

Micaela Vaerini, Guy Longchamp, José-Miguel Rubido (Éditeurs)

Le droit des personnes âgées

2

Personnes âgées en EMS

Stéphane Abbet
Joséphine Boillat
Marie Cherubini
Conseil d'éthique de Héviva
Amaelle Gavin
Micaela Vaerini
Stéphane Werly



Stämpfli Editions

**PRO
SENECTUTE**

Pour les personnes âgées, l'entrée dans un établissement, tel qu'un EMS, est un moment très délicat et souvent difficile à vivre, tant parce que cette solution est plus fréquemment dictée par la nécessité que par la volonté de la personne âgée, que parce qu'elle représente un changement radical de vie pour la personne âgée et pour ses proches. Le but de ce deuxième volume de la collection « Droit des personnes âgées » est de présenter sous plusieurs angles – juridique, psychologique et éthique – les problématiques les plus importantes touchant les personnes âgées en EMS.

Seront ainsi traitées les questions de la protection de la personnalité des résidents, de la protection de leurs données et des poursuites en EMS. La question de la sexualité des résidents sera elle aussi examinée, tant du point de vue juridique que psychologique. Le sujet délicat des mesures de contrainte sera présenté en mettant l'accent sur ses enjeux éthiques. Enfin, une large place sera accordée à la garantie des droits fondamentaux en EMS, notamment la liberté religieuse.

Personnes âgées en EMS

Contributions de

Stéphane Abbet

Joséphine Boillat

Marie Cherubini

Conseil d'éthique de HévivA

Amaelle Gavin

Micaela Vaerini

Stéphane Werly



Stämpfli Editions

Ce livre est protégé par le droit d'auteur. Toute forme de distribution à des tiers (à titre onéreux ou gratuit) est interdite. Le fichier contient un filigrane caché dans lequel les données de téléchargement sont stockées.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek
La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Editions SA Berne · 2022
www.staempfliverlag.com

E-Book ISBN 978-3-7272-6996-7

Dans notre librairie en ligne
www.staempflishop.com, la version suivante est également disponible :
Print ISBN 978-3-7272-3527-6

printed in
switzerland



Avant-propos

Que faire si ...

... je ne me sens plus bien et je ne peux plus exprimer moi-même mes souhaits ? Répondre à ces questions mais aussi à d'autres qui se posent lorsque l'on remplit ses directives anticipées ou un mandat pour cause d'incapacité prend du temps. Il en faut également pour réaliser l'importance de régler ses dispositions personnelles, aussi dans le cas d'une entrée en institution.

Un sondage représentatif réalisé par gfs-Zürich montre que de plus en plus de personnes souhaitent régler clairement leurs volontés en cas d'urgence. C'est important, car l'incapacité de discernement peut survenir à tout âge et à tout moment.

La pandémie du coronavirus a justement montré à quel point il est important pour chacune et chacun d'entre nous d'avoir une discussion sur nos souhaits personnels de traitement en cas d'urgence le plus tôt possible.

L'enquête montre également que l'on fait confiance à la compétence de Pro Senectute en matière de conseil en dispositions personnelles. Pour qu'il en soit toujours ainsi, nous sommes actifs à plusieurs niveaux. Le présent ouvrage en est un exemple.

Nous vous en souhaitons une bonne lecture.



Alain Huber
Directeur de Pro Senectute Suisse/Secrétaire romand

Table des matières

| | |
|--|------------|
| Avant-propos | V |
| Table des matières | VII |
| JOSÉPHINE BOILLAT/STÉPHANE WERLY | |
| La protection des données personnelles dans les EMS | 1 |
| STÉPHANE ABBET | |
| Poursuites en EMS | 31 |
| MARIE CHERUBINI | |
| Les droits fondamentaux des personnes âgées en EMS | 41 |
| MARIE CHERUBINI | |
| La liberté religieuse en EMS | 73 |
| MICAELA VAERINI | |
| Les violations des droits de la personnalité des personnes âgées en EMS | 95 |
| AMAELE GAVIN | |
| Intimité et sexualité des personnes âgées en institution | 175 |
| CONSEIL D'ÉTHIQUE DE HÉVIVA | |
| Mesures de contrainte en EMS : recommandations et réflexions du Conseil d'éthique de Héviva | 207 |
| Bibliographie | 243 |

LA PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES DANS LES EMS

Par

JOSÉPHINE BOILLAT

Titulaire du brevet d'avocat

Préposée cantonale adjointe à la protection des données et
à la transparence du canton de Genève

et

STÉPHANE WERLY

Docteur en droit

Professeur à la Faculté des lettres et sciences humaines
de l'Université de Neuchâtel

Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence
du canton de Genève

Table des matières

| | | |
|------|---|----|
| I. | Introduction..... | 2 |
| II. | Les textes consacrant la protection des données personnelles | 4 |
| | A. Les sources internationales | 4 |
| | B. Le droit suisse | 8 |
| | 1. Le droit fédéral | 8 |
| | a) La Constitution fédérale du 18 avril 1999..... | 8 |
| | b) La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 et la loi révisée du 25 septembre 2020..... | 9 |
| | 2. Le droit cantonal..... | 10 |
| | a) Les constitutions cantonales..... | 10 |
| | b) Les lois cantonales | 11 |
| | 3. La délimitation entre le droit fédéral et le droit cantonal | 13 |
| | 4. Les règles spéciales applicables | 14 |
| III. | Les principes de protection des données personnelles | 16 |
| IV. | Les droits des résidents sur leurs données personnelles..... | 18 |
| | A. Le droit d'accès | 18 |
| | 1. En général..... | 18 |
| | 2. Le dossier médical..... | 19 |
| | 3. Le résident décédé..... | 21 |
| | B. Les autres prétentions | 22 |
| | C. La transmission de données personnelles | 23 |

| | | |
|-----|---|----|
| V. | La cybersanté et les gérontechnologies..... | 24 |
| | A. Le dossier électronique du patient | 25 |
| | B. Les objets connectés | 27 |
| VI. | Conclusion | 29 |

I. Introduction

Lorsqu'une personne entre dans un établissement médico-social, plusieurs informations la concernant directement sont susceptibles d'être traitées par les soignants (médecins, chiropraticiens, physiothérapeutes, ergothérapeutes, infirmiers, psychologues, diététiciens, ostéopathes, aides en soins, auxiliaires de santé) ou l'encadrement administratif (direction, comptables, secrétaires, cuisiniers, animateurs, assistants socio-éducatifs, nettoyeurs). Nom, prénom, photographie du visage, date et lieu de naissance, nationalité, état civil, numéro de téléphone portable, adresse mail, numéro AVS, allergies alimentaires, confession, ou encore éléments relatifs à la santé constituent des données personnelles.

Or, ces informations constituent assurément un bien précieux pour chaque être humain. Sur le plan matériel, elles intéressent les entreprises, dans la mesure où elles sont susceptibles de valoir un intérêt économique, ces dernières pouvant cibler précisément une stratégie publicitaire ou tracer des profils de personnalité individuels. Sur le plan conceptuel, chacun doit pouvoir disposer librement de ses données personnelles et donc déterminer lui-même, dans toute la mesure du possible, celles qui peuvent être transmises, à qui elles peuvent l'être, à quel moment et dans quel contexte¹.

