



HAL
open science

Protéger le secret du dossier médical hospitalier : une utopie ?

Vincent Bonniol, Madeline Ganne

► **To cite this version:**

Vincent Bonniol, Madeline Ganne. Protéger le secret du dossier médical hospitalier : une utopie ?.
Revue droit & santé : la revue juridique des entreprises de santé, 2016. hal-02004934

HAL Id: hal-02004934

<https://amu.hal.science/hal-02004934>

Submitted on 2 Feb 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Vincent BONNIOL, MD PhD, maître de conférences universitaire, université Aix-Marseille
 Madeline GANNE, master 2 Droit médical et pharmaceutique, université Aix-Marseille

Protéger le secret du dossier médical hospitalier : une utopie ?

Is the protection of hospital medical records an utopia?

ABSTRACT: Le dossier médical du patient hospitalisé est devenu un enjeu majeur dans la gestion des établissements de santé. Son accès, la protection des données médicales nominatives qu'il contient sont protégés, en théorie, de la consultation ou de sa pollution par des tiers non autorisés. En fait, le terrain nous livre une tout autre histoire. Une enquête réalisée auprès de quelques établissements de santé volontaires a permis de mettre en avant les difficultés ou les réticences rencontrées par ces derniers, à respecter strictement le secret médical.

The confidentiality of a patient's medical records has become a major issue in health management. In theory, the access and the protection of personal medical data contained in the records are protected from consultation or modification by unauthorized third parties. In practice, it's a different story. A recent poll of some voluntary health facilities helped to highlight the difficulties or reluctance encountered to protect and maintain medical confidentiality.

MOTS-CLÉS: dossier médical – secret médical – pratiques hospitalières – enquête – secret médical partagé

KEYWORDS: medical records – confidential medical information – hospital practices – field research – shared medical confidentiality

Le dossier médical : pivot du système de santé

Le dossier médical hospitalier du patient, jadis outil purement médical de coordination de la prise en charge, est devenu ces dernières années un enjeu majeur pour l'ensemble des établissements de santé.

En permettant l'alimentation du programme de médicalisation des systèmes d'information (PMSI), le dossier médical est devenu le pivot autour duquel s'organisent plusieurs éléments essentiels pour les établissements de santé et notamment :

- l'allocation des ressources des établissements de santé (*via* le système de la tarification à l'activité [T2A]),
- la description de l'activité pour les agences régionales de santé (ARS),
- le suivi de la prise en charge des patients, primordial dans la certification des établissements par la Haute Autorité de santé (HAS),
- la trace médico-légale des pratiques médicales.

Face à ces nombreux usages, et au vu du grand nombre d'acteurs susceptibles d'avoir accès aux dossiers médicaux, la question de la confidentialité de leurs informations, bien que délicate, est légitime à poser.

Le secret médical au cœur du dossier médical hospitalier

La constitution d'un dossier médical est imposée aux établissements de santé publics et privés par l'article R. 1112-2 du Code de la santé publique (CSP). Il constitue le « lieu de recueil et de conservation des informations administratives, médicales et paramédicales, formalisées et actualisées, enregistrées pour tout patient accueilli, à quelque titre que ce soit »¹. Les informations qu'il contient sont protégées par le secret médical tel que prévu par l'article 4 du Code de déontologie médicale et l'ar-

1. Anaes, « Évaluation des pratiques professionnelles dans les établissements de santé ; dossier du patient ; réglementation et recommandations », juin 2003, p. 3.

ticle L. 1110-4 du CSP. Ces derniers ne font toutefois aucune distinction selon la nature des informations : qu'elles soient administratives ou médicales, toutes les informations du dossier sont protégées par le secret médical.

Concernant les débiteurs de l'obligation de respect du secret, l'article 226-13 du Code pénal précise que le délit de violation du secret professionnel est constitué dès lors que le professionnel a effectivement **révélé** à un tiers l'information protégée par le secret². En matière médicale, l'article L. 1110-4 alinéa 2 du CSP désigne les professionnels soumis à l'obligation de se taire et précise que le secret médical s'impose à tous les professionnels de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. Cet article semble d'ailleurs retenir une définition plus large de l'infraction pénale de l'article 226-13 puisqu'il précise qu'une personne ayant « obtenu » ou simplement « tenté d'obtenir » la communication d'informations soumises au secret médical est également susceptible d'être sanctionnée d'un an d'emprisonnement ou de 15 000 euros d'amende. Ainsi la violation du secret médical ne serait pas uniquement entendue comme la « révélation » d'informations de la part du détenteur du secret mais également comme l'« accès » à ces informations par des tiers non autorisés.

