

**U**ne rencontre thématique organisée par la MAIA Aisne Nord-Est, au Centre Social « Le Triangle », à Laon (02) et animée par **Michel Boudjemaï**, spécialiste de la formation juridique en action sociale et médico-sociale – Evalueur externe habilité par l'ANESM, le **jeudi 29 juin 2017, de 9h30 à 12h15 et de 13h45 à 16h00.**

\*\*\*\*



« Je suis formateur à l'IRTS Champagne-Ardenne et j'enseigne le Droit de l'Aide Sociale à l'Université de Reims auprès des 2<sup>ème</sup> année sciences sanitaires et sociales. Je suis également formateur pour le CNFPT (Centre National de la Fonction Publique Territoriale).

J'ai souvent traité les thématiques liées au secret professionnel, lors de conférences à La Réunion par exemple, ou encore à Montréal dans le cadre d'un colloque sur « Les Solidarités ».

J'ai rédigé plusieurs ouvrages, notamment pour les Editions ASH Professionnels : « Secret et Discrétion Professionnels », « Guide de la Protection Juridique des Majeurs », « Guide Du Droit de la Famille et de l'Enfant ». Et j'écris régulièrement des articles dont le dernier porte sur l'Évaluation externe.

Cette conférence s'articulera en deux parties :

- 1) La loi du 2 janvier 2002, rénovant l'action sociale et médico-sociale, et son pendant, la loi du 29 décembre 2015 (entrée en vigueur le 1/01/2016) relative à l'Adaptation de la Société au Vieillessement (dite « loi ASV »)
- 2) Le secret professionnel & le partage d'informations

### Première Partie : La Loi ASV

La loi ASV vient réaffirmer les droits et libertés des personnes âgées.

En France, nous sommes très attachés à toutes les libertés, mais parfois elles sont limitées. Prenons l'exemple de la « Liberté d'aller et venir ». Elle est une liberté fondamentale, cependant, lorsque le pays est en état d'urgence, les citoyens sont plus surveillés. On peut être arrêté plus facilement.

La Loi ASV vient aussi expliquer qu'on peut restreindre la liberté de certaines personnes pour leur propre sécurité. Ex.: dans les unités de vie Alzheimer...

Comme dans toutes les lois il y a des dérogations. On part du contrat de séjour, lequel existe dans chaque établissement qui accueille des personnes âgées, et on définit les dérogations en accord avec le médecin, la famille, etc.

Autre aspect : Cette liberté d'aller & venir a été reconnue par un article en 2002, dans la Charte des Droits & Libertés, alors qu'auparavant elle était incluse dans une loi globale sur les « Droits Fondamentaux ».

Avec cette reconnaissance spécifique de la liberté d'aller et venir, on va un peu plus loin. On

nomme cette liberté pour bien montrer qu'on est protégé par la loi. Le contrat de séjour peut poser un certain nombre de choses, mais en demeurant dans le cadre de la loi. Il s'agit donc d'être rigoureux.

Il y a la notion de nécessité et celle de proportionnalité, deux conditions classiques.

### La notion de : « Droits Fondamentaux »

Cette notion sous-entendrait qu'il y a des droits qui ne sont pas fondamentaux ? Quels sont les critères pour savoir si un droit est fondamental ?

\* **Universalité du droit** : applicable à tous. Ex : la liberté d'aller et venir

\* **Un droit non conditionné** : pour avoir le droit d'aller et venir, il n'y a pas de conditions. Alors que si l'on prend l'exemple des allocations familiales, il y a des conditions de ressources.

\* **On dépasse le niveau national** : s'agissant de la liberté d'aller et venir, en cas d'abus, on dispose des recours traditionnels et dans l'absolu il y a les recours supranationaux.

On attribue ces droits fondamentaux de façon systématique à chacun. Et partant de là, ils devraient même être reconnus à une personne en situation irrégulière sur le territoire.

En 2002, le législateur a jugé bon de rappeler ces droits fondamentaux, pour que les personnes accueillies en établissements (les usagers) n'oublent pas qu'elles disposent de ces droits. Droits qui ont pu parfois être bafoués dans la pratique.

Cependant, il convient de préciser qu'il y a certaines particularités, comme la maladie, qui peuvent amener à un « aménagement » de ces droits.

Avec la loi de 2015 sur l'ASV, c'est par exemple le directeur d'établissement qui évalue la situation, et qui pose les mesures décidées pour la personne, mais non sans expliquer la nécessité de chaque mesure prise. Est-elle vraiment nécessaire ? Proportionnelle ? Et il y a une réévaluation régulière.

Deuxième aspect de cette loi ASV, la notion de consentement, et la loi insiste bien sur cette notion ! Il peut sembler étonnant de devoir rappeler cette évidence, mais a priori il y a eu certaines pratiques anormales, des décisions prises sans le consentement des personnes concernées. Et on en vient au contrat...

