



DOCTORAT D'ETHIQUE ET DROIT MEDICAL

ERIC STAMM

**La transmission des données personnelles de santé
Analyse et propositions d'évolution
Le cas du contrôle médical de l'Assurance Maladie**

LE 12 JUILLET 2011, 9 H 00, UNIVERSITE LYON 3

DIRECTEUR DE THESE

Mme Marie-France CALLU, Maître de conférence, Lyon 3

CODIRECTEUR DE THESE

M. Bruno PY, professeur des universités, Nancy 2

MEMBRES DU JURY

M. Jean-Pierre CLAVERANNE, professeur des universités, Lyon 3, Président
Mme Liliane DALLIGAND, professeur des universités, Lyon 1, pré-rapporteur
M. Nicolas KOPP, professeur des universités, Lyon 1, pré-rapporteur
M. Didier LAPORTE

L'Université Jean Moulin n'entend accorder aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Cette thèse est dédiée à mes parents et à ma famille, à mes proches, à tous mes amis, à ceux qui ont permis par leur présence ou par leur rencontre de rendre possible ce qui me semblait impossible.

*Tout le monde savait que c'était impossible à réaliser,
un homme est venu qui ne le savait pas et il l'a fait¹*

¹ Librement inspiré d'une citation attribuée à Marcel Pagnol

Table des principaux acronymes et abréviations

A

AcBUS Accord de bon usage des soins
A.E.R.A.S. (s') Assurer emprunter avec un risque aggravé de santé
A.F.A.Q. Association française pour l'assurance de la qualité
A.J.D.A. Actualité juridique de droit administratif
AJ Famille Actualité juridique du droit de la famille
AJDP Actualité juridique du droit pénal
A.L.D. Affection de longue durée
Al. Alinéa
Al. Autres
A.M.E. Aide médicale d'Etat
A.N.A.S. Association Nationale des Assistants Sociaux
A.N.A.E.S. Agence Nationale d'accréditation et d'Evaluation en Santé
Ann. fr. dr. int Annales françaises du droit international
ANRT Association nationale de la recherche et de la technologie
A.P.R.E.I. Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés
A.R.C.E.P. Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
Arr. Arrêt
A.R.S. Agences régionales de l'hospitalisation
A.R.S. Agences régionales de santé
Art. Article
A.R.T. Autorité de régulation de la télécommunication
A.S.I.P. Agence des systèmes d'information partagés de santé
Ass. Plen. Assemblée plénière
A.T. Accident du travail
A.T.I.H. Agence technique de l'information sur l'hospitalisation
Av. gén Avocat général

B

B.C.R. Binding Corporate Rules
B. Bulletin
BDSG Bundesdatenschutzgesetz
BICC Bulletin d'information de la Cour d'assise
BJPH Bulletin juridique du praticien hospitalier
Bull. civ. Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre civile
Bull. crim Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle

C

C. conc. Consom Jurisclasseur contrats, concurrence, consommation
CA Cour d'appel
C.A.D.A. Commission d'accès aux documents administratifs
Cah. dr. eur Cahiers du droit européen
C.A.R.S.A.T. Caisse de retraite et de santé au travail
Cass. civ. Cour de cassation, chambre civile
Cass. crim Cour de cassation, chambre criminelle
Cass. Soc Cour de cassation, chambre sociale

C.A.S. Carte Accès Sécurité
CC Conseil constitutionnel
C.C.A.M. Classification commune des actes médicaux
C.C.T.I.R.S. Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé
CD Compact disc
CE conseil d'Etat
C.E.D.H. Cour européenne des droits de l'Homme
C.E.E. Communauté économique européenne
Ch. Chapitre
CH Centre hospitalier
Chron. Chronique
CHU Centre hospitalier universitaire
C.I.P. Club inter pharmaceutique
CIR Circulaire
C.I.S.S. Collectif Inter Associatif Sur la Santé
C.I.V.I. Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions
C.J.C.E. Cour de justice de la communauté Européenne
C.J.U.E. Cour de justice de l'Union Européenne
C.M.P. assemn
C.P.M.E. Comité Permanent des Médecins Européens
Cpp Code de procédure pénale
C.M.U.C. Couverture Maladie Universelle Complémentaire
C.N.A.M.T.S. Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés
C.N.I.L. Commission nationale de l'informatique et des libertés
C.N.I.S. Conseil national de l'information statistique
C.N.I.T.A.A.T. Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail
C.N.O.M. Conseil national de l'Ordre des médecins
C.N.S. Conférence nationale de santé
Coll ? Collection
Concl. Conclusion
Cons. Const Conseil constitutionnel
C.P.A.M. Caisse primaire d'assurance maladie
C.P.P. Comités de protection des personnes
C.P.S. Carte professionnel de santé
C.R.A. Commission de recours amiables
C.R.A.M. Caisse régionale d'assurance maladie
C.R.C.I. Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des patients victimes d'accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales
C.R.E. Commission de régulation de l'électricité
C.R.R.M.P. Comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles
C.S.A. Conseil supérieur de l'audiovisuel
CSBP Cahiers sociaux du Barreau de Paris
Csp Code de la santé publique
Css Code de la sécurité sociale

D

D. Recueil Dalloz
DACG Direction des affaires criminelles et des grâces

D.A.M. Délégués de l'assurance maladie
DC décision du Conseil constitutionnel
D.C.G.D.R. Directeur Coordonnateur de la Gestion Du Risque
DDO Direction de l'organisation des soins
DDGOS Direction déléguée à la gestion et à l'organisation des soins
DEA Diplôme d'étude approfondie
Déb.Ass.Nat Débat de l'assemblée nationale
DGEFP Délégation générale à l'emploi et à la formation professionnelle
D.H.O.S. Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins
D.I.M. Délégué en information médicale
D.M.P. Dossier médical personnel
Dr. adm Droit administratif
Dr. pén Revue de droit pénal
D.R.S.M. Direction régionale du service médical
DSM Direction du service médical
D.S.S.I. Délégué à la Sécurité des Systèmes d'Information
DVD Digital video disc

E

Ed Edition
EQ Enquête questionnaire
ERASME Extraction, Recherche et Analyse pour un suivi Médico-Economique

F

Fac. Faculté
F.A.I. Fournisseur d'accès à internet
F.E.V.A.D. Fédération du e-commerce et vente à distance
FFAMCE Fédération française des associations de médecins conseils
F.G.A.O. Fonds de Garantie des assurances obligatoires de dommages
F.G.T.I. Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions
F.I.V.A. Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante
F.O.I.A. Freedom of Information Act
FSE Feuilles de Soins Electroniques
FUSL Faculté universitaire Saint-Louis

G

GAEC Groupement agricole d'exploitation en commun
GAJC Glamorgen archives joint commitee
gaz. pal Gazette du Palais
Gaz. Trib Gazette du tribunal
G.D.R. Gestion du risque
G.E.E. Groupe européen d'éthique
G.I.P. D.M.P. Groupement d'intérêt public Dossier Médical Personnel

H

H.A.S. Haute autorité de santé
H.P.S.T. Hôpitaux patients santé territoire

I

Ibid de même

I.D.S. Institut des données de santé
IFROSS Institut de formation et de recherche en organisation sanitaire et sociale
Impr. Impression
I.P. Incapacité permanente
I.P.P. Incapacité permanente partielle
I.R. Information rapide
I.S.O. International organization for standardization
IVG Interruption volontaire de grossesse

J

JCP A juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition administrative
JCP G juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP E juris-Classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise
JDI Journal du droit international
JdT Journal des télécoms
J.O. Journal officiel
J.O.R.F. Journal officiel de la république française
JOCE Journal officiel de la communauté européenne
Jur. Jurisprudence

L

Lég. Légifrance
LEH Les éditions hospitalières
LGDJ Librairie générale de droit et de jurisprudence
LL.M. Master of law
L.P.P. Liste des Produits et Prestations prévues au remboursement
LPF Livre des procédures fiscales
LR Lettre-réseau

M

Méd. Droit Revue de médecine et droit
Min. Fonction publ Ministère de la fonction publique
Min. Fonction publ. Ministère de la fonction publique
M.P. Maladie professionnelle
M.S.A. Mutualité Sociale Agricole

N

N Numéro
NCPC Nouveau code de procédure civile
N.G.A.P. Nomenclature générale des actes professionnels
N.I.R. Numéro d'identification au répertoire

O

Obs. Observation
O.C.A.M. Organismes complémentaires d'assurance maladie
O.C.D.E. Organisation de coopération et de développement économique
O.N.I.A.M. Office national d'indemnisation des accidents médicaux
O.P.J. Officier de police judiciaire

P

p. Page
PA Petites affiches
P.A.C.S. Pacte civil de solidarité
P.M.S.I. Programme de médicalisation du système d'information
Pp. Pages
Prat. Praticien
P.P.P. Partenariat public-privé
P.R.V.P. Politique de respect de la vie privée
P.S.E. Protocole de soins électronique
PUAM Presses universitaires de l'Université d'Aix-Marseille
PUF Presse universitaire de France

R

Rapp. Rapport
Rec. Recueil
RDM Revue de Mauss
RDSS Revue de droit sanitaire et social
RFDA Revue française de droit administratif
RGD méd Revue générale de droit médical
RGDM Revue générale de droit médical
Rép.min. répertoire ministériel
R. franç. Sociol Revue française de sociologie
Rev. Droit & Santé Revue du droit et de la santé
Rev. dr. san. et soc Revue de droit sanitaire et social
Rev. Sc. Crim Revue de science criminelle
RJPF Revue juridique personnes et famille
RJS Revue de jurisprudence sociale
R.M.O. Références médicales opposables
RRJ Rev. Rech. Juridique Revue de la recherche juridique – droit prospectif
RSC Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
R.S.I. Régime social des indépendants
RTD civ Revue trimestrielle de droit administratif
RTDH Rev. trim. dr. h. Revue trimestrielle des droits de l'Homme

S

S. Suivante
SDJPS Sous direction de la justice pénale spécialisée (Direction des affaires criminelles et des grâces)
SGPC-CFE-CGC Syndicat général des praticiens conseils Fédération de l'encadrement Confédération générale des cadres
S.I.D.A. Syndrome d'immunodéficience acquis
S.N.I.I.R.-A.M. Système National d'Informations Inter Régime de l'Assurance Maladie
Som. Sommaires commentés

T

T.A. Texte adopté
T.A.A. Tarification à l'activité
T.A.S.S. Tribunal des affaires de sécurité sociale
TC Tribunal des conflits
T.C.I. Tribunaux du contentieux de l'incapacité

T.I.M. Technicien en information médicale

T Tome

Trad. Traduction

Trib. Civ. Tribunal civil

Trib. Tribunal

U

U.N.A.N S.S. Union des caisses nationales de sécurité sociale

U.N.O.C.A.M. Union nationale des Organismes Complémentaires d'Assurance Maladie

U.R.C.A.M. Unions Régionales des Caisses d'Assurance Maladie

USA Etats unis d'Amérique

USB Universal serial bus

Univ. Université

V

Vol. Volume

V. Voir

Sommaire

| | |
|---|-----|
| Introduction | 1 |
| Partie I Le contrôle médical et les droits individuels | 49 |
| Titre I Le contrôle médical et les droits individuels de l'assuré social | 51 |
| Chapitre 1 Les fondements de la protection des droits individuels de l'assuré social | 51 |
| Chapitre 2 La protection des données à caractère personnel au sein de l'Assurance Maladie..... | 80 |
| Chapitre 3 L'assuré social et la transmission des données..... | 101 |
| Titre 2 Les droits individuels des autres intervenants | 171 |
| Chapitre 1 Les fondements des droits des autres intervenants | 175 |
| Chapitre 2 L'application du droit des autres intervenants et l'assurance maladie | 200 |
| Chapitre 3 Le devenir du secret..... | 256 |
| Conclusion de la première partie..... | 271 |
| Partie II Le contrôle médical et les droits de la société..... | 275 |
| Titre 1 La transmission des données personnelles de santé et la protection de la société.. | 278 |
| Chapitre 1 Les fondements de l'intérêt de la société..... | 279 |
| Chapitre 2 Les risques d'atteinte du secret professionnel et le service du contrôle médical dans le cadre de la santé publique et de la justice | 304 |
| Chapitre 3 Propositions d'évolution..... | 332 |
| Titre 2 Le développement d'un droit économique | 341 |
| Chapitre 1 Les fondements d'un droit économique | 341 |
| Chapitre 2 La place des organismes de protection sociale dans une prédominance du pouvoir de la société..... | 360 |
| Chapitre 3 Des propositions d'évolution pratiques | 421 |
| Conclusion de la seconde partie | 437 |
| Conclusion générale | 439 |
| Bibliographie..... | 443 |

« *Obruimur legibus* »²

Nous sommes écrasés de lois. C'est en quelques mots le ressenti d'un professionnel de santé lorsque après de longues études universitaires, peu ou prou détachées de certaines responsabilités, il entame sa carrière professionnelle en se heurtant aux multiples législations contenues notamment dans les codes de la sécurité sociale, du code de la santé publique ou du code du travail.

Introduction

Depuis le début de nos études de médecine, il y a de ça maintenant plusieurs décennies, un des principes déontologiques majeurs que nous avaient inculqués nos maîtres correspondait à la nécessité de taire ce que nous avons appris sur les patients en cours de soins et sur leur maladie.

Il était établi une obligation de respect du secret dont nous allons voir qu'il a la particularité de correspondre à une obligation dont la violation peut faire l'objet d'une sanction pénale et d'une sanction fondée sur la méconnaissance du devoir déontologique.