En sus des données personnelles « ordinaires » (art. 3 let. a LPD² ; art. 5 let. a nLPD³), les données personnelles sensibles recourent : les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales ; la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race ; des mesures d'aide sociale ; des poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 let. c LPD), ainsi que les données génétiques et les données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque (art. 5 let. c nLPD). Elles doivent bénéficier d'une protection particulière, car elles sont susceptibles d'attenter aux libertés

¹ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/gesundheit/dossier-medical-et-droit-d-acces.html, consulté le 15 mars 2022.

² Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 ; RS 235.

³ Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020, dont l'entrée en vigueur est prévue en 2023 (FF 2020 7397).

fondamentales ou à la vie privée⁴. Il en va de la sorte des données de santé d'un résident, soit de toutes « les informations concernant une personne déterminée ou déterminable qui ont un lien avec son état de santé ou sa maladie, données génétiques comprises » (art. 3 let. f LRH⁵) : notes sur le déroulement d'un traitement, descriptions de symptômes, diagnostics, médicaments prescrits, réactions, résultats d'analyses, radiographies, déclaration d'aptitude ou d'inaptitude⁶.

Quand des données personnelles d'un résident sont traitées, soit collectées, conservées, exploitées, modifiées, communiquées, archivées ou détruites (art. 3 let. e LPD ; art. 5 let. d nLPD), certaines conditions doivent être remplies, les moyens et procédés utilisés important peu. Parmi elles, le principe de la proportionnalité exige que le traitement implique le moins de données personnelles possible, soit jamais plus que le strict nécessaire. Le résident possède aussi le droit d'accéder à ses données personnelles et de faire valoir des prétentions à cet égard (constatation du caractère illicite du traitement, rectification, destruction, etc.).

Si des précautions doivent être prises par les responsables et collaborateurs de l'établissement lors du traitement de données personnelles d'un résident, il peut survenir quelques difficultés pratiques, en raison des différents textes légaux qu'il convient d'appliquer. En effet, le home peut revêtir un statut de droit public ou de droit privé, relevant alors du droit public cantonal ou du droit privé fédéral (LPD). Sans compter le statut des médecins et de leurs auxiliaires, lesquels peuvent être astreints tant au secret professionnel qu'au secret de fonction.

La présente contribution entend guider ceux qui traitent des données personnelles des résidents d'EMS, afin de garantir une utilisation des informations qui soit conforme aux lois idoines. En premier lieu seront abordés les textes consacrant la protection des données personnelles. Seront ensuite traités les principes de protection des données personnelles. La troisième partie s'attellera aux droits des résidents sur leurs données personnelles. Dès lors que les EMS sont des institutions qui accueillent des personnes en principe en âge de bénéficier d'une rente de vieillesse au sens de l'art. 21 LAVS⁷ et dont l'état de santé physique ou psychique exige des aides et soins sans justifier un traitement hospitalier⁸, l'accent sera mis sur les données médicales.

⁴ CELLINA, N 156 ; EIGENMANN/FANTI, p. 196 ; GUILLET-DAUPHINÉ/VAUTIER/EIGENMANN, p. 32 ; MEIER, N 469.

⁵ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011 ; RS 810.30.

⁶ EIGENMANN/FANTI, p. 197 ; FLÜCKIGER, N 195 ss ; Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, p. 4.

⁷ Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants du 20 décembre 1946 ; RS 831.10.

⁸ Voir à ce propos la définition retenue par l'art. 4 al. 1 de la loi sur la gestion des établissements pour personnes âgées du 4 décembre 2009 (LGEPA-GE ; RS/GE J 7 20).

Finalement, nous nous intéresserons à la cybersanté sous deux angles principaux, d'une part le dossier électronique du patient, qui sera une obligation pour les EMS dès 2022 et, d'autre part, les gérontechnologies, soit l'utilisation des objets connectés dans le cadre des soins apportés aux personnes âgées.

II. Les textes consacrant la protection des données personnelles

A. Les sources internationales

Adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale de l'ONU, la Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) garantit la protection de la vie privée en ces termes : « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 12). Si les dispositions contenues dans la DUDH ne possèdent pas de force juridique, il n'en demeure pas moins qu'elles exposent les préoccupations des États à l'égard des droits fondamentaux des individus⁹.

Entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH)¹⁰ pose le principe selon lequel chaque individu a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance (art. 8). En vertu de la doctrine moniste prônée par notre pays, ce traité prévaut de façon immédiate en droit interne suisse, sans qu'il soit besoin de le transposer ; les droits qui y sont consacrés sont ainsi directement invocables par les particuliers¹¹. S'agissant plus précisément de la protection des données médicales, la Cour européenne des droits de l'homme a relevé que « Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il 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. Faute d'une telle protection, les personnes nécessitant des soins médicaux pourraient être dissuadées de fournir les informations à caractère personnel et intime nécessaires à la prescription du traitement approprié et même de consulter un médecin, ce qui pourrait mettre

⁹ CELLIER/WERLY, p. 1129.

¹⁰ RS 0.101.

¹¹ Selon l'art. 190 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst. ; RS 101), le TF et les autres autorités sont tenus d'appliquer les lois fédérales et le droit international.

en danger leur santé voire, dans le cas des maladies transmissibles, celle de la collectivité »¹². Ce devoir de discrétion étant unanimement reconnu¹³, chaque 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 CEDH¹⁴.

Conclu le 16 décembre 1966, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁵, entré en vigueur pour la Suisse le 18 septembre 1992, protège pareillement la vie privée à son art. 17. Cette disposition peut elle aussi être invoquée directement lors d'un litige relatif aux données personnelles¹⁶.

Tenant compte de l'essor pris par le traitement automatique de l'information, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a décidé d'émettre, le 23 septembre 1980, des « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel », revêtant la forme d'une recommandation de son Conseil. Ces lignes directrices s'appliquent aux données de caractère personnel, dans les secteurs public et privé, qui, compte tenu de leur mode de traitement, de leur nature ou du contexte dans lequel elles sont utilisées, comportent un danger pour la vie privée et les libertés individuelles (ch. 2). Non contraignantes mais engageant politiquement les États qui les ont adoptées¹⁷, elles renferment notamment des définitions (ch. 1) et des principes fondamentaux applicables au plan national (ch. 7 à 14).

Entrée en vigueur dans notre pays le 1^{er} février 1998, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)¹⁸, signée le 28 janvier 1981, formule des dispositions juridiquement contraignantes en la matière. Applicable tant au secteur public qu'au secteur privé (art. 3 al. 1), son objectif central est de garantir à toute personne physique le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (art. 1). Si l'on ne peut tirer directement des droits garantis par la

¹² ACEDH Z. c. *Finlande*, du 25 février 1997, § 95. Se référer à ce propos à MALINVERNI, p. 1 ss.

¹³ MANAI, p. 127 ss.

¹⁴ TF, 4C.111/2006 cons. 2.3.1.

¹⁵ RS 0.103.2.

¹⁶ TAF, A-0413/2010 cons. 5.5 ; MEIER, N 77 ; NOWAK, N 21 *ad* Art. 17.

¹⁷ BELSER/ÉPINEY/WALDMANN, N 52 ss.

¹⁸ RS 0.235.1. Un Protocole additionnel (RS 0.235.11), conclu le 8 novembre 2001 et entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2008, prévoit que les différentes parties mettent en place une autorité indépendante pour assurer le respect des principes liés à la protection des données et pour définir les règles concernant les flux de données transfrontaliers avec des États qui n'ont pas ratifié la Convention.

