

Gestion du secret médical dans le contexte de la crise Covid 19

Analyse du Groupe d'appui territorial éthique/Covid/Normandie Suite à saisines par des familles et des soignants.

Note initiale du 5 mai 2020



EREN Espace de Réflexion Ethique de Normandie

Plan :

- 1) Nature de la saisine
- 2) Etat des lieux de la réglementation sur le secret professionnel
- 3) Positions de notre groupe territorial sur le respect du secret médical
 - a. Vis-à-vis des proches et de l'entourage
 - b. Vis-à-vis des soignants
 - c. Vis-à-vis des autorités de santé, des autorités publiques ou instances privées
- 4) Eléments de perspectives et de prospectives

NB préalable à toutes nos notes :

Le groupe d'appui territorial éthique covid Normandie tient à souligner que :

- d'une part l'exercice de la réflexion éthique en pareille situation doit intégrer les réalités pratiques et les responsabilités de santé publique.

- qu'une éthique n'intégrant pas les réalités quotidiennes, n'aurait que peu de portée auprès des citoyens et des acteurs de santé, si des principes énoncés ou des réflexions formulées n'avaient pas de sens en regard des pratiques sur le terrain.

Il convient également de souligner le risque d'une éthique procédurale qui ne serait là que pour permettre validation de règles, mais qui ne permettrait pas, y compris une fois une règle établie, de porter regard critique ou contradiction, non pas pour refuser toute règle ou contrainte, mais pour permettre d'éventuelles évolutions à travers une construction nécessairement progressive fondée sur l'intelligence collective et la confrontation.

Pour l'ensemble de ces raisons, nos notes se veulent, celles d'un temps T, évolutives, porteuses de nos doutes.

Elles se veulent également source de propositions et d'idées.

1. Nature de la saisine

Nous en avons reçu plusieurs interrogations venant de professionnels, de patients, d'associations, concernant le rapport au secret médical dans le contexte de crise Covid

Comment comprendre, appréhender et résoudre les questions de patients qui ne souhaitent pas révéler qu'ils sont porteurs :

- a. Aux soignants lors d'un retour à domicile (Auxiliaires de vie, IDE , Kiné...)
- b. A leurs proches vivants au domicile sous le même toit.

c. Aux directions d'établissements ou lieux où ils vivent

d. A plus long terme aux autorités publiques, faisant un lien avec les interrogations sur un dépistage et traçage recommandé ou obligatoire.

Par ailleurs, il nous est rapporté que certains patients refuseraient d'exposer leur statut de peur d'un confinement trop pénible, voir pour certains de l'exclusion de leur lieu de vie; ce qui renvoie aussi à des questions de précarisation.

Enfin la question est aussi posée par des professionnels de savoir s'ils peuvent refuser un soin à un patient qui, par exemple, au retour d'une hospitalisation, refuserait de les informer sur son statut covid...professionnels qui par ailleurs n'avaient toujours pas tous de moyens de protection à disposition.

2. Etat des lieux de la réglementation sur le secret professionnel

Le secret professionnel est défini, sur le plan légal par le Code Pénal, par le Code de Déontologie Médicale, et le code de la Santé Publique¹. Ces textes prévoient, le contenu du secret, les sanctions pour sa révélation, mais aussi les dérogations qui permettent de révéler certains faits dans certaines circonstances.

¹ A partir de Duguet Anne Marie, Thomas Agnès, « **Apprentissage de l'exercice médical Médecine légale et droit de la santé Le dossier médical. L'information du malade. Le secret médical** ».2005/06/1

1.1. Le Code Pénal

Le code Pénal est l'ensemble des textes répressifs, rédigés sous forme d'articles, qui sont appliqués dans les infractions à la loi. Le respect du secret professionnel n'est plus limité à certains professionnels et on parle désormais d'information à caractère secret et non plus de « secrets qu'on leur confie » : « *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* » (Article 226-13 du Code Pénal).