### Le Contrat dans le champ social

Personnellement, je considère que la référence au contrat ne me semble pas judicieuse dans notre secteur. Le contrat appartient au droit des affaires, et concerne des personnes signataires « qui savent ». Or dans le secteur social, il s'agit de personnes souvent fragiles. La notion de contrat d'adhésion me semble plus appropriée.

Dans un contrat classique, commercial : j'adhère ou je n'adhère pas, mais je ne peux pas négocier. En précisant la notion du consentement, on imagine que l'usager, ou son représentant, ont la possibilité de négocier, de choisir. Mais ce n'est pas si évident ! Ex : La Localisation géographique de la structure -> J'ai vu un EHPAD qui me plaît à Dranguignan, mais j'habite à Laon.

Je pense aussi à cette personne qui va entrer dans un établissement et qui a rendez-vous avec le directeur, en tête à tête. Elle va signer un contrat dans lequel certains points ne lui conviennent pas vraiment. Est-elle en capacité de refuser ? Peut-elle négocier telle ou telle partie du contrat ?

En parallèle, il faut se dire que le directeur de l'établissement et ses équipes, ne peuvent offrir des prestations adaptées que dans la mesure de leurs possibilités, des finances.

D'autre part, dans notre secteur du social, nous sommes désormais impactés par le code de la consommation (La Loi Hamon). Cette précision est intéressante, car cela dit que la relation a un versant commercial qui s'accroît. L'établissement, qui fonctionne grâce aux finances publiques est-il désormais un prestataire de services ? On s'approcherait d'une privatisation ? ! Cela dit, l'équilibre n'existe pas vraiment. Le législateur intervient la plupart du temps pour renforcer les droits des plus faibles, mais ce n'est pas si simple. Et dans le cas des personnes âgées en établissement, il faut considérer que tous les publics ne sont pas les mêmes, n'ont pas les mêmes capacités.

**Question 1 : Julien Morel (Assistant Social au CLIC Laonnois, Laon) « Comment le législateur prévoit-il de contrôler le consentement de la personne ? »**

*En réalité il ne le prévoit pas. C'est l'ouverture d'un recours qui va permettre de vérifier que la loi est respectée.*

**JM : « On est dans la difficulté sémantique... »**  
*Le Haut Conseil du Travail Social (HCTS) publie*

des avis très motivés. Il a ainsi publié un avis sur le « consentement éclairé ».

**Définir c'est parfois restreindre, donc tout ne peut pas être défini.**

*Il y a des personnes avec lesquelles il est très difficile de négocier et pourtant il faut recueillir leur consentement. Certains adultes sont protégés et d'autres devraient l'être. Et si vous pensez que c'est le cas, c'est à vous d'agir pour l'inciter à être placé sous une mesure de protection.*

**JM : « Oui, mais en enclenchant une telle procédure, si on veut un tiers pour décider, on rallonge les délais, on ajoute 4,5 mois pour qu'une décision puisse être prise ! »**

*Oui ! Dans tous les cas pour la requête initiale de protection (tutelle, curatelle...) le juge dispose d'un délai d'un an pour instruire le dossier et rendre son jugement. Durant ce délai, il place la personne sous sauvegarde de justice, ce qui la protège quand même.*



Le consentement peut être à vie ou pas...

« Ce que le législateur fait, le législateur peut le défaire » a dit un jour le juriste Jean-René Binet au sujet de la loi Taubira sur le Mariage pour Tous !

Etre libre c'est ne pas avoir d'obstacle sur sa route. **On nous dit : chacun est capable de savoir ce qu'il veut. Mais je pense personnellement que c'est une erreur fondamentale.**

Emmanuel Kant prend l'exemple de la colombe qui pense qu'elle volerait mieux sans cet air qui offre une résistance. Or, en réalité, c'est grâce à cette contrainte qu'elle peut voler ! Par conséquent ce qu'elle croit être un frein à sa liberté n'est rien d'autre que la condition de sa liberté.

### La résiliation du contrat

La loi de 2002 nous explique que le contrat de

séjour est obligatoire, qu'il est établi pour une durée qu'il fixe, dans le cas d'un séjour continu ou discontinu, d'une durée prévisionnelle supérieure à deux mois. Et lorsqu'il n'y a pas de durée, on rédige un DIPC (Document Individuel de Prise en Charge)

Mais, alors qu'il faudrait que je puisse résilier mon contrat de séjour, l'article D311 du Code de l'Action Sociale et des Familles ne donne que très peu d'informations sur ce sujet de la résiliation. Dans le code civil, il est dit qu'on peut toujours casser un contrat en suivant certaines modalités (préavis, etc.) Or, dans le contrat de séjour il n'y a pas de modalités.