Convention 108, cette dernière a servi de fondation au cadre juridique international en matière de protection des données dans de nombreux pays européens, dont le nôtre (Confédération et cantons). Afin de traiter les problèmes liés au respect de la vie privée résultant de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC) et d'améliorer le mécanisme de suivi du traité, la Convention 108 et son protocole additionnel ont été révisés¹⁹. Ces modifications entendent notamment renforcer la responsabilité des personnes chargées du traitement de données personnelles et clarifier les compétences des autorités de contrôle.

Les « Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel », adoptés le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa résolution 45/95²⁰ prévoient des garanties minimales qui devraient être ancrées dans les législations nationales des États signataires, entre autres les principes de licéité (ch. 1), loyauté (ch. 1), exactitude (ch. 2), finalité (ch. 3) et sécurité (ch. 7). Le législateur helvétique s'est abondamment inspiré de ces principes lorsqu'il s'est agi de rédiger la LPD²¹.

La Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine) du 4 avril 1997²², entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2008, énonce que toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé (art. 10), même si des restrictions à ce droit sont envisageables (art. 26).

Le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD)²³ contient des dispositions directement applicables depuis le 25 mai 2018 sur le territoire de l'Union européenne (UE). D'une portée bien plus large que l'ancienne Directive 95/46/CE²⁴, il garantit un niveau élevé et uniforme de protection des données en offrant aux individus plus de contrôle sur leurs

¹⁹ Le 18 mai 2018, la 128^e session ministérielle du Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le Protocole d'amendement (STCE 223) à la Convention 108 et a entériné son rapport explicatif (<https://rm.coe.int/16808ac91b>). L'arrêt fédéral portant approbation du Protocole a été adopté le 19 juin 2020 par l'Assemblée fédérale (FF 2020 5559 ss).

²⁰ www.un.org/french/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/45/95&Lang=F, consulté le 15 mars 2022.

²¹ HERTIG PEA, N 123.

²² STCE 164 ; <https://rm.coe.int/090000168007cf99>, consulté le 15 mars 2022.

²³ JO L 119, du 4 mai 2016, p. 1 ss.

²⁴ PRAZ, p. 609.

propres informations privées²⁵. Conformément à l'Accord d'association avec l'UE²⁶, entré en vigueur le 1^{er} mars 2008, notre pays s'est engagé à mettre en œuvre les normes applicables dans l'UE. Le RGPD s'applique en Suisse dans trois cas :

- L'entité est établie dans l'UE. Il en va de la sorte si une entreprise suisse traite des données médicales à travers sa filiale basée sur le territoire d'un État membre de l'UE.
- L'entité n'est pas établie dans l'UE, mais offre des biens ou des services à des personnes sur ce territoire, qu'un paiement soit exigé ou non des dites personnes. Exemple : une institution publique genevoise active dans le domaine de la santé démontre une intention d'attirer des patients français au moyen d'une rubrique sur son site Internet spécialement dédié aux frontaliers.
- L'entité n'est pas établie dans l'UE, mais effectue un suivi du comportement de personnes dans l'UE. C'est le cas notamment si une institution publique cantonale effectue des profilages de personnes domiciliées dans l'UE, à la suite d'une navigation sur son site web.

En matière de protection des données personnelles, il convient de citer encore les résolutions et recommandations adoptées au sein du Conseil de l'Europe : Résolution 1165 (1998) de l'Assemblée parlementaire sur le droit au respect de la vie privée ; Recommandation 99 (5) du Comité des ministres sur la protection de la vie privée sur Internet ; Recommandation (2010) 13 du Comité des ministres sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel dans le cadre du profilage ; Résolution 1843 (2011) 1 de l'Assemblée parlementaire sur la protection de la vie privée et des données à caractère personnel sur Internet et les médias en ligne ; Recommandation CM/Rec (2012) 3 du Comité des ministres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des moteurs de recherche ; Recommandation CM/Rec (2012) 4 du Comité des ministres sur la protection des droits de l'homme dans le contexte des services de réseaux sociaux.

²⁵ CELLIER/WERLY, p. 1130.

²⁶ RS 0.362.31.

B. Le droit suisse

1. Le droit fédéral

a) La Constitution fédérale du 18 avril 1999

Le droit de tout être humain à la liberté personnelle a pris place à l'art. 10 al. 2 Cst. lors de l'entrée en vigueur de notre texte fondamental, le 1^{er} janvier 2000. Auparavant, il était considéré comme un droit non écrit, dont le Tribunal fédéral avait déduit, comme d'ailleurs de l'art. 4 de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, la protection des données personnelles²⁷.

L'art. 13 Cst. garantit à toute personne le droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications (al. 1) et celui d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent (al. 2), ce dernier droit étant concrétisé par la LPD²⁸.

Se fondant sur les art. 10 al. 2 et 13 al. 2 Cst., les juges de Mon-Repos ont consacré un droit à l'autodétermination informationnelle (« informationelle Selbstbestimmung »), soit le droit pour toute personne d'être à même de déterminer si et dans quel but des données qui la concernent peuvent être traitées et enregistrées par des tiers quels qu'ils soient, privés ou provenant du secteur public : « Die Bewegungsfreiheit ist als Teil der persönlichen Freiheit im Sinne von Art. 10 Abs. 2 BV garantiert. Sie kann wie andere Grundrechte nach den Kriterien von Art. 36 BV eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, müssen durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt sein und haben sich schliesslich als verhältnismässig zu erweisen. Die Kerngehaltsgarantie ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Belang (vgl. BGE 137 I 31 E. 6.2 S. 45). Denselben Voraussetzungen unterliegt die Einschränkung des grundrechtlichen Anspruchs auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 10 Abs. 2 BV i.V.m. Art. 13 Abs. 2 BV). Der Anspruch impliziert, dass jede Person gegenüber fremder, staatlicher oder privater Bearbeitung und Speicherung von sie betreffenden Informationen bestimmen können muss, ob und zu welchem Zwecke diese Informationen über sie bearbeitet und gespeichert werden »²⁹. En d'autres termes, chacun possède une forme de maîtrise sur ses données

²⁷ FLÜCKIGER/AUER, p. 933. Voir notamment ATF 109 Ia 146 cons. 6b ; ATF 113 I 1 cons. 4 b/bb ; ATF 124 I 34 cons. 3 ; ATF 125 I 257 cons. 3b.

²⁸ DONZALLAZ, N 6015 ; MAHON, p. 46.

²⁹ ATF 140 I 2 cons. 9.1, Jdt 2014 I 167.

personnelles³⁰, indépendamment du degré de sensibilité des informations en cause³¹.

b) La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 et la loi révisée du 25 septembre 2020

Avant le 1^{er} juillet 1993, date d'entrée en vigueur de la LPD, la protection des données en droit privé se fondait exclusivement sur la protection générale de la personnalité instituée par les art. 28 ss du Code civil suisse³² du 10 décembre 1907³³. Consécutivement au scandale des fiches³⁴ ainsi qu'à la croissance des flux d'informations et du développement des nouvelles technologies engendrant une augmentation importante des traitements de données³⁵, le législateur helvétique s'est attelé à la rédaction d'une loi protectrice des données personnelles des individus complétant et concrétisant la protection de la personnalité garantie par les art. 28 ss CC³⁶.

