



HAL
open science

”Secret professionnel en matière sociale et médico-sociale : le jeu des responsabilités civile et pénale”, Dossier : Secret professionnel, partage d’information et éthique en matière sociale et médico-sociale, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 6 juin 2019, F. Faberon, C. Marliac et F. Roche (dir.), La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], E. Raschel (dir.), 2020, n° 20, pp. 63-71

Marie Nicolas-Greciano

► **To cite this version:**

Marie Nicolas-Greciano. ”Secret professionnel en matière sociale et médico-sociale : le jeu des responsabilités civile et pénale”, Dossier : Secret professionnel, partage d’information et éthique en matière sociale et médico-sociale, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 6 juin 2019, F. Faberon, C. Marliac et F. Roche (dir.), La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], E. Raschel (dir.), 2020, n° 20, pp. 63-71. La Revue du Centre Michel de l’Hospital [édition électronique], 2020, n° 20, pp. 63-71. <hal-02564543>

HAL Id: hal-02564543

<https://uca.hal.science/hal-02564543v1>

Submitted on 5 May 2020

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.



HAL Authorization

SECRET PROFESSIONNEL EN MATIERE SOCIALE ET MEDICO-SOCIALE : LE JEU DES RESPONSABILITES CIVILE ET PENALE

Marie NICOLAS-GRECIANO,

Maître de conférences en droit privé et sciences criminelles,

Université Clermont Auvergne, Centre Michel de L'Hospital EA 4232, F-63000 Clermont-Ferrand, France

Jean de la Bruyère a écrit, dans son ouvrage *Les caractères* en 1688, « toute révélation d'un secret est la faute de celui qui l'a confié ». Cette formule, qui ne cache pas une pointe d'ironie, ne trouve pas de résonance en droit. En effet, la réglementation relative au secret professionnel fait peser la responsabilité de la révélation sur le confident, c'est-à-dire sur la personne qui est le dépositaire du secret, et non sur celui qui se confesse ; ce dernier restant le seul maître de l'information. Cette règle s'applique notamment aux personnels du secteur social et médico-social¹, qui – en raison de leur profession ou de leur mission² – engagent leur responsabilité civile et/ou pénale en cas de manquement à leur obligation de taire les informations recueillies au cours de leur exercice professionnel.

Les finalités de la sanction. Toute violation du secret est sanctionnée par le jeu de la responsabilité civile et/ou pénale. Cette sanction peut paraître *prima facie* sévère, car les hypothèses de violation du secret professionnel se manifestent parfois dans des situations banales. Tel est le cas d'un travailleur social, un peu trop bavard avec son entourage, qui révèle des informations privées au sujet de l'individu qu'il suit ou encore d'un professionnel de santé qui, pensant bien agir, transmet des informations sur la situation médicale de son patient à un membre de sa famille³. Si ces actes peuvent paraître anodins, ils sont sources de responsabilités, dont la finalité est de préserver un double intérêt, à la fois particulier et général. En premier lieu, c'est la vie privée des personnes suivies qui est protégée par le secret⁴. Ces individus sont amenés à transmettre, au praticien, des informations touchant à leur intimité. En tant que données à caractère personnel et sensible, leur divulgation est interdite. Sanctionner les atteintes au secret permet donc de dissuader les divulgations et *in fine* de préserver l'intérêt particulier de celui qui se confesse. En second lieu, le secret professionnel protège le lien de confiance entre, d'une part, les patients et le corps médical (c'est le serment d'Hippocrate), et d'autre part, l'aidé et le travailleur social. En effet, si l'individu craint que les renseignements sur sa vie privée, sa situation familiale ou encore sa santé ne soient transmis à d'autres (connus ou inconnus), il ne serait pas prompt à confesser des éléments pourtant cruciaux et nécessaires à sa prise en charge. Privé de ces informations, le professionnel ne pourrait pas exercer ses missions. Le secret apparaît alors comme la condition *sine qua non* à l'exercice du bon suivi social et médico-social. Ainsi, c'est la profession toute entière qui est protégée à travers la sanction pour violation du secret ; c'est là que réside l'intérêt général. Dans ce sens, le Professeur Garçon a souligné que :

« le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, [...] mais [...] le médecin, [...] ne pourrai [t] accomplir [sa] mission si les confidences qui [lui] sont faites n'étaient pas assurées d'un secret inviolable »⁵. Selon lui, « il importe donc à l'ordre social que ces confidences nécessaires soient astreintes à la discrétion et que le silence leur soit imposé sans condition ni réserve, car personne n'oserait plus s'adresser à eux si l'on pouvait craindre la divulgation du secret confié. »