Afin de concilier la protection du secret médical et la prise en charge du patient, l'article L. 1110-4-II du CSP a permis l'encadrement juridique de la pratique du « secret partagé », permettant aux professionnels de santé d'échanger sans crainte les informations relatives à un même patient, à condition que cet échange ait pour

finalité unique la continuité des soins ou la meilleure prise en charge sanitaire possible de celui-ci.

Cette pratique du secret partagé, dérogoire au strict respect du secret médical, bénéficie également au département de l'information médicale (DIM) dont les missions sont définies à l'article L. 6113-7 du CSP. Celui-ci a pour fonction d'évaluer l'activité des établissements de santé et de permettre de facturer les actes et diagnostics à l'Assurance Maladie. Il a vocation à connaître les informations soumises au secret puisque les praticiens des établissements de santé leur transmettent les données médicales nominatives de leurs patients. Les informations étant alors partagées en dehors du cadre de la prise en charge du patient, il faut donc considérer que cette fonction est, en elle-même, dérogoire au respect du secret médical tel que défini par l'article L. 1110-4 du CSP.

Ainsi, le secret partagé n'est réservé qu'au personnel rattaché au DIM, ainsi qu'aux membres des équipes de soins prenant en charge un patient commun.

Bien que les médecins des autres services, les membres du personnel administratif ou encore les chefs des établissements publics ou privés soient soumis au secret médical, les données concernant un patient ne peuvent donc faire l'objet d'aucun partage entre ces derniers. Si tel était le cas, il faudrait alors considérer qu'il y a violation du secret médical.

Enquête sur les pratiques relatives à l'accès au dossier médical hospitalier

Le principe du secret médical impose que seuls les professionnels de santé ayant participé à la prise en charge du patient (ou les membres du DIM) soient autorisés à connaître son dossier médical hospitalier. Or, certaines pratiques observées ont révélé la manipulation de dossiers

2. L'article 226-3 du Code pénal dispose que « 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. »

médicaux par des membres du personnel administratif. Ces constatations nous ont donc conduit à nous interroger sur la réalité du respect du secret médical en établissement de santé.

Une enquête sur le terrain, réalisée par nos soins, a ainsi vu le jour au printemps 2015, permettant d'aboutir à un véritable état des lieux des pratiques existantes en matière d'accès au dossier médical hospitalier. Cette enquête a été construite sur la base d'un questionnaire anonyme visant les médecins de l'information médicale (DIM/PMSI), les cellules qualité, les secrétariats de direction et parfois des services « chargés du contentieux » avec les patients. Au total, une dizaine d'établissements de santé publics et privés, ainsi qu'une trentaine de personnes, ont accepté de présenter leurs méthodes de fonctionnement et de répondre le plus fidèlement possible aux questionnaires qui leur ont été soumis.

Après confrontation des résultats, il ressort de cette enquête une diversité procédurale saisissante et des écarts importants entre les pratiques observées et la loi en matière de maintien de la confidentialité des données de santé.

En réalité, il convient de distinguer les réelles difficultés rencontrées par les établissements de santé publics ou privés à appliquer la législation (I), des réticences qu'ils peuvent parfois exprimer en décidant de fermer les yeux sur certaines pratiques pourtant illégales (II).

I. Une mise en œuvre perfectible de la législation relative au secret médical

Les difficultés d'application de la législation proviennent de la difficile restriction de l'accès au dossier médical par le personnel interne à l'établissement (A). On constate toutefois quelques efforts en termes de respect du droit d'accès au patient à son dossier médical (B).

A. La difficile restriction de l'accès au dossier médical par le personnel interne à l'établissement

Les difficultés d'application de la législation proviennent essentiellement d'une interprétation extensive de la notion de secret médical partagé (1), même si les établissements de santé font quelques efforts pour tenter d'encadrer cette interprétation par des contrôles occasionnels (2).