Pour les professionnels de santé, des dérogations légales pour révéler des éléments tenus par le secret médical persistent, par exemple:

- la dénonciation de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles, dont il a eu connaissance et qui 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.
- le signalement, avec l'accord de la victime, de sévices ou privations, sur le plan physique ou psychique qui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises².

L'épidémie de Covid -19, ne rentre pas dans ces deux catégories. Au regard du droit pénal qui impose le secret professionnel, il n'y a pas d'obligation pour un médecin d'informer les proches qu'un patient a eu le Covid 19. Le droit pénal est d'interprétation stricte. Il faudrait donc une loi expresse pour que tous les médecins soient déliés du secret professionnel lorsqu'un patient est atteint du Covid 19.

Le délit de violation du secret professionnel est constitué quand le médecin ou la personne astreinte au secret, révèle à un tiers des informations d'ordre médical, à l'exclusion bien sûr des dérogations légales².

1.2. Le Code de Déontologie Médicale

Le Code de Déontologie Médicale est l'ensemble des règles professionnelles qui régissent la profession médicale. Il a un caractère réglementaire et définit le secret professionnel. Cette obligation s'impose à tout médecin installé ou exerçant en France y compris pour l'utilisation de données à des fins de publication scientifique ou d'enseignement. Ne pas s'y conformer constitue une faute déontologique sanctionnée par l'Ordre des médecins².

Par ailleurs, l'article 12 du Code de Déontologie Médicale stipule que : « *Le médecin doit apporter son concours à l'action entreprise par les autorités compétentes en vue de la protection de la santé et de l'éducation sanitaire. Il participe aux actions de vigilance sanitaire. La collecte, l'enregistrement, le traitement et la transmission d'informations nominatives ou indirectement nominatives sont autorisés dans les conditions prévues par la loi* ».

² A partir de Duguet Anne Marie, Thomas Agnès, « **Apprentissage de l'exercice médical Médecine légale et droit de la santé Le dossier médical. L'information du malade. Le secret médical** ».2005/06/1

1.3. Le Code de la Santé Publique

Le secret concerne aussi le maintien de la confidentialité des informations détenues dans l'établissement de soins est prévu dans le Code de la Santé Publique : « *Les établissements sont tenus de protéger la confidentialité des informations qu'ils détiennent sur les personnes qu'ils accueillent* » (Article L1112-1 du Code de la Santé Publique)³.

Selon ce même Code de la Santé Publique, lorsqu'un diagnostic d'une pathologie génétique est posé, les informations concernant cette maladie peuvent être révélées à la parentèle (Article L1131-1-2 du Code de la Santé Publique).

Par ailleurs, indépendamment des dérogations au secret, il existe dans le code de la santé publique (Article D3113-6 du code de la santé publique) une liste de 34 maladies à déclaration obligatoire⁴. Par exemple, pour la tuberculose, des données comme l'initiale du patient son prénom, sa date de naissance, le code postal de son domicile, etc. sont transmises à l'ARS (voir fiche en fin de note). Il en est de même pour certaines formes de méningites, comme les méningites à méningocoque.

Cette réglementation française sur le secret professionnel peut être confrontée à la réglementation européenne qui stipule un droit à la vie : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi. » (Article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme). Ce texte serait plus favorable à la levée du secret face au danger de ne pas prévenir les personnes qui entrent en contact avec le patient covid 19 positif (entourage et personnel assurant les soins) et de leur exposition au risque d'être contaminés.

Ainsi, dans l'état actuel, aujourd'hui, pour des maladies contagieuses (prise en charge d'un patient ayant une tuberculose par exemple, ou certaines méningites), le secret médical s'impose entre les acteurs de la chaîne de soins d'un même patient mais peut (et doit) être partagé avec d'autres médecins non soignants mais habilités (assurance maladie et agences régionales de santé) afin qu'ils mettent en oeuvre des mesures collectives visant à protéger des sujets contacts (ouverture de droit, mise en oeuvre de dépistages, mesures de prévention, orientation vers les soins).

³ A partir de Duguet Anne Marie, Thomas Agnès, « **Apprentissage de l'exercice médical Médecine légale et droit de la santé Le dossier médical. L'information du malade. Le secret médical** ».2005/06/1

⁴ Santé Publique France. « Liste des maladies à déclaration obligatoire ».2019/07/11 URL : <https://www.santepubliquefrance.fr/maladies-a-declaration-obligatoire/liste-des-maladies-a-declaration-obligatoire>

Focus sur deux cas de figure pratiques mettant déjà en jeu le secret médical :

Lorsqu'un individu contracte une méningite à méningocoque, les autorités sanitaires effectuent une recherche de toutes les personnes ayant été au contact de la personne atteinte. Cette recherche a pour but de pouvoir donner aux personnes ayant été au contact, un traitement antibiotique prophylactique, et ainsi limiter chez eux le risque de survenue d'une méningite. Il faut cependant noter que l'identité de la personne ayant contracté une méningite à méningocoque est gardée dans la mesure du possible secrète.

Un deuxième cas de figure existe lors de la procédure diagnostique d'une pathologie génétique familiale. Le professionnel incite alors son patient à informer son entourage familial de sa possibilité de contracter la pathologie génétique diagnostiquée. Les modalités concernant l'information de la famille doivent être définies avant la réalisation du/des tests génétiques. Si le patient ne souhaite pas informer directement ses proches, il peut alors donner l'autorisation au médecin pour que ce dernier fournisse ces renseignements à sa place. Cette incitation à l'information se justifie par le fait que des prises en charge précoces peuvent limiter les conséquences de la pathologie.

La question du rapport au secret que pose la crise Covid n'est donc par totalement nouvelle ; dès lors que la protection de tiers est en cause.

Cependant la situation spécifique au Covid, réside dans le fait que la question devient collective et très largement populationnelle (tous les citoyens); et que la société doit donc être exigeante pour qu'aucun préjudice à court et long terme n'en découlent pour les personnes qui acceptent de partager des informations sur leur statut Covid.

Il conviendra de savoir si nous restons dans le cadre actuel des maladies à déclaration obligatoire, avec les mêmes règles de protection des patients par le fait que le partage du secret est limité et contrôlé et restreint à des médecins et acteurs de santé publique ; ou si ce partage s'élargit ; et si oui pour quels motifs, quelles finalités et risques pour les patients/citoyens.

A ce titre nous avons reçu une question de citoyens qui illustre cette problématique sur le fait de savoir si, dans le domaine assurantiel, des personnes pourraient être pénalisées dans notre société par le fait d'avoir ou de devoir révéler un antécédent de positivité Covid (d'autant qu'un débat s'ouvre sur la question d'éventuelles complications ou séquelles à long terme pour certains patients).

3. Positions de notre groupe territorial sur le respect du secret médical

a. Vis-à-vis des proches et de l'entourage

Il s'agira d'inciter le patient d'informer ses proches comme cela est recommandé dans le contexte de pathologies contagieuses.

Si le patient est récalcitrant, le professionnel de santé pourra insister sur les risques de contamination qu'engendre ce silence. Le professionnel de santé pourra notamment insister sur la responsabilité légale de son patient en cas de contamination de ses proches comme défini dans le code pénal avec le délit de mise en danger de la vie d'autrui : « *Le fait d'exposer*

directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende » (Article 223-1 du Code Pénal).

SI l'individu infecté par le covid-19 maintient son refus, il s'agira de comprendre la raison de ce positionnement. Il peut avoir peur d'être confiné dans de mauvaises conditions, d'être ostracisé et/ou maltraité. Il s'agira alors de pouvoir lui proposer un autre lieu d'hébergement pour protéger son entourage mais aussi pour le protéger de son environnement (ouverture d'hôtels ou de lieux d'hébergements de qualité, pris en charges par la collectivité).

La question demeure sur la conduite à tenir si le patient refuse d'informer ses proches. Une alternative similaire à la situation des pathologies génétiques, pourrait être que le corps médical puisse prévenir les personnes qui, à son avis, doivent savoir que la personne est ou a été dernièrement atteinte du covid 19. Dans cette situation, il semble préférable que le patient soit informé de cette communication d'informations aux proches. Une telle évolution nécessite d'être débattue et nécessiterait un cadre légal d'exception si elle était retenue.

b. Vis-à-vis des soignants

Avant d'aller plus loin, il convient de rappeler la nature des relations entre le professionnel de santé et le patient à travers le contrat médical.

La notion de contrat médical

Depuis 1936, la responsabilité médicale est classiquement une responsabilité de type contractuelle. En effet, en 1936, la cour de cassation, dans un arrêt « Mercier » a établi « qu'entre le médecin et son client, se forme un véritable contrat, comportant pour le praticien l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a jamais été allégué, du moins de lui donner des soins non pas quelconques mais consciencieux, attentifs et réserves faites de circonstances exceptionnelles, conformes aux données actuelles de la science ; que la violation, même involontaire de cette obligation contractuelle est sanctionnée par une responsabilité de même nature, également contractuelle ».

Ainsi, entre le médecin et son patient s'établi un contrat de soin.

La nature du contrat médical

C'est un contrat civil. Il n'a pas la nature d'un contrat commercial. C'est à dire que le médecin n'est pas soumis aux règles du droit commercial.

C'est un contrat oral. Aucun formalisme n'est nécessaire pour que le contrat soit établi. Il suffit que le médecin ait accepté de proposer des soins et que le patient est accepté de recevoir le traitement et le contrat s'établi.

C'est un contrat conclu *intuitu personae* (en considération de la personne). Le médecin s'engage donc à traiter personnellement le patient. Si ce n'est pas le cas, il doit avertir son patient.

C'est un contrat synallagmatique. Chacun des contractants a des obligations l'un envers l'autre.

Ainsi, le patient a comme obligation de donner et transmettre aux médecins toutes les informations dont celui juge avoir besoin pour assurer sa prise en charge.

Ainsi si le patient peut tenir des choses secrètes vis à vis de son médecin, il ne peut tenir secret des éléments indispensables à sa bonne prise en charge concernant les soins actuels et les pathologies actuelles. Le cas échéant le professionnel peut juger qu'il n'est pas en capacité de bien soigner et suivre son patient et le lui signifier

Dans le cadre de l'épidémie covid 19, ne pas révéler son statut virologique peut donc être considéré comme un manquement de la part du patient à ses devoirs dans le cadre du contrat médical. Ainsi, les professionnels assurant la prise en charge du patient pourraient refuser de le soigner si ce dernier ne veut pas révéler son statut virologique concernant le covid 19.

Cette position peut se justifier car l'ensemble des professionnels ne sont pas protégés correctement face au covid 19. Par exemple, certains ne disposent de moyens de protection adaptés uniquement en cas de patient covid 19 positif (masques entre autres). Ne pas être au courant du caractère contaminant du patient fait prendre un risque au professionnel, à sa patientèle et à son entourage, alors que ce risque aurait pu être minimisé en adoptant les mesures de prévention adéquates à la prise en charge d'un patient Covid 19 positif.

La nécessité d'informer les professionnels de santé se justifie également à l'échelle individuelle par le fait que ces données sont importantes pour que le professionnel puisse organiser des soins de qualité.

Toutefois, il faudra veiller à ce que le refus de soins de la part d'un professionnel de santé ne soit pas discriminatoire et que l'ensemble des patients puissent recevoir les soins qu'ils nécessitent.

c. Vis-à-vis des autorités de santé, des autorités publiques ou instances privées

Il existe actuellement, comme mentionné ci-dessus, un cadre de santé publique, régissant les maladies à déclaration obligatoire, dès que des tiers peuvent être exposés.

Notre groupe invite à se demander si il ne faut pas, dans le contexte de la crise Covid, s'inscrire dans ce cadre, déjà pensé pour assurer la protection des patients, en particulier le secret médical, qui n'est alors partagé qu'entre acteurs de santé, eux-mêmes astreints au secret.

Notre groupe souligne les risques potentiels de partager une donnée de santé tel que son statut Covid à d'autres acteurs ou via d'autres outils (en particulier numériques) dès lors qu'ils dérogeraient à ce secret médical et n'intégreraient pas toutes les conditions de respect des droits fondamentaux.

Enfin, dès lors qu'un citoyen est invité (voire contraint) à révéler son statut Covid dans l'intérêt général pour protéger autrui et le collectif ; il apparait important que notre société assure en regard des garanties absolues, en terme de non discriminations ou conséquences négatives à court et long terme dans tous les domaines de vie d'un citoyen (santé, travail, famille, assurance...)

4. Éléments de perspectives et de prospectives

Si l'objectif visant à inciter des individus à fournir des informations concernant leur statut covid 19 est retenu par notre société, il pourrait être mis en place un programme d'éducation et de promotion de la santé des patients/citoyens, accompagnant l'annonce d'un résultat de test, lors d'une consultation ou avant leurs sorties d'hôpital par exemple. Ce programme sera d'autant plus important qu'il permettra de clarifier certaines informations sur le covid-19 ; de sensibiliser les citoyens sur la nécessité d'informer les professionnels de santé qui s'occupent d'eux, ou de médecins de santé publique dans l'intérêt commun ; mais aussi de leur assurer toutes les garanties visant à les protéger de tout effet négatif ou discrimination.

Ce type de questionnement nous oblige à réfléchir à la qualité des informations qui sont diffusées au grand public en particulier concernant la protection de leurs droits fondamentaux, et à la sécurisation des moyens mis en place pour améliorer cette transmission d'informations. Il convient de s'assurer qu'un patient covid positif qui accepte de transmettre de révéler son statut virologique vis-à-vis du covid 19 dans l'intérêt général n'aura par la suite aucun préjudice à avoir transmis cette information. Par exemple il faudrait s'assurer qu'à long terme un patient covid positif n'aura pas de pénalités lorsqu'il souscrit un contrat d'assurance.

Par ailleurs, un autre volet de l'information grand public consiste à éviter toute fausse information pouvant donner lieu à des conduites discriminatoires et/ou de stigmatisation, qui pourraient être la cause du silence de certains patients concernant leur statut covid.

L'ajout du covid 19 sur la liste des maladies à déclaration obligatoire a un intérêt pour effectuer le suivi épidémiologique de la pathologie et protéger au niveau collectif comme le mentionne le droit à la vie (Article 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme), mais nécessite d'accompagner les problématiques de confrontations entre le niveau individuel avec « Le droit à la vie privée du patient » et le « droit à ne pas faire l'objet de discrimination ».

Pour aller plus loin :

Moutel Grégoire, Suzat Bertille, Grandazzi Guillaume, « Le refus de soins, des situations complexes », La revue de l'infirmière, 2020/2.

Raoul-Corneil Gilles, Rigaud Jean-Philippe, Moutel Grégoire, « Le secret et l'information sur les maladies graves transmissibles », Revue générale de droit médical, 2012/6.

Santé Publique France, « Maladies à déclaration obligatoire » 2019/07/11

URL : <https://www.santepubliquefrance.fr/maladies-a-declaration-obligatoire>

*Note rédigée par Maud Charvin et Grégoire Moutel
en collaboration et avec les contributions du groupe d'appui territorial éthique covid Normandie*