La volonté de préserver l'intérêt général est aussi apparue très tôt dans la jurisprudence, puisque, dès 1885, la Cour de cassation a affirmé :

« en imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines

¹ En vertu de l'article L. 1110-4 du CSP, sont soumis au secret, les infirmiers du service de soins infirmiers d'aide à domicile (SSIAD). Sont aussi concernés les personnels du service d'aide à domicile (SAD), le personnel de la petite enfance, le personnel des établissements pour personnes âgées ou les établissements et services pour personnes handicapées et pour les publics en difficultés sociales, les assistants et futurs assistants des services sociaux et les membres du service pénitentiaire d'insertion et de probation (SPIP), art. D. 581 du CPP, les assistants de service social, art. L. 411-3 du CASF, les professionnels de la protection maternelle et infantile, art. L. 2112-9 du CSP, ou de ceux de la mission d'aide sociale à l'enfance, art. L. 221-6 du CASF.

² Certaines personnes sont soumises au secret par état : ce sont celles qui, en raison de leur statut, doivent garder secrètes les informations reçues (prêtres, rabbins, pasteurs, imams). D'autres y sont tenues par leur profession (infirmiers, sages-femmes, médecins, pharmaciens, avocats, policiers, gendarmes). Enfin, certains y sont soumis par mission ou fonction. Peu importe leur métier (éducateurs spécialisés, psychologues, agent administratif etc.), les personnes exerçant une mission d'aide sociale à l'enfance, de protection maternelle et infantile, de service pénitentiaire de probation ou travaillant dans un service de soin, sont tenues au secret.

³ En revanche, ne viole pas le secret médical, le médecin qui délivre un certificat médical à la compagne de son patient, alors que celle-ci l'a suivi dans sa maladie, a participé à tous les rendez-vous médicaux pendant plusieurs années, ce qui établit la volonté du défunt de partager avec elle des informations médicales le concernant. Cass., 1^{ère} civ., 25 septembre 2013, n° 12-19.657.

⁴ Ces données à caractère personnel sont considérées comme sensibles par la recommandation n° R (97) 5 relative à la protection des données médicales du Comité des ministres du Conseil de l'Europe et le Règlement général sur la protection des données (RGDP) n° 2016/679, du 27 avril 2016, § 35.

⁵ Émile Garçon, cité par Amandine Dufour, « La part du secret médical dans la recherche de la vérité en droit pénal », *Droit, déontologie et soin*, 2002, n° 4, p. 475.

professions et garantir le repos des familles qui peuvent être amenées à révéler leurs secrets par suite de cette confiance nécessaire »⁶.

C'est donc pour protéger ces deux intérêts – particulier et général –, qu'il est nécessaire de sanctionner toute atteinte au secret professionnel par le biais des responsabilités civile et/ou pénale. Toutefois, le secret professionnel n'est pas absolu, ce qui implique que, dans certaines hypothèses, le professionnel puisse révéler des informations confidentielles, sans engager sa responsabilité.

Le choix entre les modes de responsabilité. En cas de violation du secret, la victime de la divulgation a la possibilité d'exercer une action en justice soit devant le juge civil, soit devant le juge répressif⁷. En pratique, c'est souvent la voie pénale qui est privilégiée, parce qu'elle offre à la victime des facilités importantes en matière probatoire (la charge de la preuve repose sur le procureur de la République⁸) ou de frais (le coût de l'expertise n'est pas supporté par elle). Ainsi, le contentieux en cas de manquement au secret professionnel est majoritairement traité par les juridictions répressives. À notre connaissance et sauf erreur de notre part, une recherche sur l'ensemble des décisions rendues ces dix dernières années permet de constater que seules deux décisions relatives à la responsabilité civile pour violation du secret en matière sociale et médico-sociale ont été rendues par les cours d'appel et la Cour de cassation⁹. Sur la même période, trois fois plus de décisions ont été rendues par la chambre criminelle¹⁰. La voie civile évolue alors clairement dans l'ombre de la voie pénale. Pourtant, cette dernière n'atteint que rarement le succès escompté : pour preuve, sur les six décisions rendues cette dernière décennie, aucune n'a admis la responsabilité pénale du prévenu¹¹. Le choix possible entre ces deux voies conduit à s'interroger sur les points communs et les divergences, comme sur les avantages et les inconvénients de chacun de ces modes de responsabilité, ceci pour déterminer si la préférence accordée au répressif est justifiée ou non. Dans un premier temps, il apparaît que ces deux responsabilités sont inégalement conditionnées (I), dans un second temps, elles sont – toutes les deux – légitimement exclues (II).