La loi ASV vient apporter cette modification sur la résiliation par rapport à la loi de 2002 pour l'utilisateur :

- \* Elle dit que la résiliation peut venir de l'utilisateur ou de l'établissement,
- \* Il y a un préavis dans le contrat de séjour,
- \* Il a un droit de rétractation de 48 H, à compter de la notification de la décision de résiliation.

Du côté de l'établissement c'est différent. Il doit justifier sa décision de rompre le contrat et ceci pour éviter l'abus de pouvoir. Le législateur répond à des pratiques qui étaient peut-être abusives. Ex. Si l'utilisateur ne paye pas ce qu'il doit, etc. Cette obligation de motivation permettra par exemple au juge de comprendre la situation.

**Ainsi, nous ne sommes pas liés à vie par le contrat.**

**Question 2: Sandra Cagniet (IDE, équipe de liaison en psycho-gériatrie, EPSMDA, Prémontré) « Si, au bout d'un mois l'utilisateur n'a pas trouvé d'autre lieu, d'EHPAD, il est à la rue ? »**

*La réponse se trouve dans l'éthique : On va mettre de l'éthique pour combler le vide juridique.*

*Le principe : le contrat = principe de responsabilité.*

*Il y a des spécificités dans le contrat de séjour, mais avec les nouvelles règles posées on se rapproche du droit commun. Vous devez prendre acte de ces évolutions, mais il faut rester conscient des limites dans notre secteur d'activité, dans le contexte humain. **On peut ainsi se sentir complètement libéré, à l'abri, juridiquement, mais moralement il faudra être vigilant pour préserver les personnes fragiles.** Pour quelle raison la personne veut-elle partir ? N'est-ce pas juste une alerte ?*

*Il ne faudra pas s'arrêter juste sur un plan admi-*

nistratif. Cela nous renvoie à nos responsabilités. La volonté des personnes ne peut pas toujours être considérée comme éclairée. Je signe en connaissance de cause, j'arrête en connaissance de cause ? Il y a une obligation de pédagogie qui traverse cette nouvelle loi : « Lisez cette charte, ce contrat, et on en reparle... »

### La personne de confiance.

On la connaissait dans le cadre hospitalier (loi du 4 mars 2002) mais sans notion d'obligation. La personne de confiance a une mission assez précise et sa mission s'arrête aux portes de l'hôpital. Pourquoi cette introduction de la personne de confiance avec la loi ASV, alors qu'on vient de rappeler toute l'importance du consentement de la personne concernée ? Est-elle en capacité de désigner une personne de confiance ?

Cette notion de la personne de confiance est importante. La personne de confiance va en fait pouvoir par exemple aider la personne accueillie en établissement à comprendre ce qui lui a été expliqué peut-être un peu vite s'agissant de ses droits, ses devoirs, la vie dans l'établissement, etc. Ce peut être un proche, un parent, un médecin traitant...

**Question 3 :** « *Peut-on désigner un travailleur social comme personne de confiance ?* » Non !

« *Même si on est proche ? qu'on connaît très bien la personne ?* » Non !

« *Qu'est-ce qu'un parent ?* » Je crois que le législateur n'a pas à définir le concept de « parent » (cousin issu germain !) ou de « proche ». Il ne faut pas confondre, mélanger les registres, même si le travailleur social devient un ami !

« *Y-a-t-il une durée pour la période de confiance ? Peut-elle être la même que pour l'hôpital ?* »

*Cas particulier des majeurs protégés : Et si, entre-temps, l'usager est mis sous tutelle ou curatelle ? Le juge doit voir s'il maintient la personne de confiance ? Confirme ou infirme ?*

Le législateur a prévu que la désignation de la personne de confiance était révocable à tout moment. En effet, il y a de possibles travers. La personne de confiance peut s'avérer dangereuse. Elle va faire de l'ombre à l'usager, l'abuser...

**La relation humaine, par nature, est com-**

**plexe. On a envie de la réglementer par le contrat, mais on est dans la complexité.** On n'est pas dans une matière... ou dans l'administratif.

**Remarque :** Le droit -> du carré au rond, c'est comme ça qu'on arrive à appliquer le droit !

### La protection des biens

La loi ASV est aussi venue ajouter la notion de protection des biens. Le législateur est méfiant : certains professionnels ont parfois reçu de l'argent, des libéralités, de la part de l'usager qu'ils accompagnaient.

Il y avait là une question de moralité. J'accepte ou pas quelque chose de l'usager ? J'abuse de celui-ci, dans sa faiblesse ? Désormais, la loi interdit toute rétribution de ce type, tout don, ou cadeau.

**Ex. :** Une professionnelle faisait croire aux résidents qu'ils étaient sur une liste noire et qu'ils risquaient d'être mis dehors. Elle leur proposait de les faire disparaître de la liste moyennant paiement ! On est là dans le pénal !

**Question 4 :** « *Et par rapport aux héritages ?* »

*Non, il n'est pas possible d'hériter d'un usager. La sanction c'est l'annulation. On n'est pas dans le pénal cependant. Cela concerne y compris les bénévoles, employés de maison, etc.*

### Le signalement de la maltraitance

Enfin, il y a des dispositions particulières sur les obligations de signalement de la maltraitance.

L. 331-8-1 -> Article et décret d'application du 21/12/2016, codifié dans le CASS Code d'Action Sociale et des Familles. Cela concerne exclusivement les directeurs administratifs d'établissement. On doit signaler un certain nombre de choses : « dysfonctionnements graves... » = tous les événements qui représentent des risques. Il y a un formulaire spécifique à l'autorité des tutelles. La question : Quid par rapport aux autres lois ? La maltraitance est un sujet récurrent.

La responsabilité juridique du directeur est engagée s'il n'a pas « signalé l'événement ».

**Ex.** La notion d'intérêt de la personne ? **Quand je consens -> Est-ce toujours dans mon intérêt ?**

**Ex.** « *J'arrête, je ne veux plus aller voir le kiné !* »

## Deuxième Partie : Le secret & le partage d'informations

« Mais Mme c'est pour votre bien ! » « Puisque ça me fait mal ! » Comment évaluer le mal ?!

On ne peut pas toujours forcer quelqu'un à continuer, même si on pense qu'il a tort de renoncer. Le dilemme : Quelqu'un qui refuse l'aide, va peut-être se dégrader et sortir de l'agrément des structures qui l'accompagnent... Par principe : on doit respecter sa volonté. Mais éventuellement il faut réfléchir à placer la personne sous tutelle ? Ex. : Mme Bettencourt ne voulait pas de la mesure de protection, ni voir le médecin. Mais peut-on forcer la personne à aller voir son médecin pour qu'il établisse un CMC (Certificat Médical Circonstancié) ?

N.B. : Un CMC (Certificat Médical Circonstancié) coûte 160 euros, non remboursés par la Sécurité Sociale.

C'est une jurisprudence (M. Thierry Verhede, 2011-2012) qui a provoqué la modification de la loi.

Remarque : L'exigence d'un avis médical émanant d'un médecin inscrit sur la liste du procureur de la République a été supprimée et remplacée par celui d'un médecin extérieur à l'établissement (EHPAD ou maison de retraite).

Les personnes peuvent donc refuser une mesure qui est dans leur intérêt. Et il appartient au travailleur social d'être lui-même convaincu, de faire des propositions, « On dit qu'on va faire\* » à l'utilisateur. Mais à l'impossible nul n'est tenu !

(\**) Attention toutefois à mesurer les conséquences liées à ce que je vais faire ou annoncer dit la loi ! Ex. Si je fais un signalement des enfants, peut-être que le père va partir et disparaître avec eux et la situation sera pire pour ceux-ci !*

**Pour moi l'hésitation est un signe** : Pourquoi ce signalement ? Si la personne qui souhaite faire ce signalement ne peut pas vous expliquer pourquoi elle pense important d'enclencher cette procédure, c'est peut-être que ce n'est pas nécessaire.

**L'objectivation, de ce que l'on dit en toute subjectivité, permet d'éviter une action inutile. Et seul le juge peut contraindre.**

« L'Information préoccupante » : On signale les mineurs en danger et de la même façon on peut signaler un adulte en danger au procureur.

### Le « secret partagé » (?!)

La question courante est : « *Peut-on partager le secret ?* » En principe on est astreint au secret, mais comment, dès lors travailler en collaboration avec d'autres intervenants ?

Deuxième paradoxe : Comment concilier le secret avec l'obligation de révéler ?

Première remarque, d'ordre sémantique. En 1992, le Code Pénal a été complètement réécrit et à l'époque on voulait inscrire « Secret partagé ». Je m'y suis opposé en dénonçant le non-sens. On tue le secret ! **Le secret reste secret. Il ne peut pas y avoir de « secret partagé ».** Secretum (en latin) = mettre à part, dans le secret

**La subtilité -> On partage des informations qui relèvent du secret.** C'est « La révélation d'une information à caractère secret »



Un questionnement : **Qui attribue le caractère secret à une information ?** Par ex. « Je viens vous voir et je vous annonce -> *je vais vous faire une confidence ; ce que je vous dis, je vous demande de ne pas le répéter.* » On voit ici que c'est la personne elle-même qui attribue le caractère secret à l'information divulguée.

Que dit la loi ? La loi stipule : Ce qui est inscrit dans le carnet de santé, les registres d'entrée et de sortie dans les CHRS est reconnu secret d'autorité par le législateur.

L'idée est donc celle du silence, de l'obligation de se taire ; mais il y a des dérogations.

## Les personnes dépositaires du Secret

**En réalité, il peut y avoir un grand nombre de personnes reconnues comme dépositaires du secret, soit en raison de leur état (a), ou de leur profession (b), de leur fonction (c), de leur mission (d).**

**(a)** De leur état : Exclusivement les ministres du culte, dans le cadre de la confession. Le Droit Canonique pose aussi des conditions spécifiques.

**(b)** De leur profession : Il y a normalement un texte de loi par profession relevant du secteur médico-social.

**Il ne peut pas y avoir de secret professionnel s'il n'y a pas de texte de loi qui le spécifie.** Et bizarrement les Educateurs par exemple, ne sont pas soumis au secret professionnel ! Alors qu'il y a un texte pour les Assistants de Service Social. Il y a également un texte pour les Infirmiers (Code de la Santé Publique), pour les Banquiers, les Avocats, les Magistrats... etc.

Il n'y a pas de texte sur le secret pour les bénévoles ! Mais attention à ne pas confondre les stagiaires en formation avec ces derniers. Le stagiaire relève du secret s'il est stagiaire auprès d'un professionnel astreint au secret (stagiaire en formation ASS, IDE, Médecin...)

Le Psychologue, quant à lui, a sa profession encadrée par le Code de Déontologie ; code révisé en mai 2006, mais cela ne s'est pas traduit par une loi ou un décret. Par conséquent, leur profession n'est pas astreinte au secret même si cela paraît très surprenant. Pour autant, leur responsabilité n'est pas exclue mais sous un angle civil (dommages et intérêts) et non pénal (1 an d'emprisonnement, article 226-13 du code pénal).

**(c)** De leur fonction : Les personnes qui travaillent pour une personne astreinte au secret. Ex. : la secrétaire médicale.

**(d)** De leur mission : Ex. -> Je suis psychologue à l'ASE (Aide Sociale à l'Enfance), et toutes les personnes, à l'ASE, sont soumises au secret.

Remarque : l'Éducateur, dans le cadre de la Prévention Spécialisée, qui relève des missions de l'ASE, est donc astreint au secret professionnel. Mais qu'en est-il des autres professionnels qui participent à la mission ASE ? Ex. : Si les enfants sont confiés à une M.E.C.S. (Maison d'Enfants à Caractère Social)

Le principe est que la règle du secret professionnel s'impose « par destination » à toute personne

travaillant ou intervenant dans un établissement concourant à la mission A.S.E.

Mais il ne faut pas confondre la mission et les moyens ! Pour exercer ses missions, le Conseil départemental fait appel au secteur associatif habilité (SAH). Pour autant, les éducateurs du SAH (exemple une MECS gérée par une association loi 1901) ne sont pas astreints au secret. Le SAH est un moyen à disposition de la mission ASE. En revanche, les éducateurs de prévention sont embauchés par le Conseil départemental (ils sont fonctionnaires). Ils réalisent directement la mission de prévention spécialisée que la loi attribue au Conseil départemental.

**On constate que le législateur a tendance à astreindre au secret professionnel de plus en plus de personnes.** Ex. : Une loi astreint désormais les personnels du C.H.R.S. (Centre d'Hébergement et de Réinsertion Sociale).

Souvent ces lois arrivent en réaction à quelque chose, et pour appuyer les travailleurs sociaux dans leurs missions. Ex. des C.A.D.A. (Centre d'Accueil des Demandeurs d'Asile) : la Police voudrait pouvoir connaître les identités des migrants accueillis, mais les responsables de ces établissements s'y opposent ! Le travailleur social est tenu au « devoir de confidentialité ».

Pour les M.A.I.A, le secret professionnel a été introduit par la Loi ASV, de décembre 2015.

On peut se dire qu'on a légiféré pour que le professionnel soit moins mis en difficulté. Mais le secret professionnel a été créé dans l'intérêt de l'usager. Il n'est pas là pour protéger le professionnel !

Exemple de l'Éducateur qui voit le médecin qui a examiné un jeune dont il s'occupe : « *Qu'est-ce qu'il a le petit ?* » Le médecin ne peut rien dire, et la loi lui permet de ne pas avoir à se justifier.

Autre exemple : Echange entre un éducateur et un autre professionnel du secteur médico-social « *Nous accompagnons tous les deux le jeune X. Avez-vous des informations sur lui qui pourraient m'aider dans mon travail ?* » Dans ce cas, l'autre professionnel joue le rôle de la gare de triage : il trie, il sélectionne les informations qui, en effet, seront utiles à cet éducateur. Et il ne lui donne que ces informations-là. Finalement, il y a un peu quand même la notion de bon sens qui intervient ! On ne dit jamais quelque chose par hasard. Je vais voir l'Assistant de Service Social, le médecin, etc. et je sais ce que je dis à telle ou telle personne.

On dépose auprès de quelqu'un. Si la personne n'a pas cette possibilité de déposer, elle peut faire quelque chose de pire.

Dans la loi, on peut avoir le choix de parler ou de ne pas parler. Je peux très bien ne pas parler, mais voir la personne régulièrement pour m'assurer que tout va bien pour elle. Je peux faire un travail avec elle pour que sa situation change. Certaines personnes peuvent aussi vous dire des choses graves, mais pas toujours pour que vous en parliez. Il y a des limites : « Faire & pas faire » « Dire & pas dire ».

\*\*\*\*



De plus en plus de professionnels sont donc astreints au secret professionnel.

Dans sa loi de santé du 26 janvier 2016, qui a institué le Tiers Payant Généralisé, Marisol Touraine étend de façon assez considérable le nombre de personnes avec qui on peut partager l'information (cf. article L1110-12).

Dans l'article 1<sup>er</sup> du décret d'application du 20 juillet, on définit les « Conditions d'échanges et de partage d'informations entre professionnels de santé et autres professionnels des champs social et médico-social et à l'accès aux informations de santé à caractère personnel. »

S'il y a divulgation du secret, violation de l'obligation de discrétion par l'Éducateur, il n'y a pas de sanction pénale (absence d'infraction), mais des sanctions disciplinaires, puisque c'est la responsabilité professionnelle qui est engagée.

Aujourd'hui, concrètement l'Éducateur n'est donc pas astreint au secret professionnel, mais il peut y être dans le cadre de ses missions. Or il n'y a pas de texte de loi sur le sujet ! La seule fois où on a parlé de « discrétion professionnelle » lors d'un procès, c'était en novembre 1971 devant la Cour de cassation.

Les faits se sont déroulés à Besançon (Affaire RAGUENES – GAUTHIER). Deux éducateurs (le directeur et un éducateur bénévole) avaient refusé de divulguer le nom d'une personne ayant porté des coups à une autre, au prétexte que révéler ce nom jouerait un rôle incompatible avec leur mission de prévention. La Cour de Cassation, bien embarrassée, a tenu à rappeler que tout citoyen est soumis à la loi, et qu'il a l'obligation de répondre aux questions du juge ; que cette obligation l'emporte sur le souci de ne pas perdre la confiance des jeunes gens dont ils ont la charge. Ils ont finalement été condamnés et ont chacun eu une amende.

### Etre discret ? Etre tenu dans le secret ?

Le devoir de discrétion suppose le discernement et le tri des informations diffusées à l'extérieur. Le secret renvoie au silence.

Remarque : La Fonction Publique = un statut général

Il y a 3 fonctions publiques : - Les Collectivités territoriales - La Fonction Publique Hospitalière - l'État, et il y a un statut particulier pour chacune.

Dans un même article sur la Fonction publique, on parle de secret professionnel des fonctionnaires et on se réfère à la discrétion professionnelle !

La France compte 5,65 millions de fonctionnaires et assimilés. Doit-on considérer que ces 5,65 millions de personnes sont soumises au secret professionnel ? La réponse est non. **Tous les fonctionnaires ne sont pas statutairement tenus au secret.** Seuls ceux dont la profession y est astreinte le sont (le médecin hospitalier par exemple) ou qui participent à une mission ASE (l'éducateur de prévention par exemple)...

### Conséquences juridiques de la violation de la discrétion professionnelle

**Lorsqu'un travailleur social viole la discrétion professionnelle, il commet une faute professionnelle.** Il cause, de facto, un préjudice à l'utilisateur. Chacun a droit au respect de sa vie privée (article 9 du code civil).

Un texte général permet de poursuivre le responsable de la divulgation des informations. C'est la responsabilité civile (dommages & intérêts) qui s'applique à ce responsable et non la

responsabilité pénale. Quand il y a violation du secret professionnel, c'est la responsabilité pénale qui entre en jeu, mais la responsabilité civile peut également être engagée. L'employeur est responsable civilement pour son salarié qui a commis une indiscretion.

**L'élément intentionnel est pris en compte. La violation du secret professionnel est une infraction volontaire.** L'article de loi cite « la révélation » qui souligne l'acte volontaire. Si par contre, j'ai laissé traîner mon sac avec des dossiers importants, et que quelqu'un s'en empare et découvre des informations, on ne peut pas me le reprocher pénalement car il n'y pas l'intention de révéler. En revanche, civilement, je peux être condamné à payer des dommages et intérêts à la victime.

**A ce jour il n'y a jamais eu de professionnel poursuivi pour avoir révélé un secret professionnel.**

La première raison est que l'utilisateur ne sait probablement pas qu'il peut porter plainte (cf. données de l'Observatoire des non recours aux droits et services : « *Entre non connaissance, non réception, non demande et non proposition, les situations de non-recours interrogent l'effectivité et la pertinence de l'offre publique, et représentent un enjeu fondamental pour son évaluation* » [www.odenore.msh.alpes.fr](http://www.odenore.msh.alpes.fr))

La deuxième raison est peut-être que l'utilisateur ne souhaite pas rencontrer l'assistant de service social, car il pense qu'il pourra se débrouiller seul.

La troisième raison est que certaines personnes se confient en acceptant qu'on parle d'elles. Elles trouvent que ce ne peut être que positif pour améliorer leur situation.

Mais les choses évoluent. Les gens qui ont des problématiques sociales appartiennent à des catégories plus instruites et certains s'imaginent qu'avoir recours à la justice pourrait leur permettre de s'enrichir...

**Le secret professionnel n'est pas effectif uniquement sur le lieu de travail, et ne passe pas que par la parole.**

Exemple de Situation : Le travailleur social croise un usager le samedi et celui-ci l'interpelle en lui disant : « Hier j'ai oublié de vous dire

*quelque chose.* » Il s'adresse alors au professionnel, mais celui-ci n'est pas dans l'exercice de ses fonctions. Dans ce cas de figure, le travailleur social peut choisir d'interrompre la conversation avec l'utilisateur et lui proposer un rendez-vous dès le lundi, sur son lieu de travail. Mais si, a contrario, il l'écoute lui transmettre cette nouvelle information, il est tenu à la discrétion professionnelle, voire au secret professionnel.

**Art.R4312-04 : Le secret couvre non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu, constaté, déduit ou compris.**  
Ex. : Le pharmacien, à partir d'une ordonnance, peut comprendre, déduire une situation, une pathologie alors qu'on ne lui dit rien.

**La qualité est l'élément déterminant. En principe, on est tenu de dénoncer un crime... mais :** le prêtre qui entend en confession un ami qui lui avoue un tel acte ?

A noter : la femme dont c'est le mari qui a commis le crime, ou l'enfant de ce dernier, les parents en ligne directe (cf. Art. 434-1), ne sont pas obligés de dénoncer leur proche (sauf si la victime a jusqu'à 15 ans) De même, n'est pas soumis à cette obligation de dénoncer, la personne astreinte au secret professionnel dans les conditions prévues par l'article 226-13 du code pénal.  
**Et toute l'ambiguïté, pour le travailleur social, tient dans le fait qu'on n'est pas obligé de dénoncer une infraction, un crime, d'un point de vue pénal, mais qu'on est obligé de le faire d'un point de vue administratif !**  
Ex. : S'il s'agit d'un enfant, je manque à mon devoir de signalement au président du conseil départemental !

Mais on pense que les professionnels ont suffisamment de bon sens pour faire les bons choix... A chaque fois le législateur a pris le soin de ne pas enfermer le professionnel par rapport à ces dénonciations.

La responsabilité administrative et la loi pénale sont deux choses différentes.

Dans l'Art. L. 221-6 du code de l'action sociale et des familles : « *Elle est tenue de transmettre sans délai au président du conseil départemental (...)* » l'emploi du présent de l'indicatif souligne l'obligation.

Question 5: **Céline Lecertisseur** (Directrice, Fédération ADMR de l'Aisne à Laon) « **On constate quand même, dans certaines affaires de di-**

## voce, des professionnels qui font des déclarations bizarres... »

*Il y a en effet des cas où le signalement peut être fautif. Je signale « à la légère », sauf qu'en faisant ce signalement, on peut créer un préjudice assez sérieux à la personne. Et donc, dans le signalement, la responsabilité pénale de celui qui dénonce peut être engagée. (cf. Art. 226-10 sur la dénonciation calomnieuse)*

**Autre règle : Ma hiérarchie ne peut pas m'empêcher de faire un signalement.** Le signalement est un acte personnel. Et si le supérieur hiérarchique « retouche » un signalement écrit, il s'agit d'une pratique abusive. Le signalement n'est plus celui de son auteur. Il devient un faux et celui qui a initialement déclenché ce signalement peut saisir l'autorité judiciaire. Ex.: Un fonctionnaire a un jour été poursuivi car il avait fait un signalement et ne s'était pas ensuite assuré du bon déroulement de la procédure.

La dénonciation = pour nuire  
Le signalement = pour protéger

Code de la procédure pénale : Art. 40 : « Le procureur de la République reçoit les plaintes et les dénonciations, et apprécie la suite à leur donner conformément aux dispositions de l'article 40-1. »

**Question : Amélie Renaux** (Assistante Sociale - Unité de psycho-gériatrie, EPSMDA, Prémontéré) « **Peut-on saisir nous-même le procureur ?** »

*Il convient d'abord de respecter la procédure interne. Mais ensuite, si on constate que l'information donnée n'est suivie d'aucun effet, on passe outre. Personnellement je pense qu'il peut y avoir une désolidarisation de l'avis du médecin par exemple, si vous pensez que ce professionnel ne mesure pas la réalité de la situation d'une personne que vous voyez au quotidien. La loi précise que tout le monde peut saisir le procureur.*

**N.B.** : Un fonctionnaire peut s'appuyer sur le deuxième alinéa de l'Art. 40 pour lutter contre l'inertie de son administration

## Le partage d'informations

Cela concerne tous les professionnels qu'ils soient astreints au secret professionnel ou pas.

La différence, est que seuls « ceux astreints » sont soumis à un risque pénal.

Dans l'Art. L113-3 du Code de l'action sociale et des familles, paragraphe II, la mention « Toutefois, ils peuvent échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, dans les conditions prévues à l'article L.1110-4 du code de la santé publique (...) » est intéressante, car elle montre qu'on peut échanger ! Le juriste, quand il raisonne, prend le code de la santé publique et on regarde la partie qui concerne les professions (ceux qui figurent dans la liste des CSP énoncée dans son livre IV).

**L'Art. L226-2-2 du CASF indique qu'on peut partager les informations, mais il faut qu'elles soient strictement nécessaires,** c'est-à-dire que même si on est tous astreints au secret professionnel, on ne peut pas tout se dire. C'est valable pour toutes les hypothèses où on prévoit une possibilité de partage de l'information.

L'Art. L1110-4 du code de la santé publique pose le cadre juridique de l'échange. On peut et on doit partager les informations, mais le législateur est parvenu à cadrer cet échange.

Le « strictement nécessaire » ne peut être évalué que par la personne qui décide d'échanger cette information. Mais pour évaluer le strictement nécessaire, il faut bien connaître la personne à qui on s'adresse ! Et cette personne doit être claire dans sa demande d'information. Si elle hésite, il faut insister pour qu'elle soit plus précise.

**Remarque : l'ennemi juré du secret professionnel c'est la machine à café !**

Dans certaines réunions, comme par exemple les réunions du CCAS, il y a le Maire, le bailleur social du secteur, etc. et les informations personnelles fusent parfois sans que personne ne sou-



ligne les abus : « Mme Untel a encore changé de mari ! », etc. etc. On a là des abus manifestes de droit. Dans ce type de situation, il faut impérativement recadrer les choses, et « faire taire » c'est -à-dire faire réfléchir les personnes qui se permettent ce type de libertés : « Pourquoi dites-vous cela ? Est-ce que sa vie conjugale a un rapport avec la suite ? »

Remarque : Quand on ne sait pas répondre ou comment répondre à une demande d'informations, on peut différer « Je te répondrai plus tard... » Et quand on ne connaît pas l'interlocu-

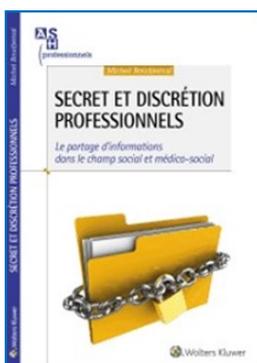


teur (appel téléphonique par exemple), là encore il est préférable de différer la réponse, voire de couper court « Je ne suis pas habilité à vous répondre ».

**La chose la plus importante à retenir, à considérer, sur ce sujet du secret professionnel, est l'article 9 du Code Civil, qui évoque le respect de la vie privée. Si on ne respecte pas cela, c'est comme si on considérait qu'il y avait deux catégories de personnes : celles dont on peut parler, les pauvres, les faibles, et les autres.**

Un compte-rendu de :  
Nathalie Mathis-Delobel – [www.alixcom.fr](http://www.alixcom.fr)  
08/2017

Pour Prolonger l'intervention de M. Boudjemai :  
le livre « Secret et Discrétion professionnels »



Auteur : Michel BOUDJEMAI  
Editeur : Editions ASH  
Collection : ASH Professionnels  
Nombre de pages : 200 pages  
Date de parution : 19 mars 2015



**MAIA**

Aisne · Nord-Est

L'intégration des acteurs  
pour l'autonomie  
des personnes âgées



Contact :

**MAIA Aisne Nord – Est**

Olivier MILOWSKI

Pilote MAIA

855, rue ROMANETTE

02 000 LAON

E-mail :

[maia.aisnenordest@orange.fr](mailto:maia.aisnenordest@orange.fr)

Téléphone : 03.23.23.89.89