Section 1 Le secret

Cette obligation, nous n'en connaissions pas, pendant les premières années de l'apprentissage de ce que nous appelions encore un art³, l'origine exacte hormis le contenu du serment d'Hippocrate. Ce serment, prêté au cours de la soutenance de thèse en toute fin d'étude⁴, avant d'acquérir le grade de Docteur en Médecine, nous n'en maîtrisions pas le contenu. Seuls existaient les dires de nos professeurs qui nous demandaient de respecter le secret, parfois même au détriment du malade auquel nous n'étions pas en droit de communiquer des informations, du fait du risque d'erreur sur les données qui pouvaient être transmises et la prétendue difficulté pour lui d'appréhender la réalité de la situation médicale.

² Déclaration des évêques français au Concile Vatican I. « *La critique de « l'inflation législative », souvent associée au « déclin du droit », peut être interprétée comme l'expression d'une irritation ou même comme la manifestation d'une angoisse ressenties par les représentants de l'univers juridique face à une évolution où le droit se trouve pris dans le maëlstrom du social l'obligeant à se repenser.* » COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée ». Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier, *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. p. 294, reprenant Ost F. et Van Hoecke M., 1998, sous la dir. *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant.

³ Le terme d'art n'est plus usité par les professionnels de santé qu'ils soient médecin, chirurgien dentiste ou pharmacien

⁴ Le serment que prêtent les médecins en France n'est bien évidemment pas le serment d'Hippocrate d'origine. Celui-ci a été modifié plusieurs fois. L'évolution des mœurs concernant « *l'interdiction de séduction des esclaves* » et des pratiques médicales a nécessité ces évolutions. Les interdictions initiales explicites définissaient ainsi l'impossibilité de pratiquer l'avortement médical ou l'opération de la taille, acte chirurgical qui sera ultérieurement réservé aux barbiers

Sous Section 1 Le serment d'Hippocrate

Parmi les serments actuels, le plus fréquemment prêté est le serment de l'ordre français des médecins de 1996 qui a repris les notions d'information et de secret sous les termes suivants :

« (...) Je respecterai toutes les personnes, leur autonomie et leur volonté, sans aucune discrimination selon leur état ou leurs convictions (...).

J'informerai les patients des décisions envisagées, de leurs raisons et de leurs conséquences. Je ne tromperai jamais leur confiance et n'exploiterai pas le pouvoir hérité des circonstances pour forcer les consciences.

(...) Admis dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs.

Que les hommes et mes confrères m'accordent leur estime si je suis fidèle à mes promesses ; que je sois déshonoré et méprisé si j'y manque. »

La seule interdiction à laquelle nous nous reportions correspondait en fait à une obligation morale.⁵ Les dernières dispositions de ce serment, qui évoquent le regard que porterait la société sur celui qui ne le respecterait pas, n'ont en effet aucune valeur juridique opposable direct et c'est dans d'autres référentiels que nous devons rechercher les fondements du secret.⁶

Sous Section 2 Un devoir professionnel

Cette appréhension du serment était parfois doublée, pour les plus savants ou les plus curieux d'entre nous, de la connaissance d'un devoir professionnel lié à des règles déontologiques dont la violation nous exposait à des sanctions disciplinaires par les juridictions des Ordres.

Le code de déontologie, rédigé par le Conseil national de l'Ordre des médecins, et inclus dans le code de la santé publique dans la partie ayant trait aux professions de santé⁷, en a repris les principales injonctions, notamment en ce qui concerne le respect du secret professionnel.

Parmi nous, bien peu savaient, avant les formations de médecine légale de dernière année, que ces obligations déontologiques pouvaient s'associer à des sanctions judiciaires pénales qui correspondaient à l'époque aux stipulations de l'ancien article 378 du code pénal. Pourtant son contenu était d'une telle simplicité, ne concernant que les professionnels de santé, qu'il ne semblait pas nécessaire de comprendre pourquoi il faisait de nous les gardiens d'un secret qu'il nous revenait de préserver en dehors des liens existant entre les soignants d'un service. Sans même en connaître les fondements, et comme Monsieur Jourdain faisait de

⁵ MAINGUY I., *La symbolique maçonnique du troisième millénaire*, 3^{ème} édition revue et augmentée, ed. Dervy, 2006, p. 63 « En réalité ce que transmet l'initiation n'est pas le secret lui-même, puisqu'il est incommunicable, mais l'influence spirituelle qui prend les rites pour moyen de transmission. »

⁶ Nous mettrons à part la notion économique de perte de clientèle qui ne concerne pas notre pratique

⁷ Chapitre VII du titre II du livre Ier de la 4^e partie du code de la Santé Publique

la prose sans le savoir, nous appliquions les règles d'un secret partagé transmis par nos aînés et destiné à protéger l'intimité de la personne.⁸

Ce n'est que bien plus tard, lors de l'évolution de la définition légale de la violation du secret et de la transformation d'un secret « *strictement* » médical en secret professionnel au sien d'une nouvelle version du code pénal, que nous avons commencé à rechercher pourquoi « *le secret médical, forme particulière du secret professionnel, bénéficie d'une protection étendue qui dépasse le risque de sanctions prévues par le code pénal dans (son) article(s) 226-13 en cas de violation par des personnes dépositaires d'informations à caractère secret soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.* »⁹

§ 1 L'absence initiale de définition du secret médical

Initialement, il n'existait pas de définition du secret médical. La carence de cette définition a été partiellement compensée par les décisions successives de jurisprudence. Ainsi le secret sera considéré comme « *Un ensemble de faits secrets par leur nature et dont il (le médecin) n'avait eu connaissance qu'à raison de sa profession.* »¹⁰

Dans plusieurs décisions, la Cour de cassation fait évoluer cette notion du secret médical comme dans l'affaire Watelet où elle écarte la condition d'intention de nuire comme élément constitutif de l'infraction. Elle définit que la disposition est « *générale et absolue et qu'elle punit toute révélation du secret professionnel, sans qu'il soit nécessaire d'établir à la charge du révélateur l'intention de nuire.* »¹¹

L'ancien article 378 considérait le secret comme constitué des informations qui avaient été « *confiées* » dans le cadre d'une relation interpersonnelle entre patient et soignant. Il existait un risque de confusion. La responsabilité de la définition du contenu du secret qui avait été transmis relevait de celui qui confiait l'information, le professionnel de santé pouvant être amené à considérer que tout ce qui lui avait été apporté relevait d'un secret absolu. Cette notion était confortée par la lecture des codes de déontologie successifs amenés à préciser la définition du secret médical.¹²

La rédaction de l'article 378¹³ ne considérait comme pouvant relever d'une sanction en cas de violation du secret que les médecins, pharmaciens et sages-femmes.

La jurisprudence a progressivement précisé que certaines autres professions pouvaient être concernées notamment toutes les professions dont l'exercice est attaché à la confidentialité,

⁸ LAMANDA V., « Propos introductifs à la conférence du 9 avril 2009 », *Dalloz, Dossier "Le secret médical aujourd'hui : enjeux et perspectives - aspects juridiques"*, 12 nov. 2009, n°39, pp. 2615-2616

⁹ FAUCOMPRE E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII

¹⁰ Cass. crim. 19 déc. 1885

¹¹ Cass. crim. 19 déc. 1885, même argument pour Cour d'appel de Bordeaux 05 juill. 1893 le professionnel ayant utilisé une représentation du visage de la patiente permettant de l'identifier sans son accord

¹² LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 51

¹³ En ce qui concerne plus spécifiquement le code pénal, l'article 378 sera remplacé par l'article 226-13 du nouveau code pénal en 1994 qui permet de punir d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende « *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.* »

comme les notaires, conseil juridique, banquier, toutes les professions paramédicales et le personnel non médical dirigeant les établissements hospitaliers.¹⁴

Progressivement, cette notion de secret médical sera remplacée par celle de secret professionnel suite à des évolutions successives de la législation et de la réglementation.

§ 2 La définition pénale de la violation du secret

L'obligation au secret figure aujourd'hui dans le nouveau code pénal¹⁵ sous la notion de secret professionnel¹⁶ dans ses articles 226-13 et 226-14.¹⁷

L'article 226-13 du code pénal¹⁸ donne une définition plus large des conditions de violation du secret professionnel que l'article 378 ancien, lequel ne citait expressément que les membres des professions de santé. Il déclare tenue au secret professionnel toute personne dépositaire d'un secret. Cette définition doit être étudiée en lien avec les dispositions de l'article 226-14 du code pénal¹⁹ qui définit des exceptions légales à ce secret.

Les articles suivant l'article 226-13 du code pénal, respectivement articles 226-14 et 226-15 traitent successivement du régime des dérogations au secret et du secret de la correspondance.²⁰

Pour plus de clarté dans l'exposé de notre travail, il semble essentiel dans cette introduction de présenter les éléments constitutifs de cette violation du secret et d'en proposer une analyse. Il est essentiel aussi de préciser dès ce stade du travail que l'association du droit pénal, du droit de la santé publique et du droit de la sécurité sociale rend une telle analyse complexe. La définition pénale de la violation du secret ne saurait se suffire pour appréhender les difficultés d'interprétation retrouvées fréquemment dans les situations contentieuses.

¹⁴ Cass. crim. 16/03/1893

¹⁵ Décrets du 29 mars 1993 et du 25 février 1994 entrant en vigueur le 1^{er} mars 1994

¹⁶ On exclura de notre étude les atteintes au secret des correspondances des articles 226-15 et 432-9 du code pénal

¹⁷ Loi du 22 juill. 1992 en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994

¹⁸ Art. 226-13 du code pénal « *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.* »

¹⁹ Art. 226-14 du code pénal « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :*

1°) A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes sexuelles dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique

2°) Au médecin, qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du 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 sexuelles de toute nature ont été commises

3°) Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police 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 une.

Aucune sanction disciplinaire ne peut-être prononcée du fait du signalement de sévices par le médecin aux autorités compétentes dans les conditions prévues au présent article. »

²⁰ Ce secret, bien que fréquemment évoqué dans les pratiques des administrations, n'est pas spécifique au service du contrôle médical et ne sera donc pas développé dans notre travail

1 Les éléments constitutifs du secret pénal

La compréhension de la notion du secret pénal nécessite de développer les éléments qui le constituent.

1-1 Le contenu du secret

La définition du contenu du secret pénal correspond à une conjugaison d'éléments constitutifs.

1-1-1 Les informations à caractère secret

Le secret pénal correspond aux informations à caractère secret. Initialement l'article 378 du code pénal évoquait les faits confiés sous le sceau du secret²¹. Puis il y a eu évolution vers une conception plus large concernant la totalité des faits connus dans l'exercice de la profession²² même si certains auteurs souhaitaient restreindre son extension²³. La doctrine avait cherché à établir des critères du secret permettant une hiérarchisation des faits concernés par le secret et une éventuelle révélation. Or la variété des révélations punissables est importante.

Ainsi, en sus des faits pour lesquels le silence a été spécifiquement requis par la personne concernée, il est des secrets par nature qui doivent être préservés même s'il n'y a pas eu de demande de protection précise. C'est le cas des informations concernant la vie privée dont la divulgation par leur confident risquerait de compromettre la confiance portée par le patient au professionnel²⁴, l'obligation au silence ne cessant pas avec la mort de l'intéressé.²⁵

Cette règle a été confirmée par le code pénal de 1994 qui utilise la notion « *d'information à caractère secret* », ce qui confirme que le secret concerne aussi bien les confidences que les constatations faites par le médecin.²⁶

Ce que le médecin a appris lors de ses fonctions

Actuellement, le secret comprend tout ce que le professionnel de santé a appris lors de ses fonctions. Le code de la santé publique précise que cela concerne « *l'ensemble des*

²¹ Doctrine PLANIOC, note sous arrêt 1^{er} mai 1899, D. 1899, 1, p. 585 ; ESMEIN, note sous arrêt 1901, 1, p. 161 et jurisprudence, Cass. crim. 26 juil. 1845, D., 1845, 1, p. 340 ; Cass. crim. 10 juin 1853, D.P. 1853, 1, p. 723

²² Cass. crim. 18 déc. 1885, D. 1886, 1, p. 347, gaz. pal. 1886, 1, p. 225 ; Trib. Civ. Peau, 20 juin 1925, gaz. pal. 1925, 2, p. 723

²³ GARCON E., code pénal annoté, 2^{ème} éd. par Patin, Rousselet et Ancel, t. 2 article 378, n° 29, « *On exagérerait le sens et la portée de l'article 378 en l'étendant indistinctement à la divulgation de tout ce qui a été appris par un médecin dans l'exercice de sa profession.* »

²⁴ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

²⁵ LABURGADE D., « La radiation du docteur Gubler », Petites affiches, 21 juin 2001

²⁶ MARY S., *Révélation du secret médical et justification*, Thèse de droit, diffusion ANRT 2003, Thèse à la carte, p. 25

informations concernant la personne »²⁷ et « *tout ce qui est venu à la connaissance du médecin (ou du chirurgien-dentiste) dans l'exercice de sa profession.* »²⁸

La justification de cette extension repose sur la défense et la protection de la vie privée, ce qui englobe même des éléments personnels ne relevant pas de données médicales²⁹. La question que l'on sera amené à se poser ultérieurement est de savoir si l'inflation du besoin à l'information devenu un droit des malades n'est pas de nature à faire basculer le régime juridique depuis la prévention pénale de l'infraction de violation du secret vers une indemnisation civile d'un préjudice subit sur les droits de la personne, toute violation pénale étant elle-même source de préjudice.