I. DES RESPONSABILITES INEGALEMENT CONDITIONNEES

Les responsabilités civile et pénale expriment des convergences sur le plan de la matérialité de la violation du secret professionnel (A), mais elles divergent en matière d'intentionnalité et de préjudice (B).

A. Convergences

Non seulement le droit civil et le droit pénal s'accordent sur la notion d'information secrète, mais ils retiennent également une conception élargie du fait générateur de responsabilités.

Notion commune d'information secrète. La notion d'information secrète reçoit une acception commune en droit civil et pénal. En réalité, le premier s'est aligné sur le second qui – en raison du délit de violation du secret professionnel – a la mainmise sur la définition de ses composantes. Ainsi, pour être sanctionnée sur le plan civil ou pénal, la révélation d'une information doit porter sur un secret préalablement recueilli par un personnel soignant ou un travailleur social. À ce sujet, la Chambre criminelle a estimé que n'était pas couvert par le secret, un compte-rendu établi par une surveillante pénitentiaire sur le comportement d'un détenu, produit par un délégué syndical pénitentiaire au cours d'une procédure judiciaire pour diffamation¹². N'est pas davantage couverte par

⁶ Cass. crim., 19 déc. 1885, rapp. Tanon, *Bull. crim.*, 1885, n° 363 ; S., 1886, p. 86.

⁷ Art. 4 du CPP.

⁸ En vertu de la présomption d'innocence. Art. 9 de la DDHC, art. préliminaire du CPP, art. 9-1 du Code civil.

⁹ La cour d'appel de Bordeaux a rendu une décision confirmative le 13 mai 2015 n° 12-06.590, au sujet d'un médecin du travail qui, après avoir examiné le directeur des ressources humaines ayant exercé l'action en justice, a transmis à l'employeur deux avis d'inaptitude définitive à la fonction de DRH en raison de « problèmes de santé mentale » (attitudes colériques agressives, altercations, cris, hurlement etc.). Pour le DRH, le médecin du travail a commis une faute en violant le secret auquel il était tenu en vertu de l'article R. 4127-4 du CSP. Pour la juridiction du second degré, aucune faute ne peut être reprochée au médecin dans l'accomplissement de sa mission de médecine préventive. Dans l'arrêt confirmatif du 20 octobre 2015 n° 14-81.663, la chambre criminelle a été saisie par un médecin d'une affaire de harcèlement moral à l'encontre du directeur d'établissement. Le contentieux ne porte pas directement sur le secret professionnel, mais la partie civile évoque une violation du secret médical par le directeur qui a récupéré des documents confidentiels pour contester le professionnalisme du médecin auprès du service. Si la Cour ne répond pas directement sur ce point, elle conclut à l'absence de faute civile.

¹⁰ *Crim.*, 3 avril 2012, n° 11-85.571 ; *Crim.*, 4 septembre 2018, n° 17-86.619 ; *Crim.*, 11 juillet 2017, n° 16-83.816 ; *Crim.*, 6 mars 2012, n° 11-80.801 ; *Crim.*, 25 octobre 2011, n° 10-87.179 ; *Crim.*, 27 avril 2011, n° 10-82.200.

¹¹ Dans l'affaire rendue le 27 avril 2011, la responsabilité a été engagée devant les juridictions du fond, mais la chambre criminelle a cassé l'arrêt et demandé aux juges du fond de procéder à un nouvel examen des conditions de levée du secret.

¹² *Crim.*, 4 septembre 2018, n° 17-86.619.

le secret, l'information transmise par un médecin à la veuve d'un docteur selon laquelle la commission médicale d'établissement émettait des réserves quant au rachat par le premier de la clientèle du docteur décédé¹³.

Quelle est alors la définition positive de l'information secrète ? Le Code civil est silencieux sur ce point, quant au Code pénal, il parle d' « informations à caractère secret », sans pour autant en préciser le contenu¹⁴. Doit-on en déduire que seules les informations non connues des autres sont visées par ce texte ? Selon la jurisprudence, la connaissance par d'autres personnes de faits couverts par le secret professionnel n'exclut pas le caractère confidentiel de ces informations¹⁵. L'expression du législateur ne se traduit donc pas par « information non connue ». Est-ce à dire que la responsabilité peut être engagée lorsque l'information est connue de tous ? La lettre du texte ne semble pas aller aussi loin, d'autant qu'il est difficile d'imaginer qu'une information publique puisse être couverte par le secret professionnel. Au regard de la jurisprudence, le secret doit se comprendre comme « une information cachée »¹⁶ portant soit sur un élément qui n'est pas connu, soit sur un renseignement connu de certaines personnes ou connu partiellement du public dès lors qu'il a été confié à titre confidentiel. Enfin, l'information doit – aux sens civil et pénal – être reçue dans le contexte spécifique de l'exercice professionnel, ce qui signifie que la personne prise en charge a transmis des informations au praticien dans le cadre d'une mission sociale ou médico-sociale. Tel n'est pas le cas de l'assistant social qui peut, par exemple, être amené à connaître d'un secret dans le cadre de sa vie privée, à titre de confiance amicale ou familiale. S'ajoutent à ces règles communes aux deux régimes de responsabilité, une conception élargie de la faute civile et de l'élément matériel en droit pénal.