1. Une interprétation extensive de la notion de « secret partagé » par le personnel médical et administratif

En pratique, l'ensemble du personnel de l'établissement étant tenu au secret médical, il croit, à tort, que les informations relatives à la santé des patients peuvent être librement échangées à l'intérieur de l'établissement. Ce n'est pourtant pas le cas. Cette possibilité n'est octroyée qu'aux équipes de soins et membres du DIM, seuls autorisés à pratiquer le « secret médical partagé ».

Ainsi, la confidentialité des dossiers papiers devrait-elle être assurée par l'utilisation de pochettes opaques lors des transports de ces derniers entre les différents services³, et par le recours à des identifiants et des mots de passe personnels ouvrant des droits d'accès différents et tracés selon les utilisateurs des dossiers informatisés. Or, ce n'est pas souvent le cas.

Une pratique assez répandue au sein des établissements interrogés consiste à donner les droits d'accès sur l'ensemble des dossiers médicaux, à chacun des médecins et professionnels de santé de l'établissement, qu'ils aient ou non pris en charge le patient. Cette pratique est parfois justifiée par le fonctionnement des services qui se partagent la prise en charge de patients de façon informelle

3. Anaes, « Dossier du patient, Amélioration de la qualité de la tenue et du contenu réglementaire et recommandations », juin 2003, p. 29.

sans rattacher un patient à un médecin donné. Or, il est nécessaire que chaque médecin intervenant puisse à tout moment accéder au dossier de tous les patients qui lui sont confiés.

La notion de « prise en charge » du patient est donc parfois interprétée très largement.

2. Des contrôles occasionnels du respect du secret médical partagé

Cette prise de liberté par rapport à la lettre de la loi est cependant parfois, mais rarement, contrebalancée par la mise en place, par les médecins DIM, de contrôles des droits d'accès. Bien que la plupart d'entre eux reconnaissent ne pas avoir la possibilité technique ni le temps d'effectuer cette vérification, certains sont toutefois parvenus à contrôler les droits d'accès. Reste souvent à déterminer s'il s'agit d'un accès mal intentionné, d'une erreur de manipulation de la part d'un membre du personnel ou d'un accès « bris de glace » légitimé par le seul intérêt du patient.

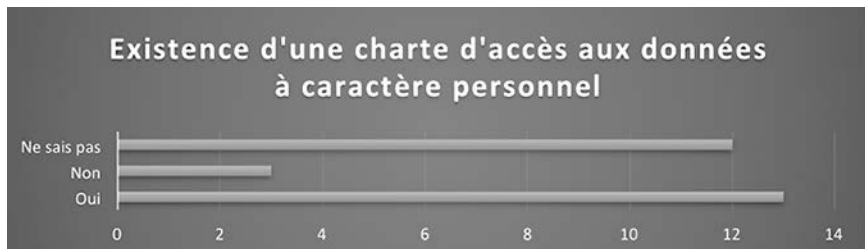
Dans la plupart des cas en effet, les cessions des utilisateurs restent ouvertes (particulièrement aux urgences où le personnel n'a pas toujours le temps de se déconnecter). Il est parfois possible qu'un autre membre ait accès à des dossiers médicaux pour lesquels il détient des autorisations mais qui ne convergent pas avec la cession utilisée. Dans ce cas,

l'accès au dossier médical est alors répertorié comme interdit alors même que la personne dispose des droits d'accès nécessaires sous sa propre cession.

Paradoxalement, ces accès tracés par les logiciels comme étant « illégitimes » se retrouvent souvent dans les établissements imposant une politique stricte en matière de confidentialité. En effet, plus les mots de passe exigés sont compliqués et nécessitent d'être changés de manière régulière, plus le personnel est tenté de les inscrire sur des notes laissées près des ordinateurs. L'usage prescrit mais non suivi des cartes de professionnels de santé (CPS) simplifierait peut-être cela, mais elles n'ont jamais percé en tant que clé d'accès au système d'information hospitalier (SIH).

D'une manière générale, les membres du personnel médical sont relativement bien informés de ces problématiques d'accès et de confidentialité des données de santé. Une très large majorité des services a mis à la disposition de son personnel des « chartes d'accès aux données à caractère personnel et de bon usage » (cf. schéma n° 1). Un des services informatiques interrogé transmet à l'ensemble des nouveaux membres du personnel une « charte pour la sécurité de l'informatique et des réseaux », et met en place des formations de sensibilisation sur les risques encourus.