À teneur de son art. 1, la LPD, assortie d'une ordonnance du 14 juin 1993³⁷, entend protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données. Elle régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées et par des organes fédéraux (art. 2 al. 1 LPD). En conséquence, le traitement de données personnelles par le secteur public cantonal ou communal relève des lois cantonales de protection des données. Par exemple, les médecins travaillant dans le secteur privé sont soumis à la LPD, ceux engagés dans un établissement hospitalier public au droit cantonal.

C'est au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence qu'il incombe de surveiller la loi (art. 27 LPD ; art. 4 nLPD).

Lors de sa séance du 21 décembre 2016, le Conseil fédéral a mis en consultation un avant-projet de révision totale de la LPD. Dans son message du

³⁰ ATF 138 II 346 cons. 8.2 ; MAHON, p. 47.

³¹ ATF 140 I 381 cons. 4.1.

³² CC ; RS 210.

³³ CELLINA, N 83 ; STEINAUER, p. 87.

³⁴ C'est à la fin des années 1980 que les Suisses ont appris que nombre d'entre eux avaient été la cible de fiches produites par les autorités fédérales et les polices cantonales, épisode qui ébranla fortement la confiance des citoyens en l'État.

³⁵ FF 1988 422 ss.

³⁶ ATF 127 III 481 cons. 3a/bb, JdT 2002 I 426 ; ATF 136 II 508 cons. 6.3.2, JdT 2011 II 446 ; ATF 138 II 346 cons. 10.1, JdT 2013 I 71.

³⁷ OLPD ; RS 235.11.

15 septembre 2017³⁸, il relève que le projet vise à réaliser deux objectifs principaux : renforcer les dispositions légales de protection des données pour faire face au développement fulgurant des nouvelles technologies d'une part et, d'autre part, tenir compte des réformes du Conseil de l'Europe et de l'UE en la matière. Le 25 septembre 2020, la nouvelle LPD a été acceptée par les deux chambres³⁹.

2. *Le droit cantonal*

a) Les constitutions cantonales

Le droit au respect de la vie privée est consacré par les constitutions cantonales suivantes :

- Constitution d'Appenzell Rhodes-Extérieures du 30 avril 1995⁴⁰ (art. 9 al. 3)
- Constitution jurassienne du 20 mars 1977⁴¹ (art. 8 let. b)
- Constitution schaffhouseoise du 17 juin 2002⁴² (art. 12 al. 1 let. b)
- Constitution thurgovienne du 16 mars 1987⁴³ (§ 6 ch. 2)
- Constitution uranaise du 28 octobre 1984⁴⁴ (art. 12 let. c)

Plus précisément, certains textes garantissent à chacun le droit d'être protégé contre l'emploi abusif des données qui le concernent :

- Constitution argovienne du 25 juin 1980⁴⁵ (§ 15 al. 2)
- Constitution de Bâle-Campagne du 17 mai 1984⁴⁶ (§ 6 al. 2 let. g)
- Constitution de Bâle-Ville du 23 mars 2005⁴⁷ (§ 11 al. 1 let. j)
- Constitution bernoise du 6 juin 1993⁴⁸ (art. 18)
- Constitution fribourgeoise du 16 mai 2004⁴⁹ (art. 12 al. 2)
- Constitution genevoise du 14 octobre 2012⁵⁰ (art. 21 al. 2)
- Constitution glaronnaise du 1^{er} mai 1988⁵¹ (art. 5 al. 1)

³⁸ FF 2017 6565.

³⁹ FF 2020 7397 ss.

⁴⁰ Cst-AR ; RS 131.224.1.

⁴¹ Cst-JU ; RS 131.235.

⁴² Cst-SH ; RS 131.223.

⁴³ Cst-TG ; RS 131.228.

⁴⁴ Cst-UR ; RS 131.214.

⁴⁵ Cst-AG ; RS 131.227.

⁴⁶ Cst-BL ; RS 131.222.2.

⁴⁷ Cst-BS ; RS 131.222.1.

⁴⁸ Cst-BE ; RS 131.212.

⁴⁹ Cst-FR ; RS 131.219.

⁵⁰ Cst-GE ; RS 131.234.

⁵¹ Cst-GL ; RS 131.217.

- Constitution neuchâteloise du 24 septembre 2000⁵² (art. 11 al. 2)
- Constitution saint-galloise du 10 juin 2001⁵³ (art. 2 let. g)
- Constitution soleuroise du 8 juin 1986⁵⁴ (art. 8 al. 2)
- Constitution tessinoise du 14 décembre 1997⁵⁵ (art. 8 al. 2 let. d)
- Constitution vaudoise du 14 avril 2003⁵⁶ (art. 15 al. 2)

Certaines constitutions n'évoquent pas le respect de la vie privée ou la protection des données en raison de leur ancienneté : Constitution d'Appenzell Rhodes-Intérieures du 24 novembre 1872⁵⁷, Constitution nidwaldienne du 10 octobre 1965⁵⁸, Constitution obwaldienne du 19 mai 1968⁵⁹, Constitution valaisanne du 8 mars 1907⁶⁰ et Constitution zougnoise du 31 janvier 1894⁶¹. D'autres se contentent de renvoyer aux droits fondamentaux garantis par la Constitution fédérale ou aux instruments internationaux auxquels la Suisse a adhéré : Constitution grisonne du 18 mai 2003/14 septembre 2003⁶² (art. 7), Constitution lucernoise du 17 juin 2007⁶³ (§ 10 al. 2), Constitution schwyzoise du 24 novembre 2010⁶⁴ (§ 10) et Constitution zurichoise du 27 février 2005⁶⁵ (art. 10 al. 1).

b) Les lois cantonales

Les cantons peuvent être rangés en trois catégories⁶⁶ :

- 13 cantons ont adopté une loi spécifique à la protection des données : Appenzell Rhodes-Extérieures (Gesetz über den Datenschutz du 18 juin 2001⁶⁷), Berne (loi sur la protection des données du 19 février 1986⁶⁸),

⁵² Cst-NE ; RS 131.233.

⁵³ Cst-SG ; RS 131.225.

⁵⁴ Cst-SO ; RS 131.221.

⁵⁵ Cst-TI ; RS 131.229.

⁵⁶ Cst-VD ; RS 131.231.

⁵⁷ Cst-AI ; RS 131.224.2.

⁵⁸ Cst-NW ; RS 131.216.2.

⁵⁹ Cst-OW ; RS 131.216.1.

⁶⁰ Cst-VS ; RS 131.232.

⁶¹ Cst-ZG ; RS 131.218.

⁶² Cst-GR ; RS 131.226.

⁶³ Cst-LU ; RS 131.213.

⁶⁴ Cst-SZ ; RS 131.215.

⁶⁵ Cst-ZH ; RS 131.211.

⁶⁶ L'on exceptera Nidwald, Obwald et Schwyz, qui n'ont pas de loi sur la protection des données. Pour une énumération exhaustive des textes cantonaux en la matière, incluant les ordonnances, cf. www.privatim.ch/fr/privatim-2/, consulté le 15 mars 2022.

⁶⁷ RS/AR 146.1.

⁶⁸ LCPD-BE ; RS/BE 152.04.