Une faute civile entendue largement. La responsabilité civile¹⁷ est engagée dès qu'une information confidentielle a été révélée en dehors du cadre strictement réglementé du partage de secret¹⁸. La faute revêt alors des formes variées, puisque selon la jurisprudence, elle peut constituer une action ou une abstention. D'abord, la faute peut provenir d'une action, à savoir un comportement positif par lequel un professionnel de santé ou un travailleur social divulgue une information couverte par le secret sans y être autorisé, ou délivre une information à une personne non habilitée à la recevoir. Une telle faute a été retenue à l'encontre du médecin ayant affiché dans la salle d'attente la lettre adressée par un patient au conseil de l'ordre¹⁹.

Ensuite, l'abstention dans la révélation d'une information peut, elle aussi, constituer une faute civile. Ici, il n'est pas reproché au professionnel de ne pas s'être tu (application du secret), mais de ne pas avoir parlé alors qu'il aurait pu ou dû le faire²⁰. En réalité, une distinction doit être opérée entre deux situations : la première concerne le professionnel qui, en vertu de la loi, est soumis à une obligation de transmettre une information protégée par le secret. Dans ce cas, il doit rompre le secret auquel il était tenu, sinon il commet une faute civile et engage sa responsabilité. La seconde situation concerne le cas où le professionnel bénéficie d'une faculté dans la divulgation de l'information reçue. Là, le praticien dispose de son libre arbitre, il reste maître de son choix : c'est lui qui, en son âme et conscience, décide de transmettre l'information normalement couverte par le secret. En pareille hypothèse, la jurisprudence estime que la faute est uniquement constituée si l'omission de divulgation a eu un impact négatif sur la prise en charge du patient ou de la personne suivie²¹. En d'autres termes, si l'abstention de transmission de l'information a eu pour effet de limiter, ralentir, voire empêcher le suivi médical ou social de l'individu, la jurisprudence reconnaît l'existence d'une faute génératrice de responsabilité civile. Le fameux adage de Loysel « qui peut et n'empêche, pêche » deviendrait alors « qui peut et empêche, pêche ». En revanche,

¹³ Crim., 3 avril 2012, n° 11-85.571.

¹⁴ La Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'absence de définition claire et précise de la notion d'information à caractère secret, car la question ne portait pas un caractère sérieux, dès lors qu'il revient au juge pénal de la définir : Crim., 5 septembre 2012, n° 12-90.045.

¹⁵ Crim., 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 192.

¹⁶ Claudia Ghica-Lemarchand, « La responsabilité pénale de la violation du secret professionnel », *RDSS*, n° 3, 2015, p. 419.

¹⁷ Il s'agit d'un cas de responsabilité civile pour faute. Art. 1240 du Code civil. Mais l'action en responsabilité civile peut aussi être fondée sur le droit au respect de la vie privée inscrit à l'art. 9 du Code civil et à l'art. 8 de la CESDH. La CEDH a considéré dans l'affaire *Z. c/ Finlande*, que la révélation de la séropositivité de la requérante au cours d'une procédure pénale contre son mari constitue une violation de l'article 8 de la Convention et donc une ingérence dans la vie privée et familiale de l'intéressée. CEDH, *Z. c/ Finlande*, 25 février 1997, req. n° 22009/93, obs. R. Koering-Joulin. La CEDH prête une attention particulière au lien étroit entre secret médical et protection de ces données personnelles en cas de violation du secret professionnel ; Sophie Gambardella, « Une lecture de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux données de santé », *RDSS*, n° 2, 2016, p. 271 sq. Peut également fonder l'action en responsabilité civile, l'art. L. 1110-4 al. 1 et 2 du CSP.

¹⁸ La loi autorise, dans certaines hypothèses, les professionnels à échanger des informations confidentielles, afin de permettre la bonne prise en charge de l'individu. Par exemple, l'art. L. 226-2-2 du CASF permet aux personnes soumises au secret professionnel qui travaillent dans le domaine de protection de l'enfance de partager entre elles des informations confidentielles. Sur ce thème, voir Michel Borgetto, « Le partage du secret professionnel dans le secteur social et médico-social », *RDSS*, n° 3, 2015, p. 393 sq.