Schéma n° 1



B. Des efforts déployés en termes de respect du droit d'accès au patient à son dossier médical

Selon les établissements de santé concernés, le respect du droit d'accès du patient à son dossier médical témoigne de pratiques diversifiées (1) et se heurte à quelques difficultés dans la mise en œuvre de la procédure (2).

1. Des pratiques diversifiées quant à l'accès du patient à son dossier médical

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'article L. 1111-7 du CSP précise que le patient bénéficie d'un droit d'accès direct à son dossier médical. Il peut donc désormais le consulter seul, même si la possibilité d'être accompagné d'un médecin lui est toujours octroyée.

Ce droit d'accès trouvant sa source dans le droit à l'information du patient, tout comme le devoir d'information incombant à son médecin imposé par l'article 35 du Code de déontologie, il semble évident que seul le professionnel de santé ayant contribué à la prise en charge de celui-ci est habilité à lui communiquer ledit dossier.

Dans le secteur public, la communication devra se faire par un médecin responsable de la structure concernée (qui fait donc partie de « l'équipe médicale » ayant contribué à la prise en charge du

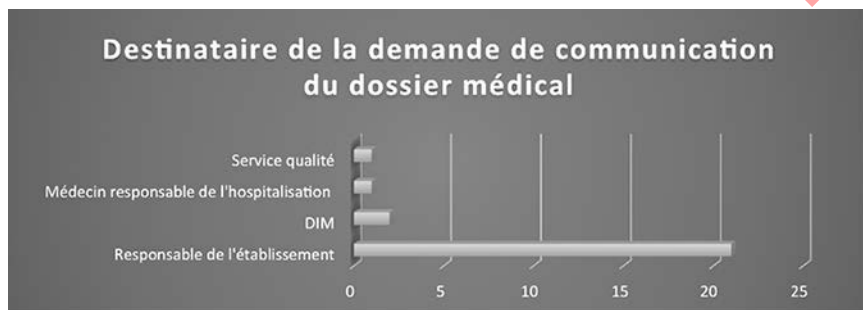
patient et qui bénéficie du secret médical partagé) ou par tout membre du « corps médical » que le chef d'établissement aura désigné à cet effet. Dans le secteur privé, la communication sera assurée par un médecin responsable de la prise en charge du patient, et en son absence, par un autre médecin désigné par la conférence médicale⁴.

Lorsqu'un patient souhaite accéder à son dossier médical conformément à l'article L. 1111-7 du CSP, l'alinéa 2 de l'article R. 1111-1 du même code prévoit que cette demande doit être adressée au responsable de l'établissement et que le destinataire de la demande doit ensuite s'assurer de l'identité du demandeur avant d'autoriser la communication du dossier. Dans tous les cas, la demande doit ensuite être traitée par un médecin. Les membres du personnel administratif ne peuvent donc pas communiquer « directement » le dossier au patient qui en fait la demande⁵. Une large majorité des établissements interrogés exige une demande adressée au responsable de l'établissement (cf. schéma n° 2).

4. Article R. 1112-1 du CSP.

5. « Seul un médecin est habilité à communiquer les informations contenues dans le dossier » : Anaes, « Dossier du patient. Amélioration de la qualité de la tenue et du contenu réglementaire et recommandations », juin 2003, p. 50.

Schéma n° 2



En revanche, le processus du tri à effectuer sur les pièces communicables diverge d'un établissement à l'autre. Bien que le médecin responsable de l'hospitalisation soit très fréquemment parti au processus, on observe toutefois une participation non négligeable du personnel rattaché à la direction ou au personnel administratif (cf. schéma n° 3). Dans certains cas, des « secrétaires médicales » sont même rattachées à la direction de l'établissement, ce qui pose problème quant à leur légitimité et à leur droit d'accès aux informations médicales. En outre, dans un des établissements visités, ce

processus était entièrement pris en charge par le service qualité (recevabilité de la demande, sélection des pièces et transmission au patient). S'il est, dans ce cadre, particulièrement difficile de trouver un fondement légal à cette pratique, les personnes interrogées avancent souvent l'argument de la rapidité. Dans d'autres cas, n'ayant pas conscience de l'illicéité de la procédure, elles ne trouvent aucune justification quant à cette façon de procéder, ce qui témoigne du flou qui entoure cette notion de secret médical au sein de certains établissements de santé.