Fribourg (loi sur la protection des données du 25 novembre 1994⁶⁹), Glaris (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 5 mai 2002⁷⁰), Grisons (Kantonales Datenschutzgesetz du 10 juin 2001⁷¹), Lucerne (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 2 juillet 1990⁷²), Schaffhouse (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 7 mars 1994⁷³), Saint-Gall (Datenschutzgesetz du 20 janvier 2009⁷⁴), Tessin (Legge sulla protezione dei dati personali du 9 mars 1987⁷⁵), Thurgovie (Gesetz über den Datenschutz du 9 novembre 1987⁷⁶), Uri (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 20 février 1994⁷⁷), Vaud (loi sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007⁷⁸) et Zoug (Datenschutzgesetz du 28 septembre 2000⁷⁹).

- 7 cantons mêlent protection des données et transparence : Bâle-Campagne (Gesetz über die Information und den Datenschutz du 10 février 2011⁸⁰), Bâle-Ville (Gesetz über die Information und den Datenschutz du 9 juin 2010⁸¹), Genève (loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001⁸²), Jura/Neuchâtel (Convention intercantonale des 8 et 9 mai 2012 relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel⁸³), Soleure (Informations- und Datenschutzgesetz du 21 février 2001⁸⁴) et Zurich (Gesetz über die Information und den Datenschutz du 12 février 2007⁸⁵).
- 3 cantons ajoutent encore l'archivage aux deux domaines susmentionnés : Appenzell Rhodes-Intérieures (Datenschutz-, Informations- und Archivgesetz du 28 avril 2019⁸⁶), Argovie (Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen du 24 octobre

⁶⁹ LPrD-FR ; RS/FR 17.1.

⁷⁰ DSG-GL ; RS/GL I F/1.

⁷¹ KDSG-GR ; RS/GR 172.65.

⁷² DSG-LU ; RS/LU 38.

⁷³ RS/SH 174.100.

⁷⁴ DSG-SG ; RS/SG 142.1.

⁷⁵ LPDP-TI ; RS/TI 163.100.

⁷⁶ RS/TG 170.7.

⁷⁷ DSG-UR ; RS/UR 2.2511.

⁷⁸ LPrD-VD ; RS/VD 172.65.

⁷⁹ DSG-ZG ; RS/ZG 157.1.

⁸⁰ IDG-BL ; RS/BL 162.

⁸¹ IDG-BS ; RS/BS 153.260.

⁸² LIPAD-GE ; RS/GE A 2 08.

⁸³ CPDT-JUNE ; RS/JU 170.41 ; RS/NE 150.30.

⁸⁴ InfoDG-SO ; RS/SO 114.1.

⁸⁵ IDG-ZH ; RS/ZH 170.4.

⁸⁶ DIAG-AI ; RS/AI 172.800.

2006⁸⁷) et Valais (loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage du 9 octobre 2008⁸⁸).

3. *La délimitation entre le droit fédéral et le droit cantonal*

Deux types de résidences pour personnes âgées coexistent : celles, nombreuses, soumises à la LPD et celles, plus rares, assujetties aux législations cantonales de protection des données. Lors des travaux préparatoires relatifs à la LIPAD-GE, ce cas de figure avait expressément été envisagé : « ... les établissements médico-sociaux (EMS) qui ont le statut de personnes morales de droit privé ne sauraient se voir assujettir à la présente loi du simple fait qu'ils sont subventionnés et surveillés par le département de l'économie et de la santé (DES) ; ces EMS restent donc soumis en principe à la loi fédérale sur la protection des données. Par le biais de l'article 3, alinéa 1, lettre c LPDP, les EMS (soit ceux qui se voient doter du statut d'établissement de droit public par la loi ; cf. par exemple l'art. 1^{er} de la loi concernant la maison de retraite du Petit-Saconnex, du 17 septembre 1993, J 7 30), qui ont le statut d'établissement de droit public, entreront toutefois dans le champ d'application de la présente loi »⁸⁹.

Ainsi, dans le canton de Genève, en sus des 44 EMS soumis à la LPD recensés par la Fédération genevoise des établissements médico-sociaux (FEGEMS)⁹⁰, l'on trouve deux établissements de droit public cantonal, conformément à la loi concernant la maison de retraite du Petit-Saconnex (MRPS) du 17 septembre 1993⁹¹ (art. 1 al. 1) et à la loi concernant la Maison de Vessy du 11 mai 2001⁹² (art. 1). Ces deux institutions entrent de cette manière dans le champ d'application de la LIPAD-GE, conformément à l'art. 3 al. 1 let. c.

Cela implique de nombreuses obligations à charge de ces entités, parmi lesquelles la déclaration de leurs fichiers de données personnelles au catalogue tenu et mis à jour par le Préposé cantonal (art. 43 LIPAD-GE ; art. 18 RIPAD-GE)⁹³, afin de répondre au souci de transparence de la collecte. C'est pourquoi la MRPS a notamment déclaré une base de données relative à la gestion médicale des résidents et un fichier contenant leurs données administratives⁹⁴.

⁸⁷ IDAG-AG ; RS/AG 150.700.

⁸⁸ LIPDA-VS ; RS/VS 170.2.

⁸⁹ MGC 2005-2006 X A 8489.

⁹⁰ www.fegems.ch/trouver-un-ems/?pdf=search, consulté le 15 mars 2022.

⁹¹ PA/GE 663.00.

⁹² PA/GE 664.00.

⁹³ <https://outil.ge.ch/chacatfich/#/home>, consulté le 15 mars 2022.

⁹⁴ <https://outil.ge.ch/chacatfich/#/catalog/institution/227/273>, consulté le 15 mars 2022.

4. *Les règles spéciales applicables*

En sus de la LPD et des lois cantonales de protection des données, s'appliquent également des règles spécifiques pour les personnes amenées à travailler dans les maisons de retraite. Les médecins, dentistes, chiropraticiens, psychologues, infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens et ostéopathes, de même que leurs auxiliaires, sont soumis au secret professionnel⁹⁵, protégé par l'art. 321 du Code pénal suisse du 21 décembre 1937⁹⁶. Ce dernier leur impose de tenir secrètes les informations qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, au risque d'encourir, sur plainte, une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire (ch. 1). Le secret professionnel n'est cependant pas absolu : il peut être levé aux conditions fixées par les ch. 2 et 3, qui prévoient les trois motifs justificatifs suivants : l'intéressé y a consenti⁹⁷ ; l'autorité cantonale compétente a levé le secret médical⁹⁸ ; il existe une disposition légale fédérale ou cantonale prévoyant une obligation de renseigner ou de témoigner en justice. L'art. 171 du Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007⁹⁹ énonce que les médecins, dentistes, chiropraticiens, psychologues et leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (al. 1) ; ils doivent néanmoins témoigner lorsqu'ils sont soumis à l'obligation de dénoncer ou quand ils sont déliés du secret selon l'art. 321 ch. 2 CP, par le maître du secret ou, en la forme écrite, par l'autorité compétente (al. 2).

Les professionnels de la santé qui exercent dans le privé et qui ne sont pas astreints au secret professionnel de l'art. 321 CP sont soumis à l'art. 35 LPD (art. 62 nLPD) qui, sur plainte, sanctionne d'une amende la violation du devoir de discrétion consacré par la loi. Sont réservés les cas de violation du secret de

⁹⁵ Selon l'art. 11 du code de déontologie de la FMH du 12 décembre 1996, le secret médical couvre ce qui a été confié au médecin ou ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession ou de toute autre manière. Pour les principaux fondements du secret professionnel, voir BOHNET/MELCARNE, p. 35 ss.

⁹⁶ CP ; RS 311.0.