¹⁹ CA Nancy, 9 mars 2009, n° 2009/376668.

²⁰ *Cf. infra*.

²¹ Cristina Corgas-Bernard, Philippe Pierre, « Les responsabilités des personnels et des établissements dans l'intervention sociale et la santé », *RDSS*, n° 3, 2015, p. 432.

si la divulgation n'a eu aucune conséquence sur le traitement ou le suivi de l'intéressé, aucune faute ne peut être retenue. Cette solution a été apportée par le Conseil d'État²² dans une affaire où une patiente mineure, internée dans un hôpital psychiatrique, avait confié à un cadre infirmier avoir eu une « aventure » et avoir « poursuivi une relation après sa sortie de l'hôpital » avec l'un des agents placés sous son autorité. Lors de l'enquête disciplinaire et pénale, le professionnel accusé a remis volontairement aux autorités policières trois courriers de la patiente dans lesquels elle tenait des propos de nature érotique, voire pornographique, mais sans mentionner l'existence d'une quelconque relation intime. En l'espèce, le prévenu avait décidé de ne pas transmettre ce courrier au médecin psychiatre ni de les verser au dossier médical. Le conseil de discipline s'est demandé si ces courriers n'auraient pas dû *a minima* être communiqués au chef de service. Selon l'instance disciplinaire, dont l'avis a été confirmé par le Conseil d'État, les courriers n'apportaient aucune information supplémentaire au médecin traitant et ceux-ci étaient indifférents dans le suivi du traitement. Dès lors, aucune faute n'a été retenue. En résumé, pour qu'une abstention soit constitutive d'une faute civile, il faut respecter deux conditions alternatives : soit être défaillant dans son obligation de divulgation d'une information protégée, soit – en cas de faculté de révélation – ne pas avoir transmis une information déterminante pour la prise en charge de l'intéressé. De la sorte, la définition de la faute civile est entendue de manière suffisamment large pour permettre l'indemnisation quasi systématique de la victime.

Un élément matériel étendu. À l'instar de la responsabilité civile, la responsabilité pénale en cas de violation du secret professionnel²³ s'engage aisément sur le plan matériel. En effet, l'acte de révélation est constitué dès que le professionnel tenu au silence fait état de ce secret à autrui²⁴. Ainsi, il suffit que l'information ait été transmise à un seul individu pour que l'acte de révélation soit réalisé, peu importe le moyen (oral, écrit ou électronique) employé²⁵. La jurisprudence entend cet acte assez largement (ce qui la rend sévère), puisqu'elle retient l'infraction même si la personne ayant reçu les informations est également tenue au secret²⁶. De même, il importe peu que l'intéressé ait autorisé le professionnel à dévoiler son secret. Avec cette définition stricte, la jurisprudence confère une protection absolue au secret professionnel, ce qui témoigne de la volonté de préserver, de manière efficace, les différents intérêts (individuel et général) en jeu²⁷. À titre d'illustration, deux médecins ont été condamnés pour violation du secret après avoir procuré à l'agent d'un joueur de basket-ball le résultat d'une analyse médicale révélant que ce dernier avait consommé des stupéfiants. Le président du club et le dirigeant de fait (également agent du joueur) ont, quant à eux, été condamnés pour recel de violation du secret²⁸. Par conséquent, la protection pénale accordée au secret s'avère particulièrement étendue, en ce qu'elle permet de sanctionner, sur le fondement du recel, les personnes qui n'ont pas directement révélé les informations confidentielles, mais les ont utilisées ou en ont tiré un profit²⁹.

B. Divergences

Des divergences notables existent entre la responsabilité civile et pénale, que ce soit au niveau de l'élément moral ou du préjudice résultant de la violation du secret professionnel.

L'indifférence civile quant à l'élément moral. Que la violation du secret soit due à un acte positif ou à une abstention de la part du personnel social ou médico-social, l'intensité de la faute est indifférente en matière civile. Après quelques hésitations, le droit positif a, en effet, retenu une conception purement objective de la faute civile, c'est-à-dire indépendante de l'état de conscience de l'auteur³⁰. Désormais, la responsabilité civile du praticien peut être engagée même s'il n'a pas conscience de la portée de ses actes³¹. Le fait de ne pas avoir à prouver l'intention facilite grandement l'obtention de la réparation du dommage. Ici, c'est la finalité indemnificatrice (et non sanctionnatrice, qui est l'objet du droit pénal) de la responsabilité civile qui s'exprime. Concrètement, sont traités de la même manière, le professionnel d'un EHPAD qui a sciemment envoyé un mail à tout l'établissement

²² CE 29 décembre 2006, n° 249617, *AJFP*, 2007, p. 149, note G.-D. Marillia.