Schéma n° 3



2. Les difficultés rencontrées dans la mise en œuvre de la procédure

À compter de la réception de la demande par l'établissement, le délai de transmission du dossier médical est compris entre 48 heures et 8 jours. Il peut être exceptionnellement porté à 2 mois lorsque les informations médicales datent de plus de 5 ans (article L. 1111-7 du CSP).

En pratique, les difficultés rencontrées par les établissements de santé dans la mise en œuvre de la procédure imposée par les textes concernent, outre la participation des organes habilités à communiquer les dossiers médicaux, le respect des délais de communication de ces derniers.

En effet, une très large majorité des établissements publics et privés a répondu « oui » à la question « rencontrez-vous des difficultés à respecter le délai de 8 jours pour communiquer le dossier médical ? » (cf. schéma n° 4). Cette difficulté concerne essentiellement les établissements de santé qui possèdent des dossiers médicaux « papiers », et plus rarement ceux dont le système est entièrement informatisé.

Schéma n° 4



Selon le personnel interrogé, le dossier médical est effectivement souvent incomplet (cf. schéma n° 5). Le temps de retrouver les pièces manquantes dépasse donc bien souvent le délai de 8 jours imposé par la loi pour les dossiers les plus récents. Dans d'autres situations, le problème réside dans la difficulté de mobiliser le médecin responsable de l'hospita-

talisation ayant contribué à la prise en charge du patient. Le temps qui s'écoule entre la réception de la demande par la direction, la transmission au DIM, l'avis des médecins responsables de l'hospitalisation et enfin la copie des informations retenues dépasse donc bien souvent le délai légal.

Schéma n° 5



II. Des réticences à appliquer la législation

Les réticences des établissements de santé à appliquer la législation en matière de respect du secret médical se retrouvent essentiellement lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts de l'établissement de santé, qu'ils soient économiques (A) ou contentieux (B).

A. Le problème de l'accès aux données non anonymisées par les sociétés d'optimisation du codage: la protection d'intérêts économiques des établissements de santé

Si l'affaire *Saint-Malo* témoigne du problème lié aux demandes d'accès aux données non anonymisées par les sociétés d'optimisation du codage (1), elle s'avère être un cas non isolé, vérifié par la pratique (2).

1. Le problème des demandes d'accès aux données non anonymisées par les sociétés d'optimisation du codage : l'exemple de l'affaire de Saint-Malo

Depuis quelques années, et en particulier depuis la loi Hôpital, patients, santé, territoires (HPST) de 2009, qui avait pour objectif principal le retour à l'équilibre financier des établissements de santé, ces derniers font de plus en plus appel à des sociétés externes pour optimiser leurs codages.

En effet, le codage est en lien direct avec la tarification à l'activité (T2A), c'est-à-dire que les recettes perçues par l'hôpital sont directement liées à son activité et que pour pouvoir les percevoir par l'Assurance Maladie, l'établissement de santé envoie à cette dernière la preuve, sous forme codée, des diagnostics et des actes qui ont été effectués sur chaque patient. Selon le codage utilisé par le DIM pour une même prise en charge, le gain pour l'hôpital peut être significatif. C'est ainsi que pour éviter tout manque à gagner, certains établissements de santé font appel à des sociétés extérieures d'optimisation du codage qui sont rémunérées en pourcentage des sommes récupérées à la suite du recodage.

Le problème du recours à ces sociétés réside essentiellement dans leurs demandes d'accès direct aux données non anonymisées (RSS-résumé de sortie de séjour)⁶ dans le cadre de la réalisation de leurs missions, mettant ainsi en péril le secret médical. En effet, si l'article R. 6113-5 du CSP prévoit la possibilité, pour d'autres personnes que les membres du DIM, d'accéder aux données nominatives, c'est à la seule condition que ces dernières soient placées directement sous l'autorité du mé-

decin DIM⁷. Or, en pratique, les sociétés d'optimisation du codage, bien que soumises à une clause de confidentialité, ne connaissent pas de telle hiérarchie et accèdent librement et sans autorisation du médecin DIM aux données nominatives. Si ces derniers s'opposent souvent à la communication de ces données, la pression de la direction se révèle parfois bien trop forte, le respect du secret médical étant alors laissé pour compte.