⁹⁷ Aucune forme n'est requise pour le consentement, même si ce dernier suppose la capacité de discernement de la personne (ATF 98 IV 217 cons. 2), laquelle doit être évaluée de cas en cas (TF, 2C_5/2008 cons. 4.3.2).

⁹⁸ À Genève, l'art. 12 de la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS-GE ; RS/GE K 1 03) constitue la disposition relative à la levée du secret médical. Pour des détails sur la Commission du secret professionnel chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel, se référer à CELLIER/WERLY, p. 1135.

⁹⁹ CPP ; RS 312.0.

fonction et ceux où ils pratiqueraient en qualité d'auxiliaires d'une personne astreinte au secret professionnel¹⁰⁰.

Selon l'art. 16 let. f de la loi fédérale sur les professions de la santé du 30 septembre 2016¹⁰¹, les infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens et ostéopathes exerçant sous leur propre responsabilité professionnelle doivent observer certains devoirs, notamment respecter le secret professionnel conformément aux dispositions applicables. L'art. 173 al. 1 let. f CPP ne les oblige à déposer en justice que si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret.

Le secret de fonction s'adresse à tout membre du personnel d'un EMS considéré comme une institution publique. Le niveau hiérarchique et la profession importent peu¹⁰². Selon l'art. 320 ch. 1 CP, celui qui révèle un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, encourt, d'office, une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire. Si la révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin, elle ne l'est pas si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure (ch. 2)¹⁰³. L'art. 170 CPP indique que les fonctionnaires et les membres des autorités peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en leur qualité officielle ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leur fonction ou de leur charge (al. 1). Ils doivent toutefois témoigner si l'autorité à laquelle ils sont soumis les y a habilités par écrit (al. 2). L'autorité ordonne à la personne concernée de témoigner si l'intérêt à la manifestation de la vérité l'emporte sur l'intérêt au maintien du secret (al. 3).

À Genève, une section de la LS-GE est consacrée au traitement des données relatives à la santé du patient (art. 52 à 58)¹⁰⁴. Une instance de médiation, dont la tâche consiste à aider les patients et les professionnels de la santé à résoudre leurs différends, a en outre été créée (art. 11)¹⁰⁵. L'art. 87 al. 1 LS-GE pose le

¹⁰⁰ DONZALLAZ, N 6401.

¹⁰¹ LPSan ; RS 811.21.

¹⁰² Sont aussi réservées les autres règles de la fonction publique cantonale : AYER, p. 55.

¹⁰³ Il appartient à l'autorité d'engagement du collaborateur concerné de procéder à l'examen de la demande de levée du secret de fonction. Sur la procédure à suivre à Genève, consulter notamment l'art. 9A de la loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et des établissements publics médicaux du 4 décembre 1997 (LPAC-GE ; RS/GE B 5 05), qui s'applique à la MRPS ainsi qu'à la Maison de Vessy.

¹⁰⁴ Pour une vision détaillée des législations cantonales sanitaires imposant la teneur d'un dossier médical, se reporter à ÉRARD/AMEY, p. 282.

¹⁰⁵ Sur l'instance de médiation, cf. l'art. 15 de la loi sur la Commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients du 7 avril 2006 (LcomPS-GE ; RS/GE K 3 03).

principe selon lequel les professionnels de la santé et leurs auxiliaires sont tenus au secret professionnel. Cette loi n'a de portée autonome que pour les professionnels de la santé¹⁰⁶ qui ne sont pas soumis au secret professionnel selon le droit fédéral¹⁰⁷.

III. Les principes de protection des données personnelles

Tant la LPD que les textes cantonaux conditionnent le traitement de données personnelles à certains principes.

En droit privé, le traitement des données personnelles doit être licite (art. 4 LPD ; art. 6 al. 1 nLPD). Le consentement explicite du patient est exigé pour tout traitement de données personnelles sensibles (art. 4 LPD ; l'art. 6 al. 7 let. a nLPD exige que le consentement soit exprès dans ce cas de figure). Par explicite¹⁰⁸, il faut comprendre que le consentement ne doit pas faire de doute ; il ne doit pas forcément être exprès et peut aussi intervenir par actes concluants¹⁰⁹. À ce propos, le patient ne consent valablement que s'il exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informé (art. 4 al. 5 LPD ; art. 6 al. 6 nLPD)¹¹⁰. À Genève, la MRPS et la Maison de Vessy ne peuvent traiter de données personnelles que si et dans la mesure où l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire (art. 35 al. 1 LIPAD-GE). Des données personnelles sensibles ne peuvent être traitées que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée (art. 35 al. 1 LIPAD-GE).

En vertu du principe de finalité (art. 4 al. 3 LPD ; art. 6 al. 3 nLPD ; art. 35 al. 1 LIPAD-GE), les données personnelles des résidents doivent être traitées uniquement dans le but qui a été indiqué lors de leur collecte, qui apparaît comme évident dans des circonstances précises ou encore qui est prévu par la loi.

¹⁰⁶ La liste des professionnels de la santé soumis à la LS-GE est définie à l'art. 1 du règlement sur les professions de la santé du 30 mai 2018 (RPS-GE ; RS/GE K 3 02.01). Outre les médecins, l'on y trouve notamment les médecins-dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, psychologues, assistants médicaux, diététiciens, ergothérapeutes, infirmiers, ostéopathes, physiothérapeutes ou spécialistes en analyses médicales.

¹⁰⁷ CHRISTINAT, N 159 ; ÉRARD/GUILLOD, N 12.

¹⁰⁸ Souvent, le consentement apparaîtra implicite, par exemple quand il s'agit du suivi médical d'une personne par différents professionnels qui travaillent en parallèle : CELLIER/WERLY, p. 1133.

¹⁰⁹ ÉRARD/GUILLOZ, N 21 ; MEIER, N 900.

¹¹⁰ ATF 108 II 59 cons. 3 ; ATF 114 Ia 350 cons. 6.

La proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD ; art. 6 al. 2 nLPD ; art. 36 LIPAD-GE) exige que seules peuvent être collectées les données personnelles des résidents aptes et nécessaires à atteindre le but visé. En conséquence, il n'apparaît pas indispensable, par exemple, de collecter des données relatives à la sphère privée de l'épouse décédée d'un résident. Par ailleurs, au sein de l'institution, il doit être fait en sorte que chacun ne puisse avoir accès qu'aux informations des résidents qui lui sont essentielles pour exécuter son travail. D'autre part, le traitement ne doit pas durer plus longtemps que nécessaire et la conservation des données doit se faire en fonction de la réalisation de la finalité du traitement¹¹¹. Les données sur les résidents ne peuvent donc pas être conservées sans limite de temps.

Le traitement des données personnelles des résidents doit se faire conformément à la bonne foi : ces dernières doivent avoir été obtenues loyalement, soit en toute connaissance de cause des personnes concernées. Il est exclu de collecter les données personnelles des résidents à leur insu ou contre leur volonté. Ceux-ci doivent par exemple être informés de l'existence du dossier confectionné, du but poursuivi, des données traitées¹¹². Si un résident confie à un médecin un fait qu'il désire garder confidentiel, cette information ne doit pas figurer dans son dossier.

La collecte de données personnelles doit être reconnaissable pour les résidents (art. 4 al. 4 LPD ; art. 6 al. 3 nLPD ; art. 38 LIPAD-GE). Ce principe concrétise l'exigence de la bonne foi et implique que, selon le cours ordinaire des choses, la personne doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (principe de prévisibilité). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la finalité du traitement¹¹³.

Le home qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes et tenues à jour. De ce principe d'exactitude (art. 5 LPD ; art. 6 al. 5 nLPD ; art. 36 LIPAD-GE) découle la faculté de chacun d'accéder à ses données personnelles pour faire corriger des informations qui sont fausses ou non à jour¹¹⁴.

La condition de sécurité (art. 7 LPD ; art. 8 nLPD ; art. 37 LIPAD-GE ; art. 13 et 13A LIPAD-GE) veut que les données personnelles des résidents soient conservées en sûreté et protégées, tant sur le plan technique que juridique, conformément aux risques concrets encourus¹¹⁵. Il appartient par exemple à l'EMS d'encadrer la transmission par mail ou fax de données médicales d'un

¹¹¹ BOILLAT/WERLY, p. 57.

¹¹² AYER, p. 56.

¹¹³ MANGILLI/WERLY, p. 113.

¹¹⁴ BOILLAT/WERLY, p. 57 ; MANGILLI/WERLY, p. 113.

¹¹⁵ BOILLAT/WERLY, p. 57.

résident et de faire en sorte de sécuriser l'accès à la place de travail des collaborateurs (mot de passe sur l'ordinateur, bureau fermé à clé) pour que seuls ceux-ci y aient accès. Il doit aussi s'assurer que les données personnelles ne soient pas perdues ou détruites par erreur¹¹⁶.

Touchant le droit à l'oubli¹¹⁷, le principe de destruction (art. 40 LIPAD-GE) exige que les EMS détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont ils n'ont plus besoin, sauf si ces données doivent être conservées en vertu d'une loi¹¹⁸.

IV. Les droits des résidents sur leurs données personnelles

A. Le droit d'accès

1. En général

Chacun est en droit de demander au maître d'un fichier (professionnel de la santé ou direction de l'EMS), sans motivation mais par écrit en justifiant de son identité, si des données le concernant sont traitées (art. 8 al. 1 LPD ; art. 1 al. 1 OLPD ; art. 25 al. 1 nLPD ; art. 44 al. 1 LIPAD-GE). Doivent lui être communiqués : toutes les données le concernant qui sont contenues dans le fichier (par exemple l'ensemble du dossier médical)¹¹⁹, y compris les informations disponibles sur l'origine des données ; le but et éventuellement la base juridique du traitement ; les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (art. 8 al. 2 LPD ; art. 25 al. 2 nLPD ; art. 44 al. 2 LIPAD-GE). Le maître du fichier peut communiquer

¹¹⁶ MANGILLI/WERLY, p. 114.

¹¹⁷ MANGILLI/WERLY, p. 114.

¹¹⁸ BOILLAT/WERLY, p. 57.

¹¹⁹ De la sorte, « ... le droit d'accès s'étend à toutes les données relatives à une personne qui se trouvent dans un fichier de données, c'est-à-dire à toutes les données qui se rapportent à cette personne (art. 3 let. a LPD) et qui peuvent lui être attribuées par voie de classement (art. 3 let. g LPD). Ne joue à cet égard aucun rôle le fait qu'il s'agisse de constatations de fait ou de jugements de valeur. La manière d'enregistrer les données n'est pas non plus pertinente. Enfin, la désignation du fichier de données par le maître du fichier n'est pas déterminante. Le droit d'accès ne peut pas être contourné par le fait qu'à côté d'un fichier "officiel" de données un autre fichier, "inofficiel" celui-là, serait tenu. Le droit d'accès selon l'art. 8 LPD s'étend ainsi également à des pièces désignées comme "internes" par l'administration, pour autant que ces pièces contiennent des renseignements sur le requérant et qu'elles puissent lui être attribuées par voie de classement (ATF 125 II 473 consid. 4b et les références citées) » : TAF, A-4190/2009 cons. 3.3.

à la personne concernée des données sur sa santé par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle a désigné (art. 8 al. 3 LPD ; art. 25 al. 3 nLPD).

Le droit d'accès à ses données personnelles par le résident est un droit strictement personnel, absolu et imprescriptible¹²⁰, auquel il ne peut renoncer par avance¹²¹ (art. 8 al. 6 LPD ; art. 25 al. 5 nLPD). Si un résident n'est plus en mesure de faire valoir son droit d'accès en raison d'une incapacité de discernement, son représentant légal (procuration à un proche par exemple) peut agir alors à sa place pour sauvegarder ses intérêts¹²².

Les renseignements sont, en règle générale¹²³, fournis gratuitement et par écrit, sous forme d'imprimé ou de photocopie (art. 8 al. 5 LPD ; art. 25 al. 6 nLPD ; art. 45 LIPAD-GE ; art. 55 al. 1 LS-GE), dans un délai de 30 jours (art. 1 al. 4 OLPD ; art. 25 al. 7 nLPD). Une participation équitable aux frais peut exceptionnellement être demandée ; elle est cependant limitée à CHF 300.- (art. 2 OLPD). À Genève, la satisfaction d'une demande impliquant un travail dont le temps excède la demi-heure peut être subordonnée au paiement préalable d'un émolument, lequel se monte à CHF 50.- par demi-heure supplémentaire (art. 44 al. 3 LIPAD-GE ; art. 24 al. 2 RIPAD-GE).

Le droit d'accès ne peut être limité qu'exceptionnellement. Il peut être refusé ou restreint si une loi au sens formel le prévoit, si les intérêts prépondérants d'un tiers (art. 9 al. 1 LPD ; art. 26 al. 1 nLPD) ou du patient¹²⁴ l'exigent ou encore si il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives (art. 46 al. 1 LIPAD-GE).

2. *Le dossier médical*

L'art. 12 du code de déontologie de la FMH oblige le médecin à constituer un dossier médical. L'art. 52 al. 1 LS-GE va plus loin, en l'exigeant de tout professionnel de la santé pratiquant à titre dépendant ou indépendant. Le dossier du patient peut être tenu sous forme informatisée, pour autant que toute adjonction, suppression ou autre modification reste décelable et que l'on puisse identifier son auteur et sa date (art. 54 LS-GE).

Le dossier médical, qui répond à la définition d'un fichier (art. 3 let. g LPD ; art. 4 let. d LIPAD-GE), dès lors qu'il permet de relier les informations recensées

¹²⁰ DONZALLAZ, N 6036 ; DUCOR, p. 375 ; RUDIN, Handkommentar, ch. 30 *ad* art. 8 DSG.

¹²¹ RUDIN, Handkommentar, ch. 63 *ad* art. 8 DSG.

¹²² CELLIER/WERLY, p. 1134.

¹²³ RUDIN, Handkommentar, ch. 57 *ad* art. 8 DSG.

¹²⁴ BERNER, p. 40.

aux personnes concernées¹²⁵, doit contenir un certain nombre d'informations précises et exactes¹²⁶, parmi lesquelles : des données administratives (coordonnées, nom de l'assureur-maladie, étendue de la couverture d'assurance), des pièces objectives (radiographies, résultats d'analyses, informations sur la médication, thérapies prescrites), des pièces subjectives (anamnèse, informations touchant l'environnement personnel du patient, diagnostics, appréciations relatives à l'état de santé du patient) et les notes personnelles formulées par le médecin concernant le traitement du résident (annotations, observations, remarques), à l'exception de celles ne servant pas au traitement, lesquelles ne doivent pas prendre place dans le dossier¹²⁷. L'art. 53 LS-GE exige que le dossier renferme « toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement prodigués, avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription ».