²³ Art. 226-13 du CP. Ce délit fait encourir une peine d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, ainsi que les peines complémentaires visées à l'article 226-31 du CP (interdiction des droits civiques, civils et de famille, interdiction d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ou encore affichage ou diffusion de la décision prononcée, affichage de la décision ou la confiscation de la chose ayant servi à commettre l'infraction).

²⁴ Voir notamment : Valérie Malabat, *Droit pénal spécial*, Paris, Dalloz, p. 308.

²⁵ Claudia Ghica-Lemarchand, *art. cit.*

²⁶ Crim. 16 mai 2000, *Bull. crim.*, n° 192.

²⁷ Crim. 27 octobre 2004, *Bull. crim.*, n° 259.

²⁸ Crim. 22 octobre 2008, n° 08-81.352.

²⁹ Art. 321-1 du CP.

³⁰ Alain Bénabent, *Droit des obligations*, Paris, Domat, 2017, p. 413.

³¹ Il revient donc aux aliénés de s'assurer afin de couvrir leurs actes dommageables.

contenant des informations privées sur un pensionnaire pour informer ses collègues de son comportement et l'éducateur qui, par étourderie, a laissé dans un couloir un chariot avec le dossier social des jeunes qu'il accompagne. Dans ces deux hypothèses, la responsabilité civile peut être engagée, malgré une différence d'intention chez le professionnel.

La conscience pénale de son acte. En revanche, en matière pénale, le délit de violation du secret est une infraction intentionnelle³², ce qui implique que le professionnel de santé ou le travailleur social ayant révélé l'information ait eu conscience de ne pas respecter le secret dont il était dépositaire (dol général). Cette condition restreint le champ de la responsabilité par rapport à la matière civile, car l'infraction n'est pas caractérisée lorsque c'est une négligence ou une inattention qui est à l'origine du manquement au secret. Si l'intention doit être constatée pour engager la responsabilité pénale de l'auteur d'une violation du secret, le mobile du professionnel est, quant à lui, indifférent. Ainsi, l'intention de nuire n'est pas requise dans le cadre de la répression pénale, ce qui peut parfois s'avérer sévère, comme l'illustre un célèbre arrêt de la Chambre criminelle rendu en 1885³³. Dans cette affaire, le docteur Watelet a révélé à la presse les circonstances du décès de son ami le peintre Bastien-Lepage. Or, le prévenu n'avait pas l'intention de nuire à la mémoire du défunt, mais simplement de mettre un terme aux suppositions malencontreuses du public quant à la nature de la maladie dont son patient était mort. Ce mobile, bien que louable, n'a pas été pris en compte et comme le docteur avait conscience de violer le secret auquel il était astreint, sa responsabilité pénale a été retenue.

La distinction dans le préjudice. Une dernière différence de taille réside dans l'exigence ou non d'un préjudice. Conformément à la conception classique du droit pénal³⁴, il n'est pas nécessaire que la révélation ait causé un préjudice pour entraîner la responsabilité. La seule divulgation constitue, en soi, un trouble social conduisant à la perte de confiance accordée à certains professionnels. Cette indifférence pénale au préjudice a donc pour finalité de préserver la dégradation du lien social dans son ensemble tout en protégeant l'intérêt général. À l'inverse, l'existence d'un préjudice est une condition de la responsabilité civile. En principe, en cas de violation du secret professionnel, seuls les dommages extrapatrimoniaux sont réparés, mais il n'est pas exclu que le choc provoqué par la révélation de l'information puisse, un jour, prendre un aspect corporel. En effet, une victime pourrait souffrir d'un traumatisme psychologique qui serait indemnisé, selon la nomenclature Dintilhac, comme le préjudice d'impréparation au choc, à l'instar de ce qui existe en cas de non-divulgation d'informations sur des risques médicaux³⁵.

Il apparaît donc que chacune de ces responsabilités présente des avantages (absence de condition tenant à l'intention en matière civile, absence de preuve du préjudice en matière pénale) et des inconvénients (limitation des préjudices réparables, preuve de la conscience de l'acte pénal) en fonction de la finalité (indemnisation ou répression) poursuivie par elle. Mais parfois, la révélation est justifiée au nom d'intérêts supérieurs, ce qui exclut purement et simplement les responsabilités civile et pénale.