Ce qui est de notoriété publique

Même si le patient a révélé de lui-même l'information, le médecin ne peut parler³⁰. « *Le médecin ne peut révéler ce qui est de notoriété publique car la confirmation émanant d'un homme de l'art qui a soigné l'intéressé donnerait une autorité scientifique à un bruit dont la certitude peut n'être autrement pas établie.* »³¹

Une distinction doit néanmoins être maintenue entre les informations personnelles pouvant faire l'objet d'une publicité et qui restent protégées et les informations publiques qui, bien que concernant un individu déterminé, concernent la société et ne font donc pas l'objet d'une sanction en cas de divulgation.³²

Les constatations positives et négatives

La notion de constatations positives et négatives a longtemps fait l'objet de débats. Pouvait-on admettre de lever le secret afin de dévoiler l'absence de maladie ? La révélation d'une telle situation ne rentrait-elle pas dans le champ du secret, c'est à dire tout ce qui était venu à la connaissance du professionnel ?³³

La doctrine usant de la double notion sans la préciser, la jurisprudence s'en était chargée. « *L'examen médical forme un tout couvert par le secret qu'elles qu'en soient les conclusions positives ou négatives auxquelles elle conduit.* »³⁴

Il y avait donc obligation de se taire, qu'il s'agisse d'un fait positif dont la divulgation est susceptible de causer un préjudice ou d'un fait négatif.³⁵

²⁷ Art. L.1110-4 du code de la santé publique

²⁸ Art R. 4127-4 et R. 4127-206 du code de la santé publique

²⁹ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 85 note 5

³⁰ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 54

³¹ RYCKMANS X., MEERT VAN DE POT R., *Les droits et les obligations des médecins*, Lacier 1972, T. 1, p. 136 en se référant notamment à Cass. 19 déc.1885, D. P., 1886, I. P., 347 ; Cass. 9 nov. 2001, Gaz. Trib. 20 janv. 2002

³² PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *Actualité Juridique Pénal* 2004 p. 133 citant CA Rennes, 18 mars 1999, BICC n° 512, n° 501 à propos d'un registre de naissance

³³ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 53

³⁴ Cass. Civ. 12 juin 58, J.C.P., 1959 II, 10940, note A. Chavanne

³⁵ Cass. Civ. 12 juin 58, J.C.P. 1959, II, 10940, note A. Chavanne ; Civ. 1^{er}, 19 mars 1978, B. civ. I, n° 127

La question ne devrait plus se poser actuellement. En effet, les praticiens traitants se voient fréquemment dans l'obligation déontologique, sur demande de leurs patients ou sur injonction légale, de rédiger des certificats, notamment précisant l'absence de maladie. Ces certificats peuvent émaner de demandes d'une assurance, concerner une non contre indication à la pratique d'un sport ou de transmettre des informations dans le cadre de la « *médecine sociale* ».

Le droit que possède le patient sur son secret permet de justifier une demande portant sur une constatation négative.

L'anonymat du patient

La question sur la réalité de divulgation d'un secret lorsqu'un médecin fait état de l'identité d'une personne venue le consulter sans donner d'information médicale est posée. La doctrine et la jurisprudence précisent que l'anonymat doit être préservé. « *Seule une attitude sévère doit être retenue et il faut approuver les tribunaux qui condamnent la violation de l'anonymat même sans l'accompagner de renseignements d'ordre médical.* »³⁶ Loiret évoque même la notion de divulgation de la spécialité d'exercice du médecin qui permet de deviner spontanément le type de pathologie concernée (psychiatre, gynécologue spécialisé dans l'assistance médicale à la procréation, cancérologue, chirurgien qualifié en chirurgie réparatrice, etc.). « *Le seul fait qu'une personne consulte un praticien astreint au secret devient alors secret par essence s'il donne par lui-même des indications sur la nature des prestations recherchées par le client.* »³⁷

Cette possibilité de révélation indirecte semble encore plus présente actuellement du fait du développement de la médecine de prévention et de la médecine prédictive destinées non plus à soigner une maladie existante mais à prévenir ses possibilités de survenue ou ses éventuelles complications. Une simple consultation laisse alors présumer non plus d'une pathologie mais bien de l'existence d'un risque potentiel.

1-2 Les éléments constitutifs du délit pénal

Il n'y pas de nécessité de préjudice pour la personne dont les informations ont fait l'objet d'une communication.³⁸

1-2-1 La qualité de la personne révélant l'information

L'obligation de respecter le secret apparaît lorsque le fait d'être professionnel a permis à lui seul, et en dehors de toute mission spécifique, de surprendre la confiance.³⁹

³⁶ VERON M., Ibid. p. 73 en se référant à Colmar 16/06/39, Gaz. Pal., 1939, 2, 342

³⁷ TIETART M. P., CAMPANA J.P., FROGE E.C., « Réflexions sur l'avenir du secret médical », journal de médecine légale, droit médical 1983, T. 26, n° 3, p. 282 en citant Monsieur Verny, commissaire du gouvernement.

³⁸ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

³⁹ VERON M., *La responsabilité pénale du médecin*, Masson 1982, p. 74 en se référant à Crim. 17/05/73. D., 1973, 583, note Doll P., J et rev. Sc. Crim. 1974, 369, obs. Levasseur G. concernant la condamnation d'un médecin d'assurance dans les suites d'une violation de l'obligation au secret médical.

1-2-2 La volonté de révéler

Elle correspond à l'élément moral de l'infraction. Même s'il n'y a pas eu intention de nuire⁴⁰, ni intention coupable⁴¹, la violation du secret professionnel reste un délit intentionnel⁴². Le délit est constitué dès que les éléments constitutifs de l'infraction sont retrouvés.⁴³

L'élément moral consiste en la volonté du détenteur du secret de le révéler en toute connaissance de cause. « *Le délit existe dès que la révélation a été faite, avec connaissance, indépendamment de toute intention spéciale de nuire.* »⁴⁴

A l'appui de cette interprétation, Véron précisait déjà que « *bien que l'article 378 ne le dise pas expressément, seule une révélation intentionnelle est pénalement punissable.* ». Il n'existe en effet pas dans la rédaction du texte d'articles de type « *sciemment, volontairement* ».

La même analyse peut être faite pour la rédaction de l'article 226-13 du code pénal actuel.

1-2-3 Violation du secret même sans publicité

L'obligation au secret médical a un caractère général et absolu⁴⁵. Ceci interdit toute révélation à un tiers, même s'il s'agit d'un professionnel, lui aussi assujéti au secret sauf lorsque la loi l'autorise. C'est le cas de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.⁴⁶

La publicité n'est pas indispensable pour que le délit de violation du secret professionnel soit constitué. La révélation n'est pas, en effet, synonyme de divulgation publique.⁴⁷

La communication reste pénalement répréhensible alors même qu'elle aurait été adressée dans la stricte intimité, à une personne unique celle-ci fut-elle tenue au secret professionnel.⁴⁸

⁴⁰ CA Paris, 25 nov. 1996, Juris-Data n° 023550 ; V. aussi. Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n° 109

⁴¹ Cass. crim., 9 mai 1913 et 27 juin 1967

⁴² Cass. Crim., 8 septembre 2010, n° 09-85887, Non publié au bulletin, « (...) alors que la violation du secret professionnel est un délit intentionnel ; que l'intention coupable, qui ne se déduit pas du seul caractère confidentiel des documents révélés, doit être caractérisée par les juges du fond (...) »

⁴³ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133, voir CA Grenoble, 9 févr. 2000, JCP 2000, IV, 1464, rejet du pourvoi par Cass. crim., 23 janv. 2001, n° 00-83.261

⁴⁴ MARCELLI A., *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000, p. 4

⁴⁵ Cass. crim., 8 avril 1998, « *L'obligation au secret professionnel, établie par l'article 226-13 du code pénal, pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions, s'impose aux médecins, hormis les cas où la loi en impose autrement, comme un devoir de leur état ; que sous cette seule réserve, elle est générale et absolue.* »

⁴⁶ Art. L. 1110-4 du code de la santé publique « (...) Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible. (...) »

⁴⁷ MARCELLI A., *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000

⁴⁸ Cour d'Appel de Paris, 1er mars 1935 - D.H. 1935-256 ; C. E. 1^{ère} et 4^{ème} sous-sections, 23 avril 1997

2 Les limites du délit pénal

La loi a défini des limites à la possibilité d'application de ce délit pénal pour les professionnels.⁴⁹

2-1 Le secret hors de l'exercice de sa profession

En théorie, le médecin ne peut faire l'objet d'une sanction pénale s'il révèle un secret dont il a eu connaissance en dehors de l'exercice de sa profession.

Deux faits sont relevés par Loiret au sein de son analyse :

2-1-1 Les limites de l'exercice professionnel

Existe-t-il une limite précise entre ce qui relève de l'exercice de la profession et ce qui n'en relève pas ?

Cette question mérite d'être posée pour les thérapeutes, notamment médecins traitants qui peuvent être amenés à connaître des informations au cours de leur vie quotidienne en dehors de leur activité. La jurisprudence estime qu'il n'existe pas de différence entre les périodes de la vie d'un professionnel de santé, l'exercice ne s'arrêtant pas à la porte du lieu d'exercice.

Elle ne se pose pas par contre pour les praticiens conseils qui pendant leur activité salariée ne soignent pas⁵⁰. La frontière entre profession et vie personnelle est dans ce cas plus facile à déterminer.

2-1-2 La déontologie médicale

Cette limitation de l'action pénale n'existe pas en ce qui concerne les éventuelles sanctions disciplinaires. En effet, la déontologie exige du médecin qu'il respecte, en toutes circonstances, les principes de moralité et de probité indispensables à l'exercice de la médecine⁵¹. Une violation manifeste, volontaire, de cette moralité par la révélation d'éléments personnels provoquant des dommages à un tiers est considérée comme répréhensible.

2-2 Le secret et l'exercice illégal de la médecine

L'exercice illégal de la médecine est hors du champ d'application de la notion de violation du secret professionnel. Les personnes concernées ne sont pas dépositaires par état ou par profession des secrets qui leur sont confiés. Elles peuvent par contre, faire l'objet d'autres sanctions pénales du fait de cet exercice illégal de professions réglementées.

⁴⁹ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 54

⁵⁰ Hormis la notion d'intervention pour urgence vitale ou pour leurs proches. Cette impossibilité correspond à l'application de leur contrat de travail et à l'impossibilité d'être à la fois médecin traitant et de contrôle pour les mêmes personnes

⁵¹ Art. R. 4127-3 du code de la santé publique

On constate encore que si le code pénal donne un certain nombre d'éléments constitutifs de la violation du secret, il ne donne pas la définition de ce secret. Cette définition est trouvée dans d'autres référentiels.

§ 3 La définition du secret

Une méconnaissance du devoir déontologique peut faire l'objet de sanctions. Et c'est dans les rédactions successives des codes de déontologie qu'apparaît réellement une définition du secret.

1 Les définitions du code de la santé publique

On peut trouver plusieurs articles du code de la santé publique évoquant le secret.

1-1 Le secret dans le code de la santé publique

La définition du secret est trouvée dans l'article L. 1110-4 du code de la santé publique⁵².

Elle inclut non seulement l'étendue du contenu du secret mais aussi les personnes qui y sont astreintes. *« Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne⁵³ venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes ou toute autre personne en relation de par ses activités avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé ainsi qu'à tout les professionnels intervenant dans le système de santé. »⁵⁴*

Il n'y a pas de précision dans ce texte sur une éventuelle distinction entre secret médical et secret professionnel mais le fait que ces dispositions se trouvent dans le code de la santé publique semble cibler son application au domaine de la santé⁵⁵.

⁵² Introduit par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002

⁵³ Nous soulignons

⁵⁴ Nous soulignons

⁵⁵ L'expression « secret médical » est utilisée 47 fois dans les deux principaux codes qui régissent l'activité des praticiens conseils. C'est le cas 9 fois dans le code de la sécurité sociale, respectivement dans 5 articles de loi et dans 4 articles réglementaires.

Il s'agit principalement des dispositions évoquant la gestion des informations de consommation de santé ou des relations existant entre services de l'assurance maladie.

Elle est utilisée 38 fois dans le code de la santé publique, 17 fois dans un article de loi et 21 fois dans un article réglementaire. On trouve ainsi, en sus des premiers articles définissant les droits des malades, des dispositions portant sur le fonctionnement des structures hospitalières et des centres de santé, de l'agence de sécurité sanitaire, de la Commission nationale d'indemnisation des accidents médicaux. De façon plus particulière en ce qui concerne le sujet de notre travail, il est défini la notion de secret médical dans l'activité des médecins inspecteurs de la santé publique. On relève enfin les mêmes termes dans les textes définissant le fonctionnement des tribunaux disciplinaires de l'Ordre des médecins. On peut donc comprendre pourquoi il persiste un certain attachement des médecins à la notion de secret médical.

Il semble intéressant pour notre travail de rappeler que l'intégralité de ces dispositions, tant en ce qui concerne la mise en œuvre d'une protection des données que la définition des sanctions applicable, est reprise par l'article L. 161-36-1 A du code de la sécurité sociale.⁵⁶ Ceci ne laisse encore aucun doute de la possibilité d'application des ces sanctions dans le cadre des activités des organismes de protection sociale.

Les autres articles du code de la santé publique⁵⁷ qui évoquent le secret sont nombreux.⁵⁸ Ce sont principalement les articles du code de déontologie médicale.

1-2 Les codes de déontologie

Les codes de déontologie des professions de santé ont été créés par l'article L. 4127-1 du code de la santé publique.⁵⁹ « *Un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat.* »⁶⁰ Ainsi, si le contenu des articles des codes de déontologie a une portée réglementaire, le texte constitutif de ces codes est lui de portée légale.