Un exemple illustrant parfaitement cette opposition d'intérêts est celui du médecin DIM de l'hôpital de Saint-Malo, Jean-Jacques Tanquerel, qui après s'être opposé au choix de la direction de laisser la société d'optimisation du codage accéder aux RSS, a été évincé de son poste de médecin DIM. Or, les décisions rendues par le Conseil national de l'Ordre des médecins et par la CNIL sont unanimes : rien ne justifie l'accès de la société d'optimisation du codage à des données de santé non anonymisées.

Dans sa décision du 25 septembre 2013⁸, la CNIL rappelle que « ces pratiques conduisent à permettre un accès à des données couvertes par le secret médical par des tiers non autorisés, ce qui constitue un manquement à l'obligation de confidentialité des données ». Elle ajoute que, quand bien même le prestataire disposait d'une autorisation de la CNIL, cette autorisation ne lui permettait pas

7. Article R. 6113-5 du Code de santé publique : « Les médecins chargés de la collecte des données médicales nominatives ou du traitement des fichiers comportant de telles données sont soumis à l'obligation de secret dont la méconnaissance est punie conformément aux articles 226-13 et 226-14 du Code pénal. Il en est de même des personnels placés ou détachés auprès de ces médecins et qui travaillent à l'exploitation de données nominatives sous leur autorité, ainsi que des personnels intervenant sur le matériel et les logiciels utilisés pour le recueil et le traitement des données. »

8. CNIL, décision n° 2013-037 du 25 septembre 2013 mettant en demeure le centre hospitalier de Saint-Malo.

6. Résumé de sortie de séjour, qui retrace de manière non anonymisée les actes effectués sur le patient.

d'accéder à des données nominatives de patients et que l'établissement de santé, qui avait permis un tel accès aux dossiers médicaux, a donc commis un manquement à son obligation de veiller à la sécurité et à la confidentialité des données, ainsi qu'à son obligation de respecter la vie privée et les libertés individuelles au regard de la loi du 6 janvier 1978.

2. L'affaire *Saint-Malo* : un cas non isolé vérifié par la pratique

Pour que l'intervention de ces sociétés d'optimisation du codage soit considérée comme légale, quelques impératifs procéduraux doivent être respectés.

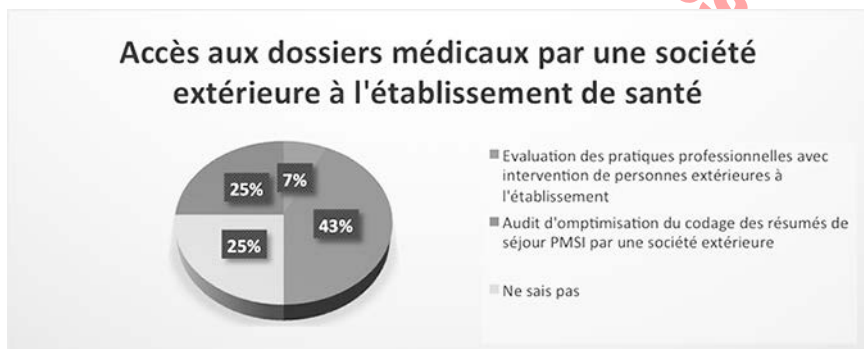
Conformément au chapitre X de la loi du 6 janvier 1978⁹, il est nécessaire que la société d'optimisation du codage bénéficie d'une autorisation de la CNIL lui permettant d'accéder aux données indirectement identifiantes, sous réserve

9. Le chapitre X a été abrogé par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, dans un objectif de simplification. Les dispositions relatives aux demandes d'autorisation n'ont toutefois pas vocation à être modifiées. En attendant la publication de son décret d'application, les dispositions précitées demeurent applicables.

qu'elles ne comportent ni le nom, ne le prénom du patient, ni même son numéro de Sécurité sociale. Sans cette autorisation, le médecin responsable de l'information médicale n'est alors pas légitime à transmettre des données couvertes par le secret médical, à un tiers considéré alors comme « non autorisé ». En pratique, on a toutefois constaté que si la majorité des établissements interrogés a déjà eu recours à une société d'optimisation du codage (cf. schéma n° 6), aucun d'entre eux n'a procédé à la vérification de l'octroi d'une telle autorisation au prestataire de services (cf. schéma n° 7).

