

Secret médical et encaissement de créances d'honoraires

Considérations concernant l'arrêt du tribunal de district de Zurich du 9 septembre 2003

Robert Gmür, service juridique de la FMH

Introduction

Le cas d'espèce

Le 9 septembre 2003, le tribunal de district de Zurich a condamné un gynécologue à une amende de Fr. 700.– pour cause de violation du secret professionnel. Le médecin avait transmis une créance d'honoraires à une entreprise spécialisée sans l'accord de la patiente ou sans la levée du secret professionnel par l'autorité supérieure. Dans ce contexte, le bureau d'encaissement a pris seulement connaissance des coordonnées personnelles de la patiente, de la date du traitement et du montant de la facture. N'ayant pas fait l'objet d'un recours, le jugement est ainsi entré en vigueur.

Procédure

Je commencerai par traiter la question de savoir si une poursuite indique un traitement médical, puis de la question générale de savoir si une consultation médicale est soumise, à elle seule, au secret médical, et comment un médecin peut, le cas échéant, être délié du secret professionnel. J'achèverai mon article par une conclusion et des recommandations concrètes.

Une poursuite indique-t-elle un traitement médical?

Lorsqu'un médecin engage une poursuite contre un patient, il doit indiquer le nom et l'adresse du débiteur de même que le montant et le motif de la créance. Ces mêmes données – et uniquement celles-ci (!) [1] – sont également indispensables au bureau d'encaissement chargé du recouvrement de la créance et, le cas échéant, de la mise aux poursuites du débiteur.

Y a-t-il déjà violation du secret professionnel? Pas forcément, comme le Tribunal fédéral l'a arrêté dans un cas semblable concernant le secret professionnel d'un avocat [2]. Certes, on a estimé dans cet arrêt qu'un mandat liant un avocat et un client était soumis au secret professionnel par le simple fait d'exister. Néanmoins, le TF a

acquitté l'avocate concernée parce que la mention «honoraires» ou «facture» sur la demande de poursuite ne permet pas de conclure obligatoirement à une relation contractuelle entre la personne mise aux poursuites et l'avocat: le terme «honoraires» pourrait aussi être compris comme indemnité pour une activité au sein d'un conseil d'administration ou pour une prestation scientifique ou artistique ne tombant pas sous la protection du secret professionnel.

Par conséquent, si le médecin mentionne dans le mandat d'encaissement ou la demande de poursuite exclusivement les coordonnées du patient et comme motif de la créance «facture du...» et le montant, en passant sous silence toute indication, superflue selon le droit de la poursuite, concernant le traitement (donc aucune mention de la date de traitement, aucune formulation telle que «facture pour le traitement du...»), le secret professionnel ne serait pas violé d'après la jurisprudence du Tribunal fédéral. Les médecins peuvent, eux aussi, exercer à l'occasion une activité lucrative en-dehors des consultations médicales (recherche scientifique, conférences, articles spécialisés, etc.).

Il est bien clair qu'à une date ultérieure, au plus tard à la présentation de la créance devant le tribunal, après une opposition éventuelle du patient mis aux poursuites, le traitement et ses détails devront obligatoirement être communiqués. On n'échappe alors pas à une levée du secret professionnel (voir ci-après). Ce cas n'est toutefois pas courant dans la pratique: en raison des montants en général peu élevés [3], de nombreux médecins renoncent à s'engager sur la voie judiciaire après des essais d'encaissement infructueux.

La consultation médicale est-elle un acte secret?

Dans le cas soumis au jugement du tribunal de district de Zurich, le médecin a clairement rempli la rubrique «date de traitement» dans le mandat remis au bureau d'encaissement, en

révélant ainsi implicitement que la femme mise aux poursuites avait bénéficié d'un traitement médical. La question de savoir si ce fait lui-même est soumis au secret médical est débattue. Le Tribunal fédéral y a déjà répondu par l'affirmative pour le secret d'avocat également réglé à l'article 321 du Code pénal, comme mentionné plus haut, toutefois de manière forfaitaire, mais précisément sans approfondir la question.

La doctrine est loin de faire l'unanimité. Pour les uns, aucun secret n'est violé [4]. Pour d'autres, le secret professionnel est aussi valable par le simple fait de la consultation médicale [5]. La grande majorité estime que la notion de secret ne peut pas être simplement fixée de manière schématique, mais qu'elle doit être définie en fonction du contexte [6]. Le patient n'accorde en général aucune importance à ce que l'on sache qu'il s'est rendu chez un médecin. La consultation médicale est tellement ancrée dans le quotidien que le patient ne manifeste en général pas la volonté ni l'intérêt à la garder secrète. La situation est toute autre quand la spécialisation du médecin permet de déduire une maladie stigmatisée par la société. C'est particulièrement le cas pour la psychiatrie et l'oncologie, éventuellement aussi pour l'urologie et la dermatologie/vénérologie.