Etudiant plus spécifiquement le code de déontologie médicale, François Gazier, Conseiller d'État, a rappelé la spécificité et l'étendue de ce texte pour ce qui concerne la notion de secret, « *réponse apportée à la protection de l'intimité de la personne* ». ⁶¹

On trouve l'article R. 4127-4 du code de la santé publique, principe et définition du secret médical, qui précise que « (...) *Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* » ⁶²

⁵⁶ Loi du 13 août 2004

⁵⁷ MARCELLI A. , *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000, p. 9

⁵⁸ On trouve ainsi l'article R. 4127-35 concernant l'obligation d'information loyale, claire et appropriée du patient ; l'article R. 127-51 définissant l'interdiction d'immixtion dans les affaires de famille ; l'article R. 4127-72 et le respect du secret par le personnel médical, l'obligation de protection de la correspondance professionnelle et des données physique et informatique ; l'article R. 4127- 73 protégeant les documents médicaux ; l'article R. 4127-76 visant l'établissement des certificats médicaux ; l'article R. 4127- 95 et les conditions d'exercice salarié de la médecine et indépendance professionnelle ; l'article R. 4127-96 sur la conservation des dossiers médicaux ; l'article R. 4127-102 et les obligations d'information dans la médecine de contrôle envers l'assuré ; l'article R. 4127-103 et les relations entre médecin de contrôle et professionnel de santé et l'article R. 4127-104 d'une importance majeure dans notre travail rappelant les obligations de secret dans l'exercice de la médecine de contrôle

⁵⁹ Pour les médecins, la quatrième et actuelle version date du 6 septembre 1995

⁶⁰ Code de la santé publique, annexe IV, professions médicales et auxiliaires médicaux. Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale (J.O. du 8 septembre 1995) 1310 Dalloz 1997

⁶¹ LAMANDA V., « *Propos introductifs à la conférence du 9 avril 2009* », *Dalloz, Dossier "Le secret médical aujourd'hui : enjeux et perspectives - aspects juridiques"*, 12 nov. 2009, n°39, pp. 2615-2616

⁶² Art. R. 4127-4 du code de la santé publique « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* »

Les mêmes termes sont repris dans la rédaction de l'article R. 4127-206 du code de déontologie des chirurgiens-dentistes. Le secret professionnel s'impose ainsi à tout chirurgien-dentiste, sauf dérogation prévue par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du chirurgien-dentiste dans l'exercice de sa profession, c'est à dire « *non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

Le droit disciplinaire n'est pas soumis, contrairement au droit pénal, au principe de légalité.⁶³ Il échappe à l'interprétation stricte des textes et permet de sanctionner un comportement global fautif du médecin.⁶⁴ Ce droit a fait évoluer le contenu et la portée du secret depuis un secret strict pouvant être opposé au malade⁶⁵ jusqu'au secret partagé. La condition formelle pour garantir la liberté des individus est que celui qui sera amené à connaître les informations confidentielles doit être lui-même lié par le secret.⁶⁶ On développera ultérieurement cette notion de secret partagé qui a permis pendant longtemps de justifier la transmission d'informations aux médecins conseils par les médecins traitants.

Sous section 3 La notion de sanctions

Les textes cités ci-dessus définissent les possibilités de sanctions en cas de violation du secret. Néanmoins il existe des différences en ce qui concerne le champ d'application de ces sanctions tant pour les personnes menacées que pour les faits répréhensibles.

§ 1 Le code pénal

L'article 226-13 du code pénal sanctionne celui qui, étant dépositaire du secret dans le cadre de sa profession, le révèle.⁶⁷ C'est donc la violation réalisée qui peut être sanctionnée. L'acte répréhensible est déjà réalisé quand il est connu. Le délit est intentionnel mais lié à une effectivité de l'action répréhensible.

§ 2 Le code de la santé publique

L'article L. 1110-4 du code de la santé publique aussi celui qui tente d'obtenir ou obtient l'information.⁶⁸ L'acte est aussi intentionnel mais il peut ne pas avoir été réalisé et il n'est pas tenu compte bien évidemment de la profession de la personne se rendant coupable des faits concernés.

⁶³ Il n'existe pas de référentiel précis associant un comportement fautif à une échelle de sanction

⁶⁴ En exemple on rappelle que l'article L. 145-1 du code de la sécurité sociale évoque « *Les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession (...)* »

⁶⁵ Doyen Brouardel « Silence quand même et toujours. »

⁶⁶ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 22

⁶⁷ Art. 226-13 du code pénal « 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 15000 euros d'amende. »

⁶⁸ Art. L. 1110-4 du code de la santé publique « (...) *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. (...)* »

Même si la définition de ces sanctions fait directement suite à un alinéa évoquant la conservation d'informations médicales sur support informatique ou leur transmission par voie électronique, l'absence de rattachement direct de ces sanctions au paragraphe qui le précède semble permettre une application large de ces dispositions à toute « *manœuvre* » intentionnelle visant à obtenir de façon illégale de telles informations.⁶⁹

§ 3 La possibilité d'extension de l'application des textes

Il est à signaler le mouvement assez récent amenant les juridictions, face au silence de la loi, notamment lorsque le contentieux concerne une administration, à rechercher une motivation de décision dans le code de déontologie. Or celui-ci ne s'impose qu'aux professionnels de santé.

Il semble possible d'admettre cette extension lorsqu'il est recherché une responsabilité de l'administration en tant qu'employeur. En effet, on se trouverait dans une situation complexe. Le professionnel restant dans les limites de ses fonctions pourrait ne pas être sanctionné et l'administration, bien responsable des activités de son salarié, pourrait ne pas être sanctionnée si la faute relève d'une pratique médicale. Dès lors que le professionnel de santé est employé par une administration, il paraît donc utile de vérifier que celle-ci met en œuvre les moyens permettant au médecin de se plier aux devoirs auquel il est contraint. Une carence de son organisation ouvrirait la porte à une sanction.

Selon Terré, le croisement sociologique de la morale et du droit correspond principalement à « *la prolifération des codes de bonne conduite (...), nouveau mode de production du droit* ». ⁷⁰ On voit ainsi, malgré l'indépendance régulièrement affirmée entre droit pénal et droit disciplinaire ⁷¹, des juridictions utiliser le code de déontologie médicale pour motiver leurs avis. On dépasse alors ce que Simmel dénommait « *la diversité des processus normatifs* », permettant d'adapter les rapports quotidiens, législation et réglementation, pour aller vers un processus plus complexe qui est l'inter normativité. ⁷² Les normes peuvent ainsi passer d'un champ d'application à un autre.

A l'opposé de ce mouvement on peut citer Dominique Thouvenin. « *On ne voit vraiment pas comment une administration étrangère au corps médical pourrait invoquer un texte applicable aux seuls médecins et qui impose un devoir.* » ⁷³

⁶⁹ Art. L. 1110-4 du code de la santé publique « (...) Afin de garantir la confidentialité des informations médicales mentionnées aux alinéas précédents, leur conservation sur support informatique, comme leur transmission par voie électronique entre professionnels, sont soumises à des règles définies par décret en Conseil d'Etat pris après avis public et motivé de la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Ce décret détermine les cas où l'utilisation de la carte de professionnel de santé mentionnée au dernier alinéa de l'article L. 161-33 du code de la sécurité sociale ou un dispositif équivalent agréé par l'organisme chargé d'émettre la carte de professionnel de santé est obligatoire. La carte de professionnel de santé et les dispositifs équivalents agréés sont utilisés par les professionnels de santé, les établissements de santé, les réseaux de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins (...). »

⁷⁰ TERRÉ D., Droit, morale et sociologie, *L'Année sociologique*, 2004, 54, n° 2, p. 499

⁷¹ La jurisprudence de la Cour de cassation est moins évidente en droit civil. Voir sur ce point un arrêt du 29 avril 1997 dans lequel toute faute déontologique doit être qualifiée de faute civile. Contra arrêt du 13 octobre 1998 dans lequel l'appréciation par les autorités professionnelles de la gravité d'un manquement déontologique ne lie pas les juges civils

⁷² SIMMEL G., « La sociabilité », dans SIMMEL G., *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1981, p. 300

⁷³ THOUVENIN D., *Le secret médical*, Ibid., p. 60

Sous section 4 Les autres textes évoquant le secret

Un certain nombre de textes comportent des liens directs ou indirects avec le secret médical.⁷⁴

§ 1 Les textes à caractère général

Certains textes à caractère général évoquent le secret sans qu'il soit spécifiquement lié à une profession.

1 Au niveau international

Nous ne présenterons ci-dessous que les textes qui ont un lien avec la notion de secret. De nombreux textes plus anciens que nous étudierons plus après ont évoqué les droits de l'Homme sans concerner le secret.

La Déclaration Universelle des droits de l'Homme

Il existe des liens indirects avec le secret médical notamment dans son article 3. « *Tout individu a droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de sa personne* » et son article 12 « *Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée.* »

Le Serment de Genève de 1948 « *Je respecterai le secret de celui qui se sera confié à moi, même après la mort du patient.* »

Le code international d'éthique médicale, adopté par la 3^{ème} assemblée générale de l'Association médicale mondiale, Londres, Grande-Bretagne, octobre 1949, amendé par la 22^{ème} assemblée médicale mondiale, Venise, octobre 1983.

La Déclaration d'Helsinki de 1964.⁷⁵

La Conférence internationale des Ordres en janvier 1987 a rappelé la nécessité de protection du secret contre une révélation involontaire, notamment informatique. « *Le secret médical n'est pas aboli par la mort du patient.* »

La Déclaration sur les droits du patient de Bali en 1994 a étudié la protection des informations médicales dans un sens prospectif, la possibilité d'information des descendants de patients lorsqu'il y a connaissance de risques pour leur santé étant envisagée.

⁷⁴ BETOULIERES J. M., L'évolution de la notion du secret médical au secret professionnel du corps médical, Université Montpellier 1, mai 1997

⁷⁵ Recommendations guiding medical doctors in biomedical research involving human subjects, adopted by the 18th World Medical Assembly, Finland, 1964, and as revised by the 29th World Medical Assembly, Tokyo, 1975, and the 41th World Medical Assembly, Hong Kong, September 1989

2 Au niveau européen

Le principe de respect du droit à la vie privée a été consacré par la **Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales**, signée à Rome le 4 novembre 1950. L'article 8 de ce texte⁷⁶ qui a, en vertu de l'article 55 de la constitution de 1958, une autorité supérieure au droit interne, garantit le droit de toute personne à sa vie privée et familiale, de son domicile et sa correspondance.

Les principes d'éthique médicale européenne définissent dans leur article 7 un secret total. « *Le médecin est le confident nécessaire du patient. Il doit lui garantir le secret total de toutes les informations qu'il aura recueillies et des constatations qu'il aura opérées lors de ses contacts avec lui. Le secret médical n'est pas aboli par la mort du patient. Le médecin doit respecter la vie privée de ses patients(...).* »

3 Au niveau national

La France a inséré en 1970 dans son droit interne par le code civil le principe du respect de la vie privée.

L'article 9 du code civil définit le droit au respect de la vie privée.

« *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.* »⁷⁷

§ 2 Les textes particuliers

D'autres textes concernent particulièrement le secret et la santé.

1 Le code de la santé publique

Dans le cadre de notre travail, nous devons constater que le code la santé publique est le fondement du secret et de sa préservation.

L'étude de la loi du 4 mars 2002⁷⁸ est essentielle en ce qu'elle a consacré à la démocratie sanitaire deux chapitres intitulés « *Droits de la personne* » et « *Droits et responsabilité des usagers du système de santé* » et qui ont été intégrés dans le code de santé publique.

⁷⁶ Art. 8, Droit au respect de la vie privée et familiale « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.* »

⁷⁷ Art. 9 du code civil, créé par la Loi 1803-03-08 promulguée le 18 mars 1803, modifié par Loi 1927-08-10 art. 13, modifié par la Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 – art. 22 JORF 19 juillet 1970, modifié par la Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 – art. 1 JORF 30 juillet 1994

⁷⁸ Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

Les droits de la personne sont placés au début du code de la santé publique et regroupent deux principes qui concernent notre travail, le droit au respect de la dignité et le secret professionnel déjà évoqué plus avant.⁷⁹

L'article L. 1110-2 du code de la santé publique⁸⁰ rappelle que « *La personne malade a droit au respect de sa dignité.* »

La dignité humaine étant comprise comme étant la reconnaissance de la spécificité humaine⁸¹, le droit de la personne au respect de sa dignité est l'un des droits fondamentaux de la personne humaine et a une valeur constitutionnelle. Le professeur Jean Marie Clément en fait un principe fondateur du droit de la santé.⁸²

2 Le code de la sécurité sociale

Nous développerons plus loin dans notre travail la place du secret et de la communication au sein du code de la sécurité sociale mais il semble important d'évoquer dès à présent sa spécificité qui amène de nombreux textes à définir une obligation ou à une possibilité de communication de données dans le cadre des activités des organismes de protection sociale.

Après avoir défini le secret, évoqué les sanctions possibles lors de sa violation, il semble important, afin de permettre une compréhension des difficultés soulevées fréquemment dans notre pratique, d'en évoquer la signification pour les professionnels concernés. En effet, notre travail cherche non seulement à présenter les référentiels liés au secret mais aussi à obtenir l'assentiment des professionnels de la santé et du droit sur les analyses et les propositions d'évolution des pratiques qui pourront être présentées.

Si l'on peut relever, une lente évolution légale et jurisprudentielle de la définition du secret, il est important d'étudier les éléments caractérisant les caractères de l'obligation au respect du secret en suivant Loiret dans son analyse.