Le résident peut accéder à l'ensemble des pièces précitées, étant entendu que le droit des tiers doit être préservé. Selon l'art. 13 du code de déontologie de la FMH, « le patient a le droit de prendre connaissance des éléments du dossier médical qui le concernent. Des copies des documents doivent lui être remises à sa demande. Le médecin ne peut refuser, limiter ou suspendre ces droits que dans la mesure où les intérêts d'une tierce personne ou ses propres intérêts sont prépondérants ». L'art. 55 LS-GE ajoute au droit d'accès au dossier celui de s'en faire expliquer la signification (al. 1), tout en précisant que le premier ne s'étend pas aux notes rédigées par le professionnel de la santé exclusivement pour son usage personnel ni aux données concernant des tiers et protégées par le secret professionnel (al. 2).

Le droit d'obtenir l'original de son dossier médical n'est pas prévu par la LPD. La question de savoir s'il peut être déduit d'autres dispositions légales ou du rapport contractuel entre médecin et patient est controversée¹²⁸.

Si la LPD ne prévoit aucun délai de conservation précis, l'art. 12 du code de déontologie de la FMH astreint le médecin à garder le dossier médical au moins dix ans après la dernière inscription¹²⁹. À Genève, le même délai au moins dès la dernière consultation médicale est prévu (art. 57 al. 1 LS-GE) ; sauf

¹²⁵ DONZALLAZ, N 6015.

¹²⁶ AYER/RICHOZ, p. 1616 ; DONZALLAZ, N 5992.

¹²⁷ DONZALLAZ, N 5992 ss ; DUBOIS, p. 363 ; ÉRARD/AMEY, p. 278 ; RAMER, p. 24. Sur les appréciations personnelles du médecin, consulter DUCOR, p. 371.

¹²⁸ Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/gesundheit/dossier-medical-et-droit-d-acces.html, consulté le 15 mars 2022.

¹²⁹ L'art. 58 LS-GE règle le sort du dossier médical lorsque le médecin cesse son activité professionnelle.

disposition légale réservée, si aucun intérêt prépondérant pour la santé du patient ou pour la santé publique ne s’y oppose, le dossier est détruit après 20 ans au plus tard (art. 57 al. 2 à 4 LS-GE)¹³⁰.

Le dossier peut également être tenu sous forme électronique, conformément à la loi fédérale sur le dossier électronique du patient du 19 juin 2015¹³¹. Le canton de Genève a mis en œuvre ce texte en adoptant la loi sur le réseau communautaire d’informatique médicale (e-toile) du 14 novembre 2008¹³². Selon l’art. 1 al. 2 de cette dernière, « les données personnelles qui peuvent faire l’objet d’un traitement électronique sont celles contenues dans le dossier médical exigé par l’article 52 de la loi sur la santé, du 7 avril 2006 ».

3. *Le résident décédé*

En cas de décès du résident, l’exercice du droit d’accès par les héritiers ou des proches n’est pas automatique. Il trouve ses limites devant le secret professionnel. Toutefois, l’accès aux données d’une personne décédée est octroyé si l’intérêt du requérant à consulter le dossier l’emporte sur la protection de la personnalité du défunt ou des tiers¹³³, un intérêt étant établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée (art. 1 al. 7 OLPD)¹³⁴. Déposée le 21 septembre 2015, la motion intitulée « Pour une protection post-mortem de la personnalité adaptée à notre temps. Droit de consulter les dossiers médicaux des défunts », qui visait à permettre aux proches d’un défunt d’avoir accès à son dossier médical lorsqu’ils ont déjà consulté ce dossier avant le décès en vertu de la législation sur la protection de l’adulte¹³⁵, a été rejetée par la Chambre basse le 1^{er} juin 2017¹³⁶.

¹³⁰ En pratique, un délai de prescription général de dix ans est souhaitable, étant entendu qu’en vertu du principe de proportionnalité, les données qui ne sont plus requises doivent être détruites : Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/gesundheit/dossier-medical-et-droit-d-acces.html, consulté le 15 mars 2022.

¹³¹ LDEP ; RS 816.1.

¹³² LRCIM-GE ; RS/GE K 3 07. L’art. 56 al. 2 LS-GE réserve expressément cette loi spéciale pour le traitement des données dans le cadre du réseau communautaire d’informatique médicale.

¹³³ TF, 4C.111/2006 cons. 2.3.1 ; DUBOIS, p. 365 ; DUCOR, p. 375.

¹³⁴ DEVAUD, p. 210 ss, estime que cette norme constitue une base légale suffisante, au contraire de HERTIG PEA, p. 119. Notre Cour suprême a laissé la question ouverte : TF, 9C_224/2014.

¹³⁵ www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20153873, consulté le 15 mars 2022.

¹³⁶ BOCN 2017 870 ss.

À Genève, l'art. 48 al. 3 LIPAD-GE renvoie à l'art. 55A LS-GE, selon lequel les proches d'un patient décédé peuvent, pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection et sous réserve de la sauvegarde du secret médical et de l'intérêt prépondérant de tiers, être informés sur les causes de son décès et sur le traitement qui l'a précédé, à moins que le défunt ne s'y soit expressément opposé (al. 1). Pour ce faire, ils désignent un médecin chargé de recueillir les données médicales nécessaires à leur information et de les leur transmettre (al. 2), les médecins concernés devant saisir la commission chargée de statuer sur les demandes de levée du secret professionnel (al. 3). Par proches du patient décédé, il faut comprendre : la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude ; le curateur qui a pour tâche de le représenter dans le domaine médical ; son conjoint ou son partenaire enregistré, s'il fait ménage commun avec lui ou s'il lui fournit une assistance personnelle régulière ; la personne qui fait ménage commun avec lui et qui lui fournit une assistance personnelle régulière ; ses descendants, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses père et mère, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière ; ses frères et sœurs, s'ils lui fournissent une assistance personnelle régulière (art. 378 al. 1 CC, par renvoi de l'art. 55 al. 4 LS-GE).

B. Les autres prétentions

Outre un droit d'accès très largement reconnu¹³⁷, le résident possède également d'autres prétentions : interdiction de communication à des tiers, droit de rectification, droit de destruction, mention du caractère litigieux de la donnée et droit d'agir en justice (art. 5 al. 2 et art. 5 al. 1 à 3 LPD ; art. 32 nLPD).

Les atteintes illicites à la personnalité peuvent faire l'objet d'une action au sens des art. 28 ss CC. Selon l'art. 28a al. 1 CC, le demandeur peut requérir le juge d'interdire une atteinte illicite, si elle est imminente (ch. 1), de la faire cesser, si elle dure encore (ch. 2), ou d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste (ch. 3). Le fardeau de la preuve des faits dont découle l'atteinte à la personnalité échoit au requérant, en sa qualité d'intéressé, tandis que le défendeur, en tant qu'auteur de l'atteinte, doit établir les faits dont il déduit un motif justificatif.

À Genève, le résident d'un EMS soumis à la LIPAD-GE peut exiger, à propos des données personnelles le concernant, que l'institution : s'abstienne de procéder à un traitement illicite ; mette fin à un traitement illicite et en supprime les effets ; constate le caractère illicite du traitement ; s'abstienne de les communiquer à des personnes de droit privé à des fins d'exploitation

¹³⁷ DONZALLAZ, N 6015.