au sport de manière compatible avec son état de santé.»*

Cette exception ne permet pas aux médecins, non mandatés par des autorités antidopage, d'informer les tiers précités qu'un sportif se dope ou non.

Cependant, rien n'empêche un médecin de se limiter à déclarer inapte un sportif parce qu'il use de produits interdits. Mais cette déclaration ne peut intervenir qu'à la suite d'un examen global

de l'aptitude du sportif. Sinon, le mandant, connaissant le but de l'examen médical, connaîtra par la force des choses la raison de l'inaptitude le cas échéant. Or, cette information va au-delà de ce qui est permis.

Les médecins ne peuvent donc pas accepter le mandat, excepté s'il est octroyé par des autorités antidopage, d'exclusivement vérifier si un sportif se dope ou non.

#### 4. Droit d'accès au dossier

La loi impose que les données récoltées sur un patient soient exactes<sup>15</sup>. Pour s'assurer que cette obligation est respectée, il est accordé un droit d'accès au dossier pour les personnes concernées par un traitement de données<sup>16</sup>.

Un patient a droit à toutes les informations contenues à son propos dans le dossier, sauf les notes personnelles du médecin.

Celles-ci ne sont pas synonyme de notes manuscrites. Le patient a non seulement droit aux courriers et aux rapports contenus dans son dossier, mais aussi à toutes les informations relatives à sa santé qui ont été recueillies de manière manuscrite.

Des informations permettant à un médecin de se souvenir d'un patient constituent, par exemple, des notes qualifiées de personnelles<sup>17</sup>.

#### 5. Sanctions possibles pour une violation de la confidentialité

##### 5.1. Collectes ou communications injustifiées

Les conséquences pour des collectes ou des communications injustifiées, au niveau pénal, sont une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire de Fr. 1 080 000 au maximum. Ces peines peuvent être remplacées par un travail d'intérêt général (TIG)<sup>18</sup>.

Peuvent s'ajouter des sanctions administratives<sup>19</sup>, telles que l'avertissement, le blâme, une amende de Fr. 20 000 au plus, une interdiction de pratiquer pendant six ans au plus ou une interdiction définitive de pratiquer à titre indépendant, ainsi que des sanctions associatives allant du blâme à la supervision, en passant par le retrait du titre FMH, voire une amende pouvant aller jusqu'à Fr. 5000<sup>20</sup>. Les médecins membres d'une association sportive sont également soumis aux sanctions prévues dans la réglementation de celle-ci.

##### 5.2. Refus du droit d'accès au dossier

La conséquence d'un refus injustifié d'accès à un dossier d'un patient est, au niveau pénal, une amende de Fr. 10 000 au maximum ou, avec l'accord de l'auteur, un travail d'intérêt général (TIG)<sup>21</sup>.

Peuvent s'ajouter les mêmes sanctions administratives et associatives que pour les collectes et communications injustifiées.

Le Tribunal fédéral a d'ailleurs confirmé un blâme infligé par l'administration genevoise à un médecin dentiste qui a refusé à un patient, pendant un an et demi, l'accès à son dossier<sup>22</sup>.

#### 6. Conclusions

Les sportifs sont des patients comme les autres. Le respect de la confidentialité de leurs données médicales est d'autant plus important que leur santé constitue leur capital.

De plus, il s'agit souvent de personnes très vulnérables dont la liberté du consentement est fort discutable.

La médiatisation toujours plus grande du bulletin de santé des sportifs n'apparaît pas être une bonne voie. Même si un sportif est considéré comme un personnage public, le respect des règles sur la confidentialité n'est pas assoupli.

Les médecins conservent l'obligation de toujours agir exclusivement dans l'intérêt du patient et doivent impérativement se rappeler que les communications justifiées à des tiers sont très limitées.

Adresse pour la correspondance:

M<sup>e</sup> Flueckiger, Docteur en droit, Grand-Rue 36bis, Boîte postale 249, CH-2108 COUVET, c.flueckiger@orangemail.ch, Tél. +41 (0)78 657 84 38

Prof. Sprumont, Uni NE, Institut du droit de la santé, Tél. +41 (0)32 718 12 80, Fax +41 (0)32 718 12 81

#### Références

- Médecins personnels du sportif, mandatés/salariés par une équipe, une fédération sportive ou un organisateur de manifestation pour soigner un sportif.
- Médecins mandatés/salariés par une équipe, une fédération sportive ou un organisateur de manifestation pour contrôler objectivement l'état de santé de sportifs.
- Art. 4 al. 3 et 4, ainsi que 7a Loi fédérale sur la protection des données (LPD).
- Flueckiger Christian, Dopage, santé des sportifs et protection des données, Schulthess, coll. CERT, vol. 1, Genève 2008, p. 64, N. 208–209; Maurer-Lambrou Urs/Steiner Andrea, Art. 4, in: Datenschutzgesetz, Helbing & Lichtenhahn, 2<sup>e</sup> éd. Bâle 2006, p. 81 s, N. 9 ss.
- Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, 12<sup>ème</sup> rapport d'activité 2004/2005, PFPDT, Berne 2005, p. 50 s.
- Art. 321 Code pénal suisse (CPS) et 12 LPD.
- Flueckiger (note 4), p. 206 s, N. 759 ss.
- Art. 4 al. 5 LPD et article 3 de l'annexe 5 du Code de déontologie de la FMH (Code FMH).
- ATF 133 III 235 (242 ss) consid. 4.3.2.2. et 4.4.4.2; Flueckiger (note 4), p. 173 s, N. 627; Rapport explicatif relatif à la révision de la loi fédérale du 17 mars 1972 encourageant la gymnastique et les sports, p. 32; Groupe de travail «article 29» sur la protection des données, avis 3/2008 sur le projet de norme internationale de protection de la vie privée du code mondial antidopage, 1<sup>er</sup> août 2008.
- Flueckiger (note 4), p. 254, N. 970 et références citées à la note 1528.
- Flueckiger (note 4), p. 168, N. 612.
- Art. 17 CPS.
- Art. 4 LPD et 17 CPS.
- Art. 328b Code des obligations et 13 Loi fédérale sur la protection des données; Flueckiger (note 4), p. 94, N. 313 et p. 98 ss, N. 320 ss.
- Art. 5 LPD.
- Art. 8 à 10 LPD.
- Flueckiger (note 4), p. 53, N. 170.
- Art. 321, 34, 37, 40 et 333 CPS.
- Art. 43 LPMéd, RS 811.11.
- Art. 45 et 47 du Code FMH.
- Art. 34 LPD, ainsi que 106 et 333 CPS.
- Arrêt du TF 2P.202/2006 du 22 novembre 2006.