Il est révélateur que les tribunaux n'ont jamais eu à traiter cette question, à l'exception du jugement dans le cas d'espèce, malgré les centaines de milliers de poursuites «non consenties». Le tribunal du district de Zurich n'a malheureusement pas saisi l'occasion d'approfondir cette question. Il a plutôt mis en parenthèses la littérature [7] en général pour s'appuyer largement sur le guide du préposé fédéral à la protection des données et arrêter que «le domaine médical spécialisé de l'accusé permettait sans autres de tirer des conclusions sur le genre de traitement dont avait bénéficié la personne lésée en tant que patiente» (traduction de l'arrêt, chiffre III 1, page 15). De prime abord, ce passage de l'arrêt donne l'impression que la notion de secret est relative et sa formulation laisse supposer que le tribunal de district aurait acquitté un médecin de premier recours. Le tribunal aurait alors dû poursuivre dans cette voie et considérer que des gynécologues indépendants assument aussi la fonction essentielle de médecins de premier recours et qu'une femme en traitement gynécologique relève tout autant de la quotidienneté qu'une personne allant consulter un généraliste ou un interniste [8].

Résultat intermédiaire: la question de savoir s'il faut passer sous silence une consultation médicale ou non et donc si le secret professionnel

doit être respecté, dépend des circonstances. Dans le cadre d'une poursuite, ce n'est en général pas le cas, à l'exception de certaines spécialisations qui permettraient de déduire que le patient bénéficie de traitements inhabituels et stigmatisés par la société. Dans ce cas et vu que dans le doute, il vaut mieux envisager un cas exceptionnel, un médecin n'hésitera pas à se faire aussi libérer du devoir de garder le secret pour révéler le fait d'une consultation médicale.

Levée du secret professionnel

Aperçu

Selon l'art. 321 du code pénal, le médecin n'est pas astreint au secret professionnel,

- si le patient lui a donné son consentement;
- si l'autorité supérieure l'a autorisé à le révéler ou
- si une disposition de la législation fédérale ou cantonale l'y oblige ou l'autorise.

Consentement du patient

Apparemment il est illusoire de demander à un patient mauvais payeur s'il consent à la levée du secret professionnel avant d'engager des mesures d'encaissement. Quels sont les moyens à disposition ici?

Consentement par formulaire

Le médecin pourrait obtenir le consentement à titre préventif, déjà avant le début du traitement. Le consentement peut être donné oralement ou par écrit; aujourd'hui déjà, on trouve dans de nombreux cabinets médicaux des formulaires ad hoc, généralement en relation avec l'enregistrement en tant que patient. Cette solution est aussi agréée par le préposé fédéral à la protection des données (PFPD) [9]. Il faut néanmoins prendre garde au fait que les formulations très générales, appliquées ici et là, ne répondent pas aux exigences du PFPD. Ce dernier estime que le bureau d'encaissement doit être nommément indiqué dans le formulaire de consentement et qu'un accord séparé doit être obtenu pour chaque instance ou transmission éventuelle de données dans le cadre du recouvrement d'une créance [10].

La «solution» consistant à faire signer encore un autre formulaire par le patient au début du traitement ne convainc pas. En premier lieu, il n'est pas correct de communiquer sa méfiance à titre préventif alors que la plupart des patients veillent à régler leurs factures dans les délais. La proposition du PFPD étonne toutefois aussi sur le plan juridique [11]:

- A un autre endroit, le PFPD souligne à juste titre que le patient doit «pouvoir décider librement et sans pression s'il veut donner son consentement» [12]. Avouons-le: dans quelle mesure le patient nécessitant un traitement peut-il encore décider librement de la transmission de données au bureau d'encaissement? Ne va-t-il pas, au contraire, signer n'importe quoi pour ne pas passer pour un procédurier? A l'inverse, on se demande comment un médecin doit réagir lorsqu'un patient refuse de signer. Doit-on y voir un signe révélant un mauvais payeur et alors refuser de soigner ce patient, exception faite des cas d'urgence qui ne laissent pas le temps, quoiqu'il en soit, à la signature de tels formulaires?
- Dans combien de langues le formulaire doit-il être établi?
- Une fois donné, le consentement est-il valable pour toujours et pour tous les traitements ou doit-il être demandé à chaque nouveau traitement?
- Que se passe-t-il lorsque le médecin change de bureau d'encaissement? Doit-il à nouveau demander l'ensemble des consentements?
- Finalement, on doit être conscient que le patient peut en tout temps révoquer avec effet immédiat le consentement une fois donné. Il pourrait donc, par exemple, signer le formulaire lors de la première consultation puis révoquer son consentement à la fin du traitement ou à la réception de la facture ou du premier rappel.