II. DES RESPONSABILITES LEGITIMEMENT EXCLUES

Comme les professionnels du secteur social et médico-social sont les mieux placés pour détecter les cas nécessitant une protection des pouvoirs publics, le législateur a prévu un mécanisme pour les inciter à alerter les autorités compétentes en cas de suspicion de maltraitance ou d'état de vulnérabilité. En effet, des causes d'irresponsabilité (initialement disciplinaire, puis civile et pénale) ont été introduites pour permettre aux professionnels de santé, de l'enfance et aux travailleurs sociaux, de rompre le secret auquel ils sont pourtant soumis. L'intérêt supérieur des personnes les plus fragiles est ainsi préservé³⁶. Cette irresponsabilité s'applique tant en cas d'obligation de lever le secret (A) qu'en cas de simple faculté (B).

A. L'obligation de rompre le secret

³² En l'absence de précision du texte d'incrimination, l'infraction est intentionnelle en vertu de l'article 121-3 al. 1^{er} du CP.

³³ Crim., 19 décembre 1885, S., 1886, 1, p. 86, rapp. Tanon.

³⁴ Claudia Ghica-Lemarchand, *art. cit.*

³⁵ Civ., 1^{er}, 23 janvier 2014, n° 12-22.123, D., 2014, p. 589 ; *ibid.*, p. 584, avis Léonard Bernard de la Gatinais ; *ibid.*, p. 590, note M. Bacache ; *ibid.*, p. 2021, obs. A. Laude ; *ibid.*, 2015, p. 124, obs. P. Brun et O. Gout ; RDSS, 2014, p. 295, note F. Arhab-Girardin ; RTD civ., 2014, p. 379, obs. P. Jourdain ; JCP, 2014, p. 939, n° 553, note critique G. Viney.

³⁶ Art. 226-14 du CP ; Anne Bourrat-Gueguen, « Les récentes améliorations apportées à la prise en charge de l'enfance maltraitée », RDSS, n° 5, 2016, p. 943 sq.

La loi impose parfois aux praticiens du milieu sanitaire et social de lever le secret auquel ils sont tenus. Dans ces cas, il est légitime d'exclure leur responsabilité.

Une irresponsabilité prévue par le CASF. D'abord, l'article L. 221-6 al. 2 du CASF prévoit que toute personne participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance est obligée de transmettre immédiatement au président du conseil départemental ou au responsable désigné par lui toute information nécessaire à la protection des mineurs en danger. Dans cette hypothèse, ces professionnels n'ont d'autre choix que de rompre le secret pour porter des faits capitaux à la connaissance d'une autorité publique, ceci en vertu de l'intérêt supérieur de l'enfant. Ensuite, l'article L. 226-2-1 du CASF impose aux professionnels de la protection de l'enfance de communiquer au président du conseil départemental ou son représentant désigné par lui, toute information préoccupante sur un mineur en danger ou risquant de l'être au sens de l'article 375 du Code civil. L'objectif poursuivi par cette révélation est d'évaluer la situation du mineur et de déterminer les actions nécessaires à la protection et à l'aide dont le mineur et sa famille ont besoin. Les parents doivent être préalablement informés de cette communication, sauf intérêt contraire de l'enfant. Enfin, l'article L. 121-6-2 du CASF exige du professionnel de l'action sociale, lorsqu'il constate l'aggravation des difficultés sociales, éducatives ou matérielles d'une personne ou d'une famille, nécessitant l'intervention de plusieurs professionnels, qu'il en informe le maire de la commune de résidence et le président du conseil départemental.

Une irresponsabilité civile et pénale. Ces trois textes ne font pas expressément référence au type d'irresponsabilité accordé au professionnel, mais comme ils renvoient systématiquement aux dispositions du Code pénal, lequel prévoit une irresponsabilité à la fois civile et pénale, il est possible – en suivant un raisonnement *a pari* – de considérer que ces deux irresponsabilités bénéficient aux professionnels du service de l'aide sociale à l'enfance, de la protection de l'enfance et de l'action sociale. Un argument téléologique soutient cette interprétation : la finalité de ces irresponsabilités est de préserver un intérêt général. Or, si le professionnel du domaine social et médico-social encourait l'une de ces responsabilités, il ne serait pas enclin à lever un secret, même pour sauver un individu en danger. Pour assurer la cohérence du système, il faut donc estimer que ces professionnels disposent, dans ces circonstances, d'une irresponsabilité civile et pénale.

B. La faculté de lever le secret

Trois causes spéciales d'irresponsabilité civile et pénale ont également été instaurées en cas de faculté pour le professionnel sanitaire et social de révéler des informations couvertes par le secret³⁷, ceci afin de lui laisser le choix de parler ou de se taire.