Sous section 5 La signification du secret

Il nous semble utile de développer les diverses significations que peut avoir le secret, notamment dans le cadre spécifique de l'activité des praticiens conseils.

⁷⁹ FAUCOMPRE E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII

⁸⁰ Article inséré par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 art. 1 I, II, art. 2 Journal Officiel du 30 juillet 1994

⁸¹ Art. 16 du code civil « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* ».

⁸² FAUCOMPRE E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie* citant CLEMENT J.M., *Les grands principes du droit de la santé*, LEH Editions 2005p. 37 et s

§ 1 Le secret médical comme secret professionnel

Le code pénal ne fait aucune distinction entre les différents secrets professionnels. La définition du champ d'application et des sanctions de cette violation présente deux particularités qui doivent être relevées pour l'activité des praticiens conseils de l'Assurance Maladie.

1 La notion de secret professionnel

En premier, on doit considérer que, alors que l'ancien article 378 du code pénal ne mentionnait que les professions de santé, la rédaction de l'article 226-13 ne concerne plus seulement les médecins et les chirurgiens-dentistes, qui ne sont d'ailleurs plus explicitement mentionnés. Cette extension du champ des intervenants pouvant être sanctionnés permet ainsi d'élargir l'incrimination de violation du secret professionnel à d'autres professions que celles de santé au sein des organismes de protection sociale.

A contrario, elle pourrait être un argument pour soutenir la possibilité de transmission d'informations à toute personne intervenant au sein de ces organismes. Si l'on pouvait admettre la possibilité de partage d'informations entre professionnels de santé en ce qui concernait le secret des données de santé, pourquoi ne pas admettre un partage d'information entre personnes pouvant relever du secret professionnel ? Peut-il être envisagé une « *fongibilité* » des secrets ?

De fréquentes demandes à destination du service du contrôle médical émanent ainsi tant des services administratifs de la caisse que d'autres intervenants, comme par exemple les Directions de la répression des fraudes.

A l'appui de cette hypothèse, on doit constater que l'article 226-13 du code pénal considère le secret dont le professionnel est « *dépositaire* » sans qu'il persiste, comme dans l'ancien article 378, la notion de secret confié par son « *propriétaire* » initial. Cet article ne définit pas une liste type de professions concernées, toute fonction ou mission, même temporaire pouvant amener à la connaissance d'une information.

2 Des spécificités du secret médical

Pourtant il persiste, notamment chez les professionnels de santé, une distinction, le « *secret médical* » étant considéré comme une des composantes d'une entité plus large définie comme « *le secret professionnel* »⁸³.

Cette distinction s'appuie notamment sur certaines spécificités pratiques.

2-1 La possibilité de sanctions multiples

On doit rappeler que le secret médical présente des particularités par rapport au secret professionnel.

En effet, les professions médicales sont soumises à des règles déontologiques qui leurs sont propres, communes à toutes ces professions, et au nombre desquelles figure le secret médical.

⁸³ MARCELLI A. , *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000, p. 1

S'il apparaît fréquemment la notion de secret professionnel, les écrits des Ordres professionnels évoquent encore fréquemment cette notion de secret médical. Il peut donc y avoir association des sanctions lors d'une violation du secret professionnel par un professionnel de santé. Celui-ci est susceptible d'encourir une sanction pénale conformément à l'article 226-13 déjà cité mais aussi une sanction disciplinaire prononcée par une juridiction spéciale de l'Ordre professionnel concerné, sanction disciplinaire des conseils régionaux ou du Conseil national de l'Ordre des médecins ou de l'Ordre des chirurgiens-dentistes. Ces sanctions ordinaires ne peuvent être prononcées qu'envers un professionnel régulièrement inscrit au tableau de cet ordre, ce qui exclut les autres intervenants qui pourraient bénéficier d'une communication d'informations personnelles médicales.

2-2 Une notion d'informations partagées

Au plan déontologique nous pensons que l'enjeu du secret se situe dans le partage de l'information et sera donc la résultante d'interactions entre les professionnels, unis autour de valeurs communes.⁸⁴

Ce partage autorise la révélation de confidences.

§ 2 Le secret comme ordre de grandeur

Il semble important d'établir dès cette introduction une distinction entre secret et discrétion.⁸⁵

Le secret est le rapport entre le professionnel et le patient au cours d'une proximité nécessaire à une prise en charge.

Le secret confié institue une relation de confiance et présente une fonction structurante de l'obligation de se taire. Le secret devient un ordre justifiable, une grandeur dont la violation de la confidentialité d'informations pourrait provoquer plusieurs sanctions selon la gravité de cette violation. « *La sanction pénale a, pour objet de garantir le maintien de l'ordre public et s'applique à tous les citoyens. La sanction civile a pour objet d'indemniser le préjudice subi par la victime. La sanction déontologique a pour objet de maintenir une certaine discipline au sein de la profession et ne s'applique qu'aux professionnels.* »⁸⁶

La discrétion s'entend comme le rapport entre le professionnel et son employeur. Si la discrétion professionnelle engage un service ou un organisme, la personne elle-même est engagée par une obligation de réserve et de discrétion, voire par un secret professionnel fonction des données devant être protégées.

§ 3 Le secret comme une technique car elle autorise la révélation de confidences

Nous avons déjà évoqué la notion de confiance liée à celle du secret.

⁸⁴ *Le Chantier du dossier médical personnel, Quel accès au DMP*, La Lettre, Ordre national des chirurgiens-dentistes, 2005 ; 37 :19-27.

⁸⁵ Cette notion fera l'objet d'un développement ultérieur portant sur la place des salariés des administrations publiques

⁸⁶ MAZEN. J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Vigot, 1988, p. 51

En sus du lien entre soigné et soignant et du droit du malade à connaître son état de santé et à délier le praticien du secret pour la rédaction de certificats, il existe de nombreuses situations dans lesquelles la communication par le professionnel de santé est rendue possible voire obligatoire par la loi.

Notre pratique quotidienne nous avait permis de constater que la rigueur du secret était « *tempérée* » par certaines obligations légales s'imposant aux professionnels de santé. C'était le cas lorsqu'il s'agissait de déclarer les causes de décès, d'indiquer les atteintes provoquées par un accident du travail ou une maladie professionnelle ou de remplir le carnet de santé d'un enfant. Parfois même, c'était le patient qui nous demandait de lever la confidentialité par la rédaction de certificats d'aptitude à une activité, devenus certificats de non contre-indication.

1 Une obligation de communication ancienne

L'obligation au secret fait depuis longtemps l'objet d'exceptions, de dérogations légales qui correspondent parfois à des obligations.

Il y a eu, en effet dès 1810, obligation faite aux médecins, comme à tout citoyen, de dénoncer les activités menaçant la sûreté de l'Etat.⁸⁷ Cette disposition sera abrogée en 1832 après le refus de l'ensemble des médecins hospitaliers parisiens de répondre à la demande du Préfet de police Gisquet de déclarer les blessés des émeutes de juin 1832.⁸⁸

Progressivement, des dérogations au secret législatives ou réglementaires administratives supplémentaires sont ajoutées pour répondre à des préoccupations ponctuelles « *reflet des transformations sociales et historiques.* » Ainsi dès 1898, la loi sur les accidents du travail oblige à la délivrance des certificats pour les accidents du travail et les maladies professionnelles indemnissables.

Dans le même temps, pour des notions de santé publique, il y a obligation de déclaration des maladies épidémiques.⁸⁹

Cette multiplication des lois obligeant les professionnels de santé à informer les services de l'état se prolongera ultérieurement avec notamment la loi du 31 décembre 1942 qui oblige à déclaration les maladies vénériennes, déclaration simple anonyme si le patient accepte de se faire soigner, nominative dans le cas contraire.

Par la suite il y a eu obligation de déclaration des avortements illégaux⁹⁰, des sévices sur mineurs⁹¹, de certaines atteintes sexuelles.⁹²

Ces démarches visant à permettre, de façon légale et obligatoire, une transmission d'informations sont fréquemment retrouvées puisque l'on peut citer le professeur Portes, président du conseil national de l'Ordre des médecins en 1944, qui a rappelé, suite à une injonction des forces allemandes d'occupation aux médecins de dénoncer les blessés résistants, que « *le respect du secret professionnel étant la condition nécessaire de la*

⁸⁷ MARY S., *Révélations du secret médical et justification*, Thèse 2003, p. 16 n°13

⁸⁸ Le fameux Dupuytren aurait répondu « *Je ne connais pas d'insurgés dans mes salles d'hôpital, je n'y vois que des blessés.* » Cité par A. Hallays, *le secret professionnel*, éd. A. Rousseau, 1890, p. 84

⁸⁹ Lois des 30 novembre 1892 et 15 février 1902

⁹⁰ Décret-loi du 29 juillet 1939 article 90 modifié par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975 article 12

⁹¹ Loi n° 71-446 du 15 juin 1971 relative à la protection de l'enfance en danger

⁹² Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

confiance que le malade porte à son médecin, il n'est aucune considération administrative qui puisse les en dégager.»⁹³

2 Une nécessité de communication

En sus des ces obligations légales de transmission d'informations, notre expérience nous a permis de relever de nombreux cas dans lesquels une communication s'établissait « *naturellement* », l'ensemble des intervenants ne soulevant aucun obstacle.

Il y a donc régulièrement opposition entre un secret strict parfois affirmé, notamment par les jurisprudences pénales et l'Ordre des médecins, et une pratique régulière, s'appuyant parfois sur d'autres principes aussi respectables, qui aboutit à une transmission d'informations.

Cette opposition des principes nous a amené à essayer d'analyser les fondements du secret et de rechercher les justifications des éventuelles transmissions.

Les premières recherches que nous avons effectuées cherchaient à comprendre ce qui nous poussait à vouloir dépasser le concept « *simple* »⁹⁴ de secret professionnel, notion statique, pour étudier la notion dynamique de transmission de données. Ceci nous a donc amené à étudier les apports de la sociologie et à en tirer des éléments explicatifs, voire justificatifs de notre travail.

2-1 Le fondement sociologique de la communication, Simmel et Durkheim

« Toutes les relations entre les hommes reposent (...) sur le fait qu'ils savent des choses les uns sur les autres. »⁹⁵ « Savoir à qui l'on a à faire, telle est la condition première pour avoir à faire à quelqu'un ».⁹⁶

Notre perception personnelle de la nécessité « *vitale* » d'une communication entre êtres ne suffisait pas pour valider une hypothèse qui est celle de la nécessité de permettre une transmission de données entre intervenants au sein du système de protection sociale.

Il fallait donc s'intéresser dans un premier temps au secret. Si l'ensemble des publications trouvées s'orientait vers une interdiction sociale de transmission d'informations, alors notre travail ne se justifiait pas. Si par contre, il apparaissait une utilité à la communication d'informations, alors il était utile de développer cette notion dans notre rédaction.

Partant à la recherche du secret, nous avons instantanément été amenés à relever un nom « propre » commun à tous les travaux disponibles. Ce nom est celui de Georg Simmel, sociologue allemand né au XIX^{ème} siècle et décédé au XX^{ème} siècle (1858-1918), connu notamment pour ses travaux sur le secret.⁹⁷

⁹³ MARY S., *Révélation du secret médical et justification*, Thèse 2003, p. 42 citant PORTES L.

⁹⁴ Le terme « simple » est évidemment à prendre au sens le plus humoristique possible. En effet, le volume de publications portant sur ce thème et les débats encore vifs démontrent que cette notion est infiniment complexe.

⁹⁵ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER, p. 7

⁹⁶ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, 119 p., traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER p. 8

⁹⁷ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, 119 p., traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

Souvent opposé par les auteurs à l'école sociologique française de Durkheim, Simmel, d'origine allemande, est connu pour avoir mis en œuvre une « *microsociologie* »⁹⁸. Son regard portait sur l'individu considéré comme « *à la fois un agent socialisé (...) et un acteur de socialisation.* »⁹⁹

Simmel envisage ainsi la coopération interpersonnelle en dehors de deux grands mécanismes explicatifs que l'on peut toujours considérer comme dominants de nos jours soit la « *main de fer* » du marché et le pouvoir des institutions, soit une forme d'individualisme utilitariste ou de holisme sociétal.¹⁰⁰ Il utilise pour se soustraire à cette double dimension « *manichéenne* » les notions de bienveillance ou de confiance. La confiance est double, tant interpersonnelle que personnelle envers des mécanismes abstraits définissant les éléments constitutifs de la société.¹⁰¹

Cette conception de la société fondée sur l'action réciproque des individus la constituant, donc dépendant fondamentalement des leurs intérêts variables et évolutifs¹⁰², a été considérée comme trop instable pour s'adapter à une analyse structurée. Cette critique va probablement être, entre de nombreux autres, une des raisons aboutissant à un rejet de ses conceptions par Durkheim lors de la création historique de la sociologie.