Consentement tacite

Sur le plan juridique, le consentement du patient n'est pas lié à une forme déterminée. Il peut être donné expressément (par écrit ou oralement) ou aussi de manière tacite. A mon avis, un patient qui ne réagit pas à la menace expressément dite d'une transmission de sa facture à des tiers pour l'encaissement et/ou la mise aux poursuites approuve tacitement que ces tiers prennent connaissance de la consultation médicale et du montant des honoraires. Néanmoins, on ne pourra pas non plus conclure rapidement à un consentement tacite. De ce fait, il est recommandé d'indiquer nommément un bureau d'encaissement dans le dernier rappel.

Sollicité, le PFPD s'est montré sceptique devant cette solution [13]. Apparemment, il préfère le consentement exprès, donné sous la pression de la situation de santé et éventuellement oublié depuis longtemps, à un consentement tacite obtenu dans une situation concrète de poursuite. La question de savoir comment un tribunal jugerait cette solution reste posée.

La levée du secret professionnel par l'autorité supérieure

Une autre possibilité consiste à obtenir la levée du secret professionnel par l'autorité supérieure. En règle générale, il s'agit de la direction cantonale de la santé publique et souvent du médecin cantonal. La demande doit être envoyée par écrit; certains cantons ont imprimé des formulaires ad hoc. Parce que les intérêts en jeu sont clairement établis, l'autorité répond en règle générale favorablement aux demandes [14]. La procédure est réglée de manière différenciée, à la suisse, selon les cantons [15]; elle devient particulièrement compliquée lorsque, dans le cadre du droit à être entendu, le patient peut prendre position et que la décision lui est communiquée avec indication des voies de droit, comme la doctrine et la jurisprudence l'exigent mais que la plupart des cantons ignorent dans la pratique [16].

Eu égard à cette procédure dispendieuse, il vaut la peine de jeter un coup d'œil à ce qui est pratiqué: en 2002, les deux bureaux d'encaissement nationaux FMH Inkasso Services et Inkassomed (partenaires de la Caisse des médecins) ont traité env. 71 000 cas d'encaissement (réceptionnés); on peut encore y ajouter les cas de quelques bureaux d'encaissement locaux. Malgré ces chiffres impressionnants, les demandes de levée du secret professionnel ont été très peu nombreuses. Dans certains cantons, les autorités de la santé publique, pour autant qu'elles aient été confrontées à ce problème, sont même d'avis qu'une telle libération n'est pas nécessaire pour résoudre les litiges dus à des honoraires impayés [17]. Seul le canton de Zurich constitue une exception, quoi qu'ici aussi, le nombre des demandes soit bien inférieur à celui de ces cas de poursuites [18].

Si tous les médecins devaient choisir de manière conséquente la voie de la levée du secret professionnel par l'autorité – ce qui n'est, bien évidemment, qu'une pure réflexion théorique – les autorités cantonales de la santé publique seraient quotidiennement submergées par de telles demandes. Beaucoup trop de paperasserie par rapport aux intérêts en jeu de la protection de la personnalité (je le répète: il s'agit de savoir si un bureau d'encaissement ou un office des poursuites peut prendre connaissance du fait qu'une personne est allée en consultation médicale). Compte tenu de la situation financière désastreuse des pouvoirs publics, il ne fait aucun doute que les autorités doivent examiner si elles ne peuvent pas résoudre le problème avec une levée forfaitaire du secret médical pour litiges d'honoraires [19].

Conclusion et recommandations

Lorsque vous transmettez une créance d'honoraires au bureau d'encaissement ou à l'office des poursuites, vous encourez le risque de révéler qu'un patient a suivi un traitement dans votre cabinet médical. A lui seul, ce fait peut déjà être soumis au secret médical, avant tout si votre spécialisation permet de déduire plus ou moins la nature de la maladie. Que faire?