La révélation de maltraitance envers les personnes vulnérables. Le premier fait justificatif autorise les professionnels à informer les autorités judiciaires, médicales ou administratives des actes de privations ou de sévices, y compris les atteintes ou mutilations sexuelles, commis à l'encontre de mineurs ou de personnes vulnérables, et dont ils ont connaissance dans le cadre de leurs activités³⁸. Cette irresponsabilité doit être mise en perspective avec les articles 434-1 et 434-3 du Code pénal qui obligent quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, d'en informer les autorités judiciaires ou administratives, sous peine de commettre un délit³⁹. Le dernier alinéa de ces textes prévoit que les personnes astreintes au secret professionnel ne sont pas soumises à cette infraction pénale. Autrement dit, les praticiens du secteur sanitaire ou social disposent d'une faculté de dénoncer ou non les faits dont ils ont connaissance. Si le professionnel choisit de ne pas informer les autorités, il n'engage pas pour autant sa responsabilité pénale pour non-dénonciation d'infraction ; et, s'il fait le choix d'en parler, il ne viole pas le secret professionnel. Ce système de « l'option de conscience »⁴⁰ permet au praticien d'agir librement, sans faire peser sur lui un poids insupportable (celui de se taire ou de parler). Ici, c'est l'éthique et la déontologie – et non la loi – qui guident le praticien. Cependant, malgré cette option légale, la jurisprudence semble imposer la communication de ces informations importantes, puisqu'elle retient tout de même le délit d'omission d'empêcher une infraction⁴¹. Par exemple, dans une affaire

³⁷ L'article 226-14 du CP précise que l'infraction de violation du secret professionnel n'est pas constituée lorsque la loi impose ou autorise la révélation d'un secret. Il s'agit en réalité de l'application de la cause d'irresponsabilité générale objective de l'ordre ou l'autorisation de la loi prévue à l'article 122-4 du CP.

³⁸ Sont considérées comme vulnérables, les personnes qui ne sont pas en mesure de se protéger en raison de leur âge ou de leur état physique ou psychique.

³⁹ Ce délit fait encourir trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende. Mikaël Benillouche, « Secret médical et dénonciation en matière pénale : un régime juridique à repenser... », *RDS*, n° 43, 2011, p. 504.

⁴⁰ Claudia Ghica-Lemarchand, *art. cit.*

⁴¹ Art. 223-6 al. 1^{er} du CP.

de maltraitance dans un service de gérontologie à l'hôpital, un médecin a appris que certains membres du personnel soignant (des infirmiers pourtant non placés sous son autorité) avaient commis des voies de fait sur des personnes vulnérables totalement dépendantes pour se nourrir, s'habiller et se laver. Le médecin ne pouvant pas être poursuivi pour non-dénonciation de crime, les faits ont été requalifiés en omission d'empêcher une infraction, et le médecin a été condamné à dix mois d'emprisonnement avec sursis⁴². Cette solution rigoureuse doit inciter les professionnels de santé et les travailleurs sociaux à user de leur faculté pour dénoncer les faits dont ils sont témoins.

La révélation consentie. Le second fait justificatif permet au médecin⁴³, avec l'accord de la victime⁴⁴, d'informer le procureur de la République des sévices qu'il a constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Là aussi, c'est une faculté qui est offerte au médecin, mais s'il décide de rompre le secret, il doit s'assurer du consentement de la victime pour pouvoir bénéficier de cette irresponsabilité⁴⁵.

La révélation du caractère dangereux d'un individu. Le dernier fait justificatif a été introduit par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure au bénéfice des professionnels de la santé ou de l'action sociale, pour leur permettre d'informer le préfet du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une⁴⁶. Le dernier alinéa de cet article prévoit que le signalement aux autorités compétentes effectué conformément à la loi ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il a agi de mauvaise foi. Si ces conditions sont remplies, le professionnel est protégé contre les actions civiles et pénales, à défaut, il engage sa responsabilité.

L'exclusion des responsabilités civile et pénale, même en cas de faculté de lever le secret, constitue une bonne politique juridique qui témoigne de la confiance placée dans les personnels du secteur sanitaire et social. Plus largement, l'équilibre trouvé entre responsabilité et irresponsabilité permet de concilier l'intérêt des personnes prises en charge avec la protection de la société.

⁴² Crim. 23 octobre 2013, n° 12-80.793.

⁴³ Art. 226-14 al. 2 du CP.

⁴⁴ Le consentement de la victime n'est pas exigé, si celle-ci est mineure ou n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, de son incapacité physique ou psychique.

⁴⁵ L'exigence de consentement, condition à l'irresponsabilité, a été rappelée dans une affaire où un médecin a été condamné en appel pour non-dénonciation de mauvais traitements sur personnes vulnérables. La Cour de cassation demande aux juges du fond de rechercher si le prévenu n'avait pas reçu l'accord des victimes, permettant la levée du secret. Crim., 27 avril 2011, n° 10-82.200.

⁴⁶ Art. 226-14 al. 3 du CP.