Le refus de l'école française d'envisager la réalité sociale sous forme de rapports interindividuels dans le cadre plus général et contraire d'une sociologie « *holiste* »¹⁰³ amènera à un oubli prolongé de la pensée de Simmel en France. Elle sera maintenue par contre en Allemagne par Wiese sous le nom d'étude des relations, et aux Etats-Unis par l'Ecole de Chicago, le courant interactionniste et la sociologie des réseaux sociaux.¹⁰⁴

Dès la première page de *Économie et société*, Max Weber se réfèrera à Simmel.¹⁰⁵

Durkheim définit une prééminence du groupe sur l'individu. « *La pression exercée par un ou plusieurs corps sur d'autres corps ou même sur des volontés ne saurait être confondue avec celle qu'exerce la conscience d'un groupe sur la conscience de ses membres.* »¹⁰⁶

Il va même plus loin dans une définition d'une prééminence du groupe sur l'individu.¹⁰⁷ « *Nous arrivons donc à la règle suivante : La cause déterminante d'un fait social doit être cherchée parmi les faits sociaux antécédents, et non parmi les états de la conscience*

⁹⁸ DAMON J., *La pensée de Georg Simmel (1858-1918)*, *Informations sociales* 2005/3, N° 123, p. 111

⁹⁹ SIMMEL G., « La sociabilité », dans SIMMEL G., *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1981, p. 290

¹⁰⁰ WATIER P., « De la société aux formes de socialisation », *Sociétés* 2008/3, N° 101, p. 49

¹⁰¹ WATIER P., « De la société aux formes de socialisation », *Sociétés* 2008/3, N° 101, p. 61

¹⁰² RIVIERE C.-A., « La spécificité française de la construction sociologique du concept de sociabilité », *Réseaux* 2004/1, n° 123, p. 212 « *poussée à l'extrême, toute forme d'action réciproque ou socialisation non motivée par une fin particulière se transforme en sociabilité.* »

¹⁰³ Holisme : Doctrine épistémologique selon laquelle, face à l'expérience, chaque énoncé scientifique est tributaire du domaine tout entier dans lequel il apparaît Le petit Larousse, 1996, p. 517

¹⁰⁴ RIVIERE C.-A., « La spécificité française de la construction sociologique du concept de sociabilité », *Réseaux* 2004/1, n° 123, p. 212

¹⁰⁵ WEBER M., *Économie et société*, trad., E.Dampierre, Plon, Paris, 1971

¹⁰⁶ DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Ed Le monde Flammarion, les livres qui ont changé le monde, 2009, p. 37

¹⁰⁷ Même s'il distingue la morale individualiste fondé sur la philosophie fondée sur le respect des droits de l'homme, de l'utilitarisme, individualisme « égoïste » de Spencer, qui serait facteur d'anarchie, voir SAPIRO G., *Défense et illustration de « l'honnête homme » Les hommes de lettres contre la sociologie*, Actes de la recherche en sciences sociales, n° 153 p.14

individuelle. »¹⁰⁸ Cette conception l'amène à reprocher aux écrits de Simmel l'acceptation d'un certain individualisme¹⁰⁹ non pas dans un sens courant du repli de l'individu sur lui-même et sur ses proches¹¹⁰ mais bien « *dans le cadre d'une « macrosociologie » rejetant hors du domaine de la sociologie toute tentative d'explication de la réalité sociale à partir des individus.* »¹¹¹

Il en veut pour preuve l'impossibilité de caractérisation de la notion d'individualisme. « *L'individualisme, la libre pensée ne datent ni de nos jours, ni de 1789, ni de la réforme, ni de la scolastique, ni de la chute du polythéisme gréco-romain ou des théocraties orientales. C'est un phénomène qui ne commence nulle part, mais qui se développe, sans s'arrêter tout au long de l'histoire.* »¹¹²

Or « *chacun a, en principe selon Durkheim, un sens égal de sa dignité et de ses intérêts vitaux* »¹¹³. Ce sont les individus, leur ressenti de voir respectés leur dignité et leurs intérêts vitaux et la confiance qu'ils placent dans les institutions qui légitiment celles-ci. Et Durkheim considère qu'il existe ce que l'on pourrait citer comme une « *autorégulation* » des individus au sein de la société. Distinguant les fins personnelles qui concernent l'agent et les fins impersonnelles relatives à autre chose que l'agent, il affirme qu'il « *n'a jamais existé un seul peuple où un seul acte égoïste, c'est-à-dire visant l'intérêt individuel de celui qui l'accomplit, ait été considéré comme moral.* » Par conséquent, les actes prescrits par les règles de la morale poursuivent des fins impersonnelles.¹¹⁴

En cela Durkheim se distingue des moralistes utilitaires. L'utilitarisme¹¹⁵, à ne pas réduire à son sens courant de simple moyen en vue d'une fin immédiate donnée, est une « *doctrine éthique (dans le sens comportemental) qui prescrit d'agir (ou ne pas agir) de manière à maximiser le bien-être du plus grand nombre des êtres sensibles. Elle est l'idée que la valeur morale d'une action est déterminée uniquement par sa contribution à l'utilité générale.* »¹¹⁶

L'utilitarisme ne s'intéresse pas aux qualités morales des agents intervenants mais à leurs actions. Il n'envisage pas le type des actes étudiés. « *Dans des circonstances différentes, un même acte peut être moral ou immoral selon que ses conséquences sont bonnes ou mauvaises.* »

L'utilitarisme est considéré comme une forme de conséquentialisme, la valeur morale d'une action étant déterminée par l'ensemble de ses conséquences.

Nous estimons que les critiques de Durkheim envers Simmel, aussi fondées qu'elles soient dans le cadre de la construction théorique d'une doctrine sociologique, doivent être tempérées.

¹⁰⁸ DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Ed Le monde Flammarion, les livres qui ont changé le monde, 2009, p. 156

¹⁰⁹ BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, p. 879

¹¹⁰ Sens retenu notamment par Tocqueville

¹¹¹ BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, p. 878

¹¹² DURKHEIM E., [1893] 1960. – *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 146

¹¹³ BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, p. 878

¹¹⁴ MERCHERS J., « Y a-t-il des dispositions morales ? », *L'Année sociologique* 2004/2, Vol. 54, p. 456

¹¹⁵ Les initiateurs de cette doctrine régulièrement cités sont Jeremy Bentham et surtout John Stuart Mill

¹¹⁶ John Stuart Mill, *L'utilitarisme*, Traduction française originale de Philippe Folliot, 13 janvier 2008, 159 p.

Une telle démarche risquerait en effet d'amener à réduire les conceptions de Simmel à une défense de l'individualisme. Or cet auteur a clairement affirmé que la société ne peut simplement exister à partir de l'individu. Elle n'existe que sous la forme de relations, de liaisons entre individus¹¹⁷ et cette nécessité de créer et maintenir des liens entre les êtres constituant une société l'a amené d'abord à définir la notion de socialisation. Pour lui c'est « *la forme qui se réalise suivant d'innombrables manières différentes grâce auxquelles, les individus, (...) en vertu d'intérêts, se soudent en une unité au sein de laquelle ces intérêts se réalisent* ». Il a introduit sous le terme de *Geselligkeit* la notion de sociabilité dans les sciences sociales.¹¹⁸

Dans une de ses définitions admises actuellement, la sociabilité désigne en sociologie, « *l'ensemble des relations qu'un individu entretient avec d'autres compte tenu de la forme que prennent ces relations* » et c'est notamment Gurvitch qui a développé à partir de 1950 cette notion¹¹⁹ en essayant de dépasser les oppositions entre microsociologie et macrosociologie.¹²⁰

« *Ce qui est social, c'est à dire les sociétés, les groupes d'humains, se reconnaît à la présence de ces actions et réactions, de ces interactions* ». ¹²¹

La sociologie reconnaît donc que la communication interpersonnelle est un des fondements de la société.

Il doit être clairement précisé que nous ne possédons pas de compétence dans la matière scientifique qu'est la sociologie. Si nous allons être amenés à évoquer certains aspects des travaux portant sur le secret et la transmission des données personnelles, ce sera dans la limite de nos études en association à notre connaissance pratique de notre activité.

Le travail préparatoire, réalisé pour cette thèse ne pourra qu'être limité à un sujet bien délimité et qui sera la notion du secret et ses corollaires que peuvent être la transmission d'information, le consentement, la confiance. Cette science, en tant qu'étude scientifique des sociétés humaines et des faits sociaux¹²², ne pourra être qu'effleurée. Nous n'avons pas l'ambition de faire une thèse de sociologie et espérons que le lecteur comprendra la prudence de cette autolimitation du champ de notre étude.

Néanmoins, il nous semble acquis que le monde social est un monde en perpétuelle évolution¹²³ qui nécessite des rencontres entre les individus et toute rencontre implique une obligation cruciale « *rendre notre comportement compréhensible et pertinent compte tenu des événements tels que l'autre va sûrement les percevoir* ». ¹²⁴

¹¹⁷ WATIER P., « Les ressources de l'interprétation sociologique », *L'Année sociologique*, 2007, 57, n° 1, pp. 89

¹¹⁸ RIVIERE C.-A., « La spécificité française de la construction sociologique du concept de sociabilité », *Réseaux* 2004/1, n° 123, p. 212 « *D'un strict point de vue chronologique, c'est à G. Simmel qu'il faut attribuer la paternité de son introduction dans les sciences sociales dès 1910.* »

¹¹⁹ GURVITCH G., *La vocation de la sociologie*, Paris, PUF, tome 1, 1950, p. 118-247

¹²⁰ Il définit un niveau d'analyse intermédiaire, le groupement particulier associant microcosme de manifestations de la sociabilité et macrocosme de groupements particuliers au sein d'une société globale.

¹²¹ PAPILLOU C., « SIMMEL, DURKHEIM et MAUSS Naissance ratée de la sociologie européenne », pp. 300-327 socio euro RDM_020_0300 p. 321 citant Mauss, t. III, 1901, p. 142

¹²² Le petit Larousse compact, 1996, 1776 p

¹²³ Voir sur ce point le travail de Simmel sur la civilisation de la métropole « qui, bien qu'elle émancipe l'individu du poids du contrôle social qui prévaut dans les petites villes, peut conduire à un embrigadement de l'esprit et à une érosion du sentiment de son identité. » in RAPHAEL F., *Le juif comme paradigme de l'étranger* dans l'œuvre de G. Simmel, *Sociétés* 2008/3, N° 101, p. 88

¹²⁴ GOFFMAN E., *Façons de parler*, Paris, Minuit, 1988, p. 271

C'est cette nécessité de compréhension commune évoquée par Simmel qui présente un intérêt majeur pour notre travail. Cet auteur la considère non pas simplement comme une méthode mais comme une condition essentielle de la société¹²⁵ sans laquelle les actions réciproques entre individus ne pourraient avoir lieu. Ces actions sont possibles car nous sommes conduits à construire l'autre comme « *une personnalité, une unité psychique, (...) ce faisant nous utilisons une représentation a priori qui consiste à attribuer un ensemble de manifestations perçues à une personne* ». ¹²⁶ Ce procédé appelé « *compréhension de l'autre* » nous amène « *à supposer l'existence d'un savoir ordinaire des uns et des autres.* » ¹²⁷

Il semble en effet essentiel d'envisager un autre « *angle d'analyse* » transversal sur notre thème, un autre regard sur ces questions et l'utilisation en référence des travaux sociologiques ¹²⁸ qui s'intéressent notamment à l'individu et aux liens inter individuels existant au sein de la société. Cet autre regard peut avoir une utilité majeure pour rechercher l'adhésion du lecteur à l'analyse des situations et aux solutions proposées. Cette transversalité aboutit à la nécessité d'utilisation d'un certain nombre de concepts retrouvés tout au long de notre analyse, même s'ils n'ont pas toujours le même contenu selon l'expérience ou le champ d'activité des intervenants divers, comme le consentement, l'abus de droit et la bonne foi.

2-2 De multiples conceptions du secret

L'affirmation d'une nécessité de communication au sein des systèmes de santé peut être confirmée par la constatation que, si le droit français reste attaché à un secret très protecteur de la personne avec une définition très restrictive des possibilités de communication, il existe d'autres conceptions hors du territoire national. Ainsi, on retrouve dans le droit européen d'autres législations plus ouvertes que le secret professionnel le plus absolu défendu par le droit pénal national ou le droit disciplinaire. Il apparaît des évolutions vers une conception relative, ouvrant le droit pour un patient à disposition absolue sur son secret¹²⁹.

« *Tout en maintenant le principe du secret, le droit allemand règle la question soit par voie de la disposition, c'est-à-dire le consentement du patient exprès et parfois implicite, soit, dans le cas de l'hospitalisation, par une autorisation légale.* » ¹³⁰

2-3 Une conception dynamique de la communication

On constate à la lecture des paragraphes développés ci-dessus que, malgré une rigidité apparente de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui prône un respect strict du

¹²⁵ WATIER P., *Les ressources de l'interprétation sociologique, L'Année sociologique*, 2007, 57, n° 1, p. 87

¹²⁶ WATIER P., *Les ressources de l'interprétation sociologique, L'Année sociologique*, 2007, 57, n° 1, p. 87

¹²⁷ WATIER P., *Les ressources de l'interprétation sociologique, L'Année sociologique*, 2007, 57, n° 1, p. 87

¹²⁸ S'il était besoin de justifier l'intrusion de la sociologie dans notre travail, nous chercherions à démontrer que cette science permet d'appréhender les justifications de la transmission d'information avec un regard très utile et très différent de celui que nous avons l'habitude de porter sur le sujet

¹²⁹ On peut rappeler que pour certains intervenants, personne ne peut disposer du secret, même pas la personne concernée

¹³⁰ JUNG H., « Introduction au droit médical allemand », *Revue de science criminelle* 1996, p. 39, Editions Dalloz 2009 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p.

secret dans l'application du droit pénal, la notion de secret professionnel a subi des tempéraments.

Cette position extrême¹³¹ du secret absolu a été initialement soutenue par l'Ordre des médecins qui refusait toute communication. Il a par la suite initié une réflexion sur la nécessité de permettre au patient de bénéficier de soins adaptés et a développé la notion de secret partagé.

On peut donc être amené à évoluer d'une conception statique du secret, secret immuable, opposable même au patient dans un cadre de soins, vers une conception plus dynamique liée à la nécessité de communication au sein de la société.

La transmission de données serait donc, non seulement justifiée mais parfois nécessaire.