Dans la plupart des cas, il s'agissait d'une procédure imposée par le groupe auquel l'établissement est rattaché et les personnes interrogées n'étaient donc pas en mesure de procéder à une telle vérification à leur niveau. Sur l'échantillon d'étude considérée, seul un médecin DIM avait déjà eu l'occasion de procéder à cette vérification auprès de la CNIL, et avait décidé, après avoir constaté l'irrégularité du document présenté par la société, de s'opposer à l'intervention de la société d'optimisation dans son établissement.

Schéma n° 6



(NDLR : Il y a une faute dans la légende du schéma n° 6 : « **optimisation** » et non « **omptimisation** ». Merci de faire la modification sur le schéma original et m'adresser le schéma corrigé)

Schéma n° 7



PROTÉGER
LE SECRET
DU DOSSIER
MÉDICAL
HOSPITALIER
UNE UTOPIE ?

Mais outre la demande d'autorisation qui devrait être effectuée auprès de la CNIL, il faudrait davantage envisager une restriction de ces accès aux seuls dossiers médicaux nécessaires à la réalisation de leurs missions car, dans la plupart des cas, ces sociétés parviennent à accéder à la totalité des dossiers médicaux de l'établissement, sans aucune limitation.

En pratique, les DIM interrogés ont reconnu qu'une anonymisation systématique des dossiers médicaux était impossible à réaliser, notamment pour les dossiers papiers (tâche chronophage). Par ailleurs, pour les dossiers informatisés, les médecins DIM ont été unanimes pour expliquer qu'une anonymisation « parfaite » n'existe pas. Il est, en effet, possible de retrouver l'identité des patients avec quelques indices et notamment par le biais des numéros de séjours.

De véritables efforts semblent donc nécessaires en matière d'accès aux dossiers médicaux par les sociétés d'optimisation du codage.

B. L'accès facilité au dossier médical par l'assurance ou l'avocat de l'établissement: la protection contentieuse des établissements de santé

La transmission du dossier médical hospitalier à l'assureur ou à l'avocat de l'éta-

blissement ne nous semble pas être le principe mais bien l'exception au regard des textes qui encadrent la protection du secret médical. Or, lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts des établissements de santé, il semble que l'accès au dossier médical soit facilité non seulement à l'assurance de ces derniers (1), mais parfois même à leur avocat (2).

1. L'accès au dossier médical par l'assurance de l'établissement

Lorsqu'il est question de la transmission du dossier médical à un assureur, que ce soit l'assureur du patient ou celui de l'établissement, la règle qui s'impose au médecin DIM est de ne pas dévoiler le secret médical à un tiers, quand bien même il disposerait du consentement du patient. En effet, la jurisprudence a eu l'occasion de préciser que le caractère absolu du secret médical s'oppose à ce que le malade puisse délier le médecin de son obligation de secret¹⁰. Il ne peut donc être porté atteinte au secret médical que par la loi (cf. secret partagé ou l'article L. 6111-7 du CSP).

La Cada a néanmoins prévu une dérogation dans les cas où le patient, dans l'incapacité de manifester sa volonté, aurait

10. *Decraene, D.* 1948, Jur. p. 109, note P. GULPHE; *JCP* 1948, II, 4141, note A. LEGAL.

un intérêt évident à ce que soient communiquées les données le concernant à l'assurance¹¹.

Il est également arrivé à la jurisprudence de se montrer plus souple puisqu'elle admet la preuve illicite (rapportée en violation du secret professionnel) dès lors qu'elle peut être débattue contradictoirement et qu'elle intervient en garantie des droits de la défense à l'occasion d'un procès pénal¹². Toutefois, et d'une manière générale, le recours à l'expertise demeure privilégié puisqu'il garantit que les informations couvertes par le secret ne seront communiquées qu'à des médecins (et non pas directement aux parties), garantissant ainsi à la fois le respect du secret médical et du principe du contradictoire¹³.