Solution juridique

Suivez strictement la pratique appliquée par les avocats et reconnue par le Tribunal fédéral et évitez de mentionner le traitement médical dans le mandat d'encaissement et/ou la demande de poursuite. En particulier, n'indiquez pas la date de traitement, parfaitement superflue (voir ci-avant). Le risque qu'un tribunal évalue, pour les médecins, la situation juridique autrement que pour les avocats pour une raison quelconque, est à mon avis minime. Néanmoins, cette procédure nécessite une discipline administrative et une bonne instruction du personnel de cabinet médical, car le fait de donner des renseignements par inadvertance est vite arrivé au moment de remplir des mandats d'encaissement ou des demandes de poursuites. En outre, vous devez être

conscient qu'une levée du secret médical est nécessaire au plus tard pour le recouvrement de la créance par voie judiciaire, rarement empruntée par les médecins en raison des montants en jeu relativement petits.

Consentement par formulaire

Si vous trouvez cela trop délicat ou trop compliqué au vu des nombreux cas d'encaissement, vous pouvez choisir la solution du consentement de routine au moyen de la formule d'enregistrement. Comme cette procédure a été agréée par le PFPD, vous n'avez à coup sûr pas à craindre une procédure pour cause de violation du secret professionnel [20]. Néanmoins, vous serez bien avisé d'appliquer de manière conséquente, le cas échéant, les suggestions du PFPD (voir ci-avant). La formulation proposée dans l'encadré s'aligne sur les renseignements donnés par le PFPD à la FMH, mais en tenant compte des deux variantes appliquées habituellement au cabinet médical en collaboration avec les bureaux de décompte et d'encaissement extérieurs.

Le consentement figurant sur le formulaire peut, par exemple, être imprimé et rempli au verso de la feuille de données personnelles au moment de l'enregistrement. Vous pouvez évidemment aussi utiliser un formulaire séparé,

Texte-type pour consentement par formulaire

Chère patiente, cher patient,

Afin de pouvoir me concentrer sur mon activité médicale, j'en confie l'aspect administratif à des bureaux spécialisées, en particulier concernant le domaine de la comptabilité (facturation, contrôle des débiteurs, encaissement, comptabilité, etc.).

Bien entendu, je transmets à ces bureaux uniquement les informations et données qui leur sont nécessaires pour accomplir leurs tâches. De ce fait, je vous prie de confirmer par votre signature que vous donnez votre accord à ce mode de faire.

- (variante pour la facturation confiée à un bureau spécialisé [p.ex. Caisse des médecins, medipa]): J'accepte que le Dr ABC transmette les données nécessaires pour la facturation et l'encaissement à (nom/adresse du bureau de facturation) ou au centre d'encaissement dudit bureau (nom/adresse du partenaire du bureau de facturation).
(variante pour la facturation par le cabinet médical/transmission des cas en retard au bureau d'encaissement): J'accepte qu'en cas de retard de paiement, le Dr ABC transmette les données nécessaires à l'encaissement à (nom/adresse du bureau d'encaissement).
- D'autre part, j'accepte que (nom/adresse du bureau d'encaissement) donne à l'office des poursuites, en cas de non-paiement de ma facture, les indications nécessaires à la poursuite.
- Enfin, j'accepte que mon médecin donne au tribunal concerné, le cas échéant, les indications nécessaires pour faire valoir sa créance.

Je prends connaissance du fait que mon médecin, si je refusais mon consentement, peut demander la levée du secret professionnel à son autorité supérieure (direction cantonale de la santé publique) pour l'encaissement, la mise aux poursuites et la procédure judiciaire.

Lieu, date

Signature

avant tout si vous ne voulez pas l'utiliser de façon systématique, mais par exemple uniquement pour des patients nouveaux ou inconnus et/ou des patients réputés mauvais payeurs, selon l'expérience faite.

Levée du secret par l'autorité

Si vous voulez éviter, pour vous-même et vos patients, les tracas du formulaire et pouvoir agir malgré tout en conformité avec la loi sur la protection des données lors de problèmes d'encaissement, vous choisirez le «standard d'or» et demanderez à l'autorité supérieure de vous libérer du secret professionnel dans chaque cas en particulier et ce, déjà avant de vous adresser à un bureau d'encaissement. Nous vous recommandons cette voie avant tout si vous avez la chance d'avoir rarement des difficultés d'encaissement, et si vous avez décidé d'emblée de recouvrer vos créances aussi par voie judiciaire, s'il le faut.

Références

- 1 Bien entendu, il ne s'agit pas que le médecin joigne, par confort ou négligence, une copie de la facture avec des positions détaillées et évent. le code du diagnostic à la demande de poursuite ou d'encaissement. L'office des poursuites ou le bureau d'encaissement n'a pas besoin de ces données et leur transmission est de toute façon contraire à la loi.
- 2 Arrêt non publié du 31 juillet 2001 (2P.144/2001).
- 3 Le montant moyen d'une facture médicale est de 260 à 300 francs, avec des écarts saisonniers et partiellement de grandes différences selon le domaine spécialisé (source: Caisse des médecins, renseignement du 20 février 2004).
- 4 Noll P, Das ärztliche Berufsgeheimnis im Schweizerischen Strafrecht; dans: Peter H (éd.) Schweizerische Beiträge V. Congrès international de droit comparé, Zurich 1958, page 233ss; Steinauer P-H, Protection des données de la personnalité et le secret médical dans le contexte des nouveaux médias et de l'informatique, dans: Schweizerische Stiftung Telemed, Medizinische Informatik in der Schweiz, Bâle 1986, page 106ss.
- 5 Langmark H, Die Strafrechtliche Schweigepflicht des Arztes, dans: ZStR 1972, p. 71.; BSK code pénal II / Oberholzer N, Art. 321 N. 10; Der Schweizerische Beobachter (éd.), Ratgeber Patientenrecht, 2^e édition. Zurich 1998, p. 104, toutefois aussi avec un exemple relativisant (consultation psychiatrique). Dans l'absolu, éventuellement dans le contexte traité (enquête policière), par Gmür R, Consulter un médecin, est-ce du domaine secret? BMS 1987, p. 413.
- 6 cf. Les explications détaillées et approfondies de Druey J-N, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich 1995, p. 257ss., 273ss.; cf. «Berufsgeheimnis» p. 384ss. (à lire p. 185, Fn. 133). Pour le fait de la consultation médicale Russek R, Das ärztliche Berufsgeheimnis, Bern 1954, p. 42;
- 7 Boll J, Die Entbindung vom Arzt- und Anwaltsgeheimnis, Diss. Zürich 1983, p. 3; Datenschutz im Medizinalbereich. Bericht einer vom Bundesamt für Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe, Bern 1984, p. 67; Gmür R, Communication d'informations concernant les patients aux caisses de médecins, services de comptabilité et offices d'encaissement, BMS 1993, p. 552ss.; Brühwiler-Frésey LS, Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht, Zürich 1996, p. 216s.
Le préposé fédéral à la protection des données (PFPD) soumet certes la consultation médicale «en soi» au secret médical mais il le relative tout aussitôt: «[...] particulièrement prudent lorsque la spécialité du médecin permet de déduire directement le genre de traitement (par ex. un psychiatre ou un oncologue/spécialiste des tumeurs)» (Guide pour le traitement de données personnelles dans le domaine médical, Berne 1997, p. 24).
- 8 Dans ce sens, l'exemple chez Brühwiler-Frésey, op. cit., p. 216 est tout autant insignifiant.
- 9 PFPD, Guide, p. 24; renseignement du PFPD à la FMH du 28 février 2003.
- 10 Renseignement du PFPD à la FMH du 28.2.2003.
- 11 Nous avons posé ces questions au PFPD, lequel n'a pas souhaité entrer en matière «par manque de personnel qualifié».
- 12 PFPD, Guide, p. 22.
- 13 Renseignement du PFPD à la FMH du 28 février 2003.
- 14 Beobachter-Ratgeber, op. cit., p. 118; Boll, op. cit., p. 63.
- 15 Aperçu chez Ummel M, Restellini J-P, Les instances de levée du secret médical en Suisse, RSJ 1994 (21) 361.
- 16 ATF 91 I 204; Boll, op. cit., p. 60; Ummel/Restelli, op. cit., p. 363s.
- 17 Brühwiler-Frésey, op. cit. p. 217.
- 18 En l'espèce, le tribunal de district de Zurich a d'ailleurs établi que la pratique observée par la direction de la santé publique, consistant à la levée du secret professionnel uniquement pour les mandats d'encaissement donnés à des avocats mais pas à des bureaux d'encaissement, était indéfendable.
- 19 Remarque critique à cet égard chez Karin Keller, op. cit., p. 151.
- 20 Un juge scrupuleux pourrait conclure que le consentement figurant sur le formulaire est contraire à la loi pour cause d'absence d'opinion formulée librement et que ce consentement est donc sans importance. Ce juge constaterait toutefois que le médecin concerné a violé objectivement le secret médical mais l'acquitterait pour cause d'erreur de droit.