A l'appui de cette affirmation, on constate que la nécessité de communication existe fréquemment dans la loi et nombreux sont les textes qui, non seulement au sens général, mais aussi spécifiquement au sein du service médical la permette, voire l'impose. Il doit être relevé à ce stade de notre travail une spécificité de l'activité du praticien conseil au sein de l'assurance maladie, spécificité du secret et de la communication en lien avec les missions. Il existe un risque qui serait, en justifiant une nécessité de transmission de données au sein de notre activité de praticien conseil, d'admettre une disparition totale de la notion de secret. Or nous avons vu plus avant l'importance que représente, pour la société, cette notion.

L'extension par le législateur de la reconnaissance de la nécessité de la transmission d'informations, notamment grâce à l'application de la notion de secret partagé peut être retrouvée dans la proposition de loi récente, au moment de la rédaction de notre travail, visant à modifier certaines dispositions de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires.¹³²

L'article 2 de cette proposition et qui modifierait l'article L. 1110-4 du code de la santé publique associe les différents concepts que nous développerons au cours de notre thèse.

On relève ainsi les notions de secret partagé : « *Les informations concernant une personne prise en charge par un professionnel de santé au sein d'une maison ou d'un centre de santé sont réputées confiées par la personne aux autres professionnels de santé de la structure qui la prennent en charge, sous réserve (...)* ».

Il apparaît le consentement sous toutes ses formes « *Du recueil de son consentement exprès, par tout moyen, y compris sous forme dématérialisée. Ce consentement est valable tant qu'il n'a pas été retiré selon les mêmes formes (...)* ». Le consentement est considéré comme tacite « *Les informations (...) sont réputées confiées par la personne* », de durée et de portée limitées seulement par un acte d'opposition ou de retrait formalisé de l'autorisation tacite. « *La personne, dûment informée, peut refuser à tout moment que soient communiquées des informations la concernant à un ou plusieurs professionnels de santé.* »¹³³

¹³¹ VILLEY R., *Histoire du secret médical*, p. 77, « *Il n'y a plus de secret médical si le patient peut être forcé d'autoriser la divulgation. Le secret est absolu ou il n'est pas.* »

¹³² Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

¹³³ Proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, Texte adopté n° 665, Assemblée nationale, constitution du 4 octobre 1958, Treizième législature, Session ordinaire de 2010-2011, 24 mai 2011, p. 6

La nécessité d'admettre une conception dynamique du secret doit nous amener à évoquer la nécessité de protection des données personnelles de santé.

Section 2 La protection des données personnelles de santé

L'ensemble des notions présentées ci-dessus montre qu'il existe un secret, qu'il soit dénommé médical ou professionnel, et que ce secret doit faire l'objet d'une protection. Pour justifier cette protection, il est nécessaire de présenter les fondements de cette notion de protection.

Sous section 1 Les fondements de la protection des données personnelles de santé

Le droit européen a joué un rôle essentiel dans la création du droit de la protection des données.

§ 1 La naissance du droit de la protection des données

La naissance du droit de la protection des données considéré comme de « *caractère naturellement international* » fait notamment suite aux résolutions du Conseil de l'Europe du 26 septembre 1973 pour la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques dans le secteur privé¹³⁴ et du 20 septembre 1974 dans le secteur public.¹³⁵

Par la suite, les recommandations du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économique (O.C.D.E.) du 23 septembre 1980 ont comporté des principes généraux sur la protection de la vie privée et des flux transfrontières des données à caractère personnel.

La convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 est intervenue pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Le contenu de cette convention a été repris par la Directive n° 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.¹³⁶

Bien avant cette directive, la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés avait permis la mise en œuvre nationale des recommandations

¹³⁴ Résolution du Conseil de l'Europe n°22 du 26 septembre 1973 pour la protection de la vie privée des personnes physiques vis-à-vis des banques de données électroniques

¹³⁵ SAMARCQ N., « De la conservation en cabinet à la gestion des dossiers informatisés en établissements (de santé et médico-social) : ce que l'informatisation a changé dans le partage des données de santé », Conférence débat *Partage et secret de l'information de santé, L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés* Nancy, Vendredi 15 octobre 2010

¹³⁶ LOBATO DE FARIA M.-P., *Données génétiques informatisées – un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé*, Presses universitaires du Septentrion, Thèse à la carte, 1999, p. 430 et s.

européenne. Cette loi fait l'objet d'une refonte complète au terme de la loi du 6 août 2004¹³⁷, pour prendre notamment en compte la directive européenne de 1995 sur le sujet.

Le principe de la protection des données à caractère personnel est prévu à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux. Il est inspiré de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

L'ensemble de ces textes a permis de donner certaines définitions.

§ 2 Définitions

Il est utile de présenter les définitions de chacun des mots qui constituent l'expression « *données personnelles de santé* » qui fait l'objet de notre travail.

1 Les données

« *L'information est d'abord expression, formulation destinée à rendre un message communicable [et] est ensuite communiquée ou peut l'être* »¹³⁸.

Reprenant l'important travail de Caroline Zorn¹³⁹, on peut affirmer que la donnée se distingue de l'information par « *la transformation que cette dernière subit pour être utilisée en vue d'un traitement informatique [...], la donnée possède donc une valeur ajoutée d'ordre technologique* »^{140 141}.

Dans le cadre de notre travail, nous devons reconnaître que, même si les praticiens conseils sont amenés à « *connaître* » de multiples informations portant sur l'individu et sa situation familiale, professionnelle ou sociale, les seules informations dont la conservation est justifiée portent sur les éléments motivant les avis médicaux. Elles peuvent présenter des formes multiples, orale suite à conversations avec les assurés sociaux et les professionnels de santé ou écrites.

¹³⁷ Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004

¹³⁸ CATALA P., « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron., p. 97

¹³⁹ ZORN C., Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées, Thèse, Nancy, le 5 décembre 2009, 478 p.

¹⁴⁰ DE LAMBERTERIE I., « Qu'est-ce qu'une donnée de santé? », *RGD méd., numéro spécial "Le droit des données de santé"*, LÉH, 2004, pp. 11-34, p.13

¹⁴¹ Caroline Zorn en apporte la preuve en montrant que les termes de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, J. O. R. F. du 7 janvier 1978 ont changé lors de sa modification de 1994, puis en 2004 (Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel) ont transformé sous l'influence communautaire, notamment la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 « *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données* », J. O. U. E. L 281 du 23 novembre 1995, p. 31, les « *informations nominatives* » en « *données nominatives* », puis en « *données à caractère personnel* »

La conservation de ces données est limitée aux informations intégrées dans la base de données Hippocrate du service du contrôle médical. Les fichiers « *papiers* », notamment pour certaines pièces liées à des contentieux, sont actuellement de volume très réduit.

2 Les données à caractère personnel

On entend par données à caractère personnel « *toute information concernant une personne physique* ¹⁴² *identifiée* ¹⁴³ *et identifiable* ¹⁴⁴ ¹⁴⁵, sachant « *qu'est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.* » ¹⁴⁶

3 Les données relatives à la santé

Il n'existe pas de définition légale de la notion de données relatives à la santé. Dans les faits, on en donne souvent « *une interprétation large de sorte qu'elle comprenne des informations concernant tous les aspects, tant physique que psychiques, de la santé d'une personne.* » ¹⁴⁷

4 Les données personnelles de santé

La recherche de définitions pour les données personnelles de santé est complexe car elle recouvre de nombreuses acceptions.

4-1 Un large éventail d'informations

Les données personnelles de santé regroupent des informations sur l'état de santé, les maladies, les facteurs et risques médicaux, les comportements de santé, les consommations de soins des personnes. Ce sont aussi des données sur leur position sociale, leurs conditions de

¹⁴² Personnes protégées par la loi : toute personne physique (art.1er)

¹⁴³ Personne identifiée : par tout élément d'identification directe d'une personne (ex. prénom, nom)

¹⁴⁴ Personne identifiable : par tout élément permettant d'identifier la personne (sa photo, son numéro de téléphone...)

¹⁴⁵ De TERWANGNE C., « La nouvelle loi belge de protection des données à caractère personnel. », pp. 91-109 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

¹⁴⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, 281 du 23 octobre 1995. La directive reprend les mots de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 du Conseil de l'Europe

¹⁴⁷ Voir sur ce point délibération CNIL n° 97-008 du 4 février 1997, CJCE 6 novembre 2003 affaire Lindqvist, document de travail du G29 sur les DME (15 février 2007) et avis G29 (4/2007) sur le concept de données à caractère personnel (20 juin 2007)

travail et de vie, l'environnement physique de leurs lieux de vie.¹⁴⁸ Elles englobent un large éventail d'informations qui touchent à la vie privée de la personne concernée. Elles incluent non seulement des données médicales de base comme l'historique des interventions médicales subies par l'intéressé, les médicaments qui lui ont été prescrits, les résultats d'analyses diverses (biologiques, radiologiques, etc.) mais aussi des données individuelles sensibles. C'est le cas des données relatives à l'état psychique de la personne, à ses antécédents familiaux, à ses habitudes de vie, y compris sa vie sexuelle, à sa situation sociale et économique. On trouve aussi des données de nature administrative comme l'admission dans des établissements de santé et les éventuelles décharges établies lors de ces admissions, les données opérationnelles de routine, les conditions d'assurance de la personne et autres données financières.¹⁴⁹

Dans le cadre de l'activité de l'assurance maladie, les données peuvent être relatives à une pathologie, aux actes effectués, au parcours de soins du patient, aux prescriptions de soins, aux résultats de laboratoire, aux données de radiologie, aux courriers comportant des informations personnelles tels que NIR, admission, sortie, codage des actes médicaux et biologiques, actes de nomenclature avec lettre clé.

Quasiment toutes ces données sont susceptibles d'être numérisées et de faire l'objet d'un traitement informatique.¹⁵⁰ La donnée est alors la forme codée de l'information en vue d'un traitement déterminé et la donnée médicale « *est le résultat d'une transformation d'une information médicale, destiné à la mettre sous une forme compatible avec un traitement bien défini* »¹⁵¹.

4-2 Le choix d'une définition plus restreinte

Cependant nous utiliserons dans notre travail une définition plus restreinte. Les « *données de santé* » sont celles qui proviennent du fonctionnement des systèmes de prise en charge des soins de santé comme les remboursements de prestations en nature, les prestations en espèce, voire des informations sur la prise en charge en établissements d'hospitalisation.¹⁵² Elles sont issues de collectes réalisées dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public.

¹⁴⁸ Mise en débat du projet de Livre Blanc du Comité d'Experts visant à rendre plus faciles, cohérentes et lisibles la mise à disposition et l'utilisation des données de santé à des fins de recherches et d'études, Groupement d'Intérêt Public Institut des Données de Santé

¹⁴⁹ SIMITIS S., « Vers un nouveau concept de la protection des données. Seconde étape de la révision de la loi fédérale relative à la protection des données (BDSG) », chap. 2, pp. 45-66, in auf dem Weg zu einem neuen Datensicherheit ; Die zweite Novelierungstufe des BDSG, 24 (2000), 12 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

¹⁵⁰ Evolution inéluctable vers l'informatisation, voir GIOCANTI D., « Les différentes acceptions des termes « dossier médical » et, dans ce contexte, situation du dossier hospitalier », *Revue Générale de Droit Médical*, n° 37, décembre 2010, p. 161, les études hospitalières

¹⁵¹ GRÉMY F., *Informatique médicale : introduction à la méthodologie en médecine et santé publique*, Flammarion Médecine, coll. « Biologie », 1987, p. 422

¹⁵² Mise en débat du projet de Livre Blanc du Comité d'Experts visant à rendre plus faciles, cohérentes et lisibles la mise à disposition et l'utilisation des données de santé à des fins de recherches et d'études, Institut des Données de Santé, Groupement d'Intérêt Public IDS, 2010

En effet, si l'on doit reconnaître la possibilité pour l'assurance maladie de recevoir, conserver et transmettre des informations sur divers supports tels que papier, voire même information orale, il est important de retenir que «*la donnée est de l'information, un produit formaté pour pouvoir être traité par un système informatique [et que] c'est sur cet objet précis que les difficultés juridiques se posent*».¹⁵³

Elle fait l'objet d'un traitement¹⁵⁴ de tout type, automatisé ou non automatisé sous la responsabilité d'un responsable du traitement¹⁵⁵ chargé de la protection des données.

La protection des données nécessite la mise en place de mesures pratiques pour leur protection. Il semble utile de donner certaines définitions utiles à la compréhension des difficultés pratiques et liées à cette protection.

5 Les données sensibles

Les procédures de protection des données sont souvent lourdes et coûteuses en temps et en organisation. C'est pour cela qu'elles doivent être réservées à certaines données qui sont reconnues comme sensibles.

C'est particulièrement le cas dans notre activité de praticien conseil. Les données recueillies peuvent couvrir un champ large, dépassant les simples données strictement médicales. Elles sont collectées dans une démarche de contrôle qui peut notamment amener l'assuré à révéler des informations privées dans un but de justification de sa demande.¹⁵⁶

5-1 Définition

Initialement, on considérait comme donnée sensible, donnée théoriquement interdite de collecte, toute donnée qui directement ou indirectement, pouvait faire apparaître les origines raciales, les opinions politiques, philosophiques, religieuses, les appartenances syndicales, la santé, la «*vie sexuelle*» des personnes.¹⁵⁷

Il existe néanmoins des exceptions à cette interdiction dont les principales sont un accord exprès de l'intéressé, la tenue du registre de leurs membres par les associations ou organismes à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical et le traitement des données rendues publiques par la personne concernée par les informations.