En pratique, un des problèmes les plus fréquemment rapportés par les médecins DIM interrogés est celui de la transmission des dossiers médicaux des patients à l'assureur de l'établissement (et non pas à leur médecin-conseil). Hésitant entre leur devoir déontologique de protection de la confidentialité et l'intérêt qu'ils auraient à ce que l'établissement auquel ils sont rattachés puisse se défendre correctement, certains reconnaissent, selon les situations rencontrées, communiquer les données demandées sans même recueillir l'accord du patient.

Dans le cadre de cette étude, une personne travaillant pour le compte d'une assurance d'établissements de santé a même avoué qu'il était déjà arrivé qu'un médecin-conseil se prononce sur un litige sans même avoir obtenu l'accord du patient victime. Ceci démontre bien les réticences des établissements de santé à respecter scrupuleusement les procé-

dures imposées par la loi dès lors que leurs propres intérêts sont menacés.

Ce comportement pourrait trouver une justification dans le fait que le dossier médical, n'appartenant pas plus au patient qu'à l'établissement, demeure un moyen de défense commun aux deux parties en litige.

2. L'accès au dossier médical par l'avocat de l'établissement

Lorsqu'il s'agit de défendre les intérêts du patient, il apparaît légitime que son avocat, agissant en tant que mandataire, puisse accéder au dossier médical de ce dernier¹⁴.

Ce droit d'accès est prévu par l'arrêté du 5 mars 2004 qui dispose que « les informations de santé peuvent être communiquées à une personne mandatée par le patient [...] dès lors qu'elle bénéficie d'un mandat exprès et qu'elle peut justifier de son identité. La personne mandatée ne peut avoir de conflits d'intérêts et défendre d'autres intérêts que celui de son mandant ».

Mais la question de la légitimité d'accès au dossier médical du patient se pose avec d'autant plus d'intérêt en présence de l'avocat de l'établissement. Dans cette situation, il s'agira en effet de défendre les intérêts de l'établissement de santé.

En pratique, il a été constaté qu'il arrivait que l'avocat de l'établissement de santé, accompagné du directeur, pénètre dans les locaux au sein desquels sont entreposés les dossiers papiers et accède directement aux informations protégées par le secret médical.

Si certains se sont défendus en prétendant recueillir l'avis ou l'autorisation du médecin responsable de l'information médicale, nous avons vu précédemment

11. Cada, *Directeur de centre hospitalier d'Albertville Moutiers*, conseil n° 20091755 du 18 juin 2009.
12. Cass. crim., 17 décembre 2002, pourvoi n° 01-88.596.

13. Cass. 2° civ., 19 septembre 2013, n° 12-20.771 ; CA Poitiers, 21 septembre 1994, n° 1994-09-21.

14. CE, *Conseil national de l'Ordre des médecins*, 26 septembre 2005, n° 270234.

que le secret médical est absolu et que le médecin DIM ne dispose d'aucune légitimité à transmettre un dossier médical à un tiers non autorisé.

Conclusion

Notre enquête montre que le secret professionnel est finalement souvent confondu avec le secret médical partagé, donnant ainsi naissance à des pratiques illégales dans la plupart des établissements qui ont eu l'amabilité de participer à notre enquête. Il nous est très vite apparu important de témoigner de ce qui, pour des juristes en droit de la santé, semble constituer des dérapages sous-estimés par les autorités de régulation et de police sanitaire. Il s'agit aussi pour nous d'ouvrir un débat, une redéfinition des rôles

et des règles, ou au moins de poser sur la table ce constat : les établissements de santé en général, et les DIM en particulier, se trouvent le plus souvent avec leurs dossiers médicaux nominatifs dans des positions délicates entre « objectifs institutionnels » et « secret médical ». Les pressions augmentent sur les établissements, leurs directions générales, les DIM, les dossiers qu'il faut « contrôler », pour toutes ses utilisations.

Sans un sursaut de conscience collective sur la nécessité du secret, ce dernier sombrera au champ d'honneur des contrôles de gestion et des intérêts supérieurs des établissements de santé. Cette enquête qualitative a pour but d'alerter sur le deuil du secret, qui nous guette, qui nous gagne, si nous laissons faire.

PROTÉGER
LE SECRET
DU DOSSIER
MÉDICAL
HOSPITALIER
UNE UTOPIE ?