¹⁵³ DUASO CALÉS R., *La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur Internet : le cas des données judiciaires*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre, 2002, p. 14

¹⁵⁴ Traitement : toute «manipulation» de donnée (création, transmission, publication, suppression)

¹⁵⁵ Responsable du traitement : personne physique ou morale, autorité publique, service ou organisme, qui détermine les finalités et les moyens du traitement (art. 3-I)

¹⁵⁶ Le social est fréquemment intriqué avec le médical

¹⁵⁷ Les Infostratèges <http://www.les-infostrateges.com>, Les données à caractère personnel, Publié le 16/10/2006, le 01/06/2010

Quel que soit leur mode de traitement, elles gardent un caractère sensible même après la mort de la personne qu'elles concernent.¹⁵⁸

5-2 La classification de la sensibilité

On peut classer ces données selon leur «*degré de sensibilité*» et de confidentialité.

Reprenant le travail de Duaso Calès¹⁵⁹, on peut actuellement relever les catégories suivantes :

- Données «*très sensibles* ». Ce sont celles qui font apparaître des risques d'atteinte à l'intimité ou de discrimination. Le détournement de ces données peut entraîner de très graves préjudices pour les personnes concernées ;
- Données «*sensibles* ». Ce sont des données qui consistent en appréciations ou qui deviennent sensibles lorsqu'elles sont rapprochées d'autres données déjà connues ou susceptibles de l'être facilement et se rapportant à une personne. Le détournement de ces données peut avoir comme résultat de lourdes conséquences sur la tranquillité et la réputation des personnes ;
- Données «*neutres* ». Ces données révèlent l'aspect le plus social de la personne. La doctrine a considéré que leur diffusion ne provoque que des dommages très limités pour les personnes concernées.

Cependant, pour cet auteur, pratiquement toutes les données peuvent devenir sensibles. «*Autant que de la nature de l'information, le risque dérive du détenteur, du rapprochement, et de la finalité de l'utilisation des données personnelles, y compris celles qui paraissent a priori anodines.*»

Sous section 2 Les outils de protection des données

De nombreuses références ont pour objet cette protection des données. Ainsi selon la décision du 20 janvier 1993 du Conseil constitutionnel¹⁶⁰, la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est rattachée «*aux dispositions protectrices de la liberté individuelle*» de valeur constitutionnelle.

La décision du 29 décembre 1998 se rapporte à des «*exigences constitutionnelles relatives à la protection de la vie privée et de la liberté individuelle*»¹⁶¹.

¹⁵⁸ Avis n° 13 du 30 juillet 1999 «Aspects éthiques de l'utilisation des données personnelles de santé dans la société de l'information», accessible sur le site Internet du Groupe européen d'éthique (GEE) : http://ec.europa.eu/european_group_ethics/index_fr.htm, § 1.1.1

¹⁵⁹ R., **La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur Internet : le cas des données judiciaires**, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre, 2002, p. 23 et s

¹⁶⁰ CC n° 92-316 du 20 janvier 1993

¹⁶¹ CC n° 98-405 du 29 décembre 1998

§ 1 Les moyens pouvant être mis en œuvre

Reprenant le travail de Simitis¹⁶², nous pouvons développer les concepts de protection des données sous la forme de quatre piliers correspondant aux différents moyens pouvant être mis en œuvre pour permettre une protection efficace des données.

Le premier pilier nous semble correspondre aux conditions essentielles à respecter lors de la mise en œuvre d'un traitement de données. Ces conditions s'associent à des principes de traitement et aboutissent à un encadrement des traitements des données. *« Ils garantissent aux personnes concernées un traitement des données vérifiable et accessible ; ils assurent aux services chargés du traitement une marge de manœuvre juridiquement définie ; enfin, ils prescrivent au législateur les limites dans lesquelles il aura à mesurer la conformité des décisions futures par rapport à ses propres motivations, c'est à dire la consistance des exigences légales. »*

Sept conditions de traitement peuvent être relevées :

« En subordonnant le traitement d'informations nominatives au principe de finalité (...), en limitant la durée de conservation de ces données à ce qui justifie la finalité des traitements en cause, en exigeant que les données conservées soient « pertinentes » et non « excessives » au regard de la finalité de la collecte et en imposant des mesures générales d'information des citoyens sur ces différents points, les lois de protection des données personnelles et de la vie privée ont décliné, à l'aube de la société d'information, les principes fondamentaux de proportionnalité et de retenue (...). »¹⁶³

- Le traitement réalisé doit respecter le but prévu par la loi et qui correspond à la protection de l'autodétermination de l'information. Ceci correspond au principe de licéité ;
- La constitution des fichiers doit respecter une finalité liée à son utilité. Il ne doit y avoir collecte et consultation des données personnelles que lorsque les autres possibilités d'atteindre la finalité du traitement ont été épuisées. Cette condition correspond au principe de nécessité ;
- Les principes de traitement doivent être appliqués sans qu'il y ait considération des données utilisées et gestion différente du fichier en fonction des données ;
- L'autorisation de traitement des données est soumise à réserves. *« L'utilisation des données personnelles (...) est une ingérence dans le droit fondamental qu'ont les personnes concernées de définir elles-mêmes, qui, et à quel moment, lesquelles de leurs données sont traitées et dans quelles conditions. »* Il ne doit pas y avoir confusion entre autorisation légale de mise en œuvre du traitement et consentement de la personne concernée par les données du fait des risques liés à une réglementation reposant

¹⁶² SIMITIS S., « Vers un nouveau concept de la protection des données. Seconde étape de la révision de la loi fédérale relative à la protection des données (BDSG) », chap. 2, pp. 45-66, in « auf dem Weg zu einem neuen Datensicherheit ; Die zweite Novelierungstufe des BDSG », 24 (2000), 12 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

¹⁶³ GENTOT M., « La protection des données personnelles à la croisée des chemins », Chapitre 1, pp. 25-44 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, pp. 35 et s.

exclusivement sur le consentement. Le consentement se réfère impérativement à des objectifs de traitement précisément définis et ne peut altérer les droits des personnes que sont les possibilités d'accès, de rectification, de demande d'intervention des organes de contrôle ;

- Le traitement des données doit aboutir à leur affectation à un but précis défini à l'avance. Ceci correspond au principe d'une finalité déterminée, explicite, légitime et compatible avec les législations et réglementations actuelles. Cette notion est liée à la complexité de définir initialement toutes les utilisations possibles et à la difficulté d'accepter pour le responsable du traitement la limitation de l'intérêt d'utiliser toutes les données ;
- Le droit des personnes concernées doit être respecté. Il y a une nécessité de définition par le législateur de ces droits tels que l'information. La constitution et la gestion du traitement nécessitent une information obligatoire des intéressés lors de la collecte d'informations nominatives sur l'identité du responsable du traitement, la finalité des traitements, le caractère facultatif ou obligatoire de la réponse, les conséquences éventuelles du défaut de réponse et les droits des personnes concernées. La personne concernée par le traitement a le droit d'obtenir des renseignements sur celui-ci, sur ses finalités et l'utilisation qui en est faite, sur les lieux et conditions d'exercice de ses droits. Elle a un droit d'accès direct ou indirect aux informations conservées, à rectification, radiation et opposition¹⁶⁴. Un droit de recours et de contestation doit être ouvert afin de mettre un terme au traitement illicite et de s'opposer à une réutilisation des données même légale dans le cadre d'un « *droit au remord* » pour l'avenir. Il doit y avoir possibilité d'obtenir des dommages et intérêts prenant en compte les dommages immatériels en cas de défaillance¹⁶⁵. Doit être mis en œuvre un droit à « *l'oubli* »¹⁶⁶ qui n'est pas prévu dans la loi du 6 janvier 1978 mais est intégré dans l'article 5 de la Convention 1098 du Conseil de l'Europe, applicable dans notre droit interne depuis 1985.¹⁶⁷ Le fichier doit ainsi être « *purgé* » des informations dès qu'elles ne sont plus utiles. Le délai de conservation doit être limité et prévu dès l'origine de la mise en œuvre du traitement ;
- Il doit être défini un modèle de contrôle permettant d'assurer une surveillance du processus de traitement aussi efficace qu'uniforme.¹⁶⁸ L'article 7 de la Charte des droits fondamentaux définit la nécessité de la mise en place d'une autorité de contrôle.

Le deuxième pilier correspond à la mise en œuvre d'une coopération entre les services de traitement respectant les dispositions légales ou déontologiques associées sans pouvoir se substituer.

¹⁶⁴ Droit d'opposition : droit pour une personne de s'opposer au traitement de données la concernant pour des motifs légitimes (art. 38)

¹⁶⁵ PIERRE-BEAUSSE C., La protection des données personnelles, éd. promoculture, 2005, p. 57 et s.

¹⁶⁶ Pour DUASO CALÉS, certains auteurs estiment que la Loi Informatique et Libertés n'autorisant le stockage des données nominatives que quand elles sont pertinentes au regard de la finalité du traitement automatisé, « [l']effacement des données ou leur réduction à l'anonymat est alors le moyen d'assurer le respect du principe de finalité imposé par la loi et non pas celui du droit à l'oubli ».

¹⁶⁷ « Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées (...) pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées. »

¹⁶⁸ SIMITIS S., « Vers un nouveau concept de la protection des données. Seconde étape de la révision de la loi fédérale relative à la protection des données (BDSG) », chap. 2, pp. 45-66, in « auf dem Weg zu einem neuen Datensicherheit ; Die zweite Novelierungstufe des BDSG », 24 (2000), 12 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information* Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p. 53

Le troisième pilier aboutit à la protection des données grâce à l'apport des techniques les plus actuelles de protection. Les techniques de codage et de cryptage des données permettent une protection fréquemment efficace. En pratique, elles ne peuvent pas se substituer à la légitimité et la légalité du traitement et ne peuvent bénéficier à la personne concernée qui est le plus souvent incapable de mettre en œuvre une autoprotection technique.¹⁶⁹

Un quatrième pilier aboutit à la mise en œuvre de réglementations spécifiques à chaque domaine et nécessite une adaptation de toutes les législations et réglementations nationales.

§ 2 L'application des concepts

Les garanties apportées en France au citoyen dans la collecte, le traitement, l'échange et l'hébergement de ces données ont intégré les obligations européennes.

Le cadre légal de la protection française comprend des institutions, organismes ou autorités administratives indépendantes en charge, en fonction de missions variées et complémentaires, de surveiller, réguler, agréer, autoriser la collecte des données de santé, en fonction du motif de collecte et d'utilisation¹⁷⁰ qui en seront faites.

Au moins sept organismes et institutions sont en charge de ces missions parmi lesquelles la Commission nationale de l'informatique et des libertés (C.N.I.L.), le Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé (C.C.T.I.R.S.), l'Agence des systèmes d'information partagés de santé (A.S.I.P.), l'Institut des données de santé (I.D.S.), les comités de protection des personnes (C.P.P.), le Conseil national de l'information statistique (C.N.I.S.), et la Commission d'accès aux documents administratifs (C.A.D.A.)¹⁷¹.

La plus grande part du système de protection des données de santé ressort de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Sont ainsi prévus le droit d'accès, droit d'opposition, droit de modification, droit de suppression, droit à l'information. Pour protéger les individus, il peut être nécessaire de recourir à une anonymisation, sous le contrôle de la C.N.I.L. Dans d'autres situations, les données sont anonymisées à la source, lors de la collecte elle-même. Dans ce cas, la protection est intégrale.

D'autres éléments de protection figurent dans des textes fondateurs des droits des citoyens ou des professionnels de santé parmi lesquels il faut citer le droit au secret médical et au secret professionnel, le droit à l'information pour les patients figurant dans la loi « Kouchner » de mars 2002, le droit à la protection de la vie privée figurant au code civil.

Enfin, des sanctions pénales sont prévues en cas de violation du droit de la protection des données de santé. Ainsi, le fait de collecter des données alors que l'on n'y a pas été autorisé, de collecter sans consentement alors que ce consentement est requis, d'héberger des données sans y avoir été préalablement agréé, sont autant de violations passibles de sanctions pénales.

¹⁶⁹ PIERRE-BEAUSSE C., *La protection des données personnelles*, éd. promoculture, 2005, p. 57 et s.

¹⁷⁰ Traitement, échange, hébergement

¹⁷¹ Conférence Nationale de Santé, Avis sur les données de santé informatisées, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, p. 4

Section 3 La place des praticiens conseils

La préoccupation liée à l'analyse des difficultés d'association entre respect du secret et nécessité de communication est devenue encore plus prégnante lors de notre intégration dans les rangs du service du contrôle médical du Régime général de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés.

Cette nouvelle activité en tant que salarié au sein d'une administration qui, bien que relevant du droit privé, gère un service public, ne pouvait répondre aux mêmes conditions d'activité que celles connues en exercice libéral.

La question du lien existant entre les praticiens conseils et les assurés sociaux se posait.

Sous section 1 La notion de lien contractuel

La doctrine a longtemps défini un lien contractuel entre le malade et le médecin. On verra par la suite que cette notion, non seulement est caduque mais aussi qu'elle ne peut être appliquée à la fonction de praticien conseil de l'assurance maladie.

§ 1 Le lien contractuel entre le malade et le médecin

Soixante ans plus tôt, la Cour de cassation définissait dans le célèbre arrêt Mercier¹⁷² un lien contractuel entre le malade et le médecin.

Historiquement, la Cour de cassation ayant fondé la responsabilité médicale sur des obligations contractuelles du praticien envers son patient, il en résultait que le devoir d'information, même s'il tire sa force du principe du respect de la dignité de la personne humaine, principe autonomisé ultérieurement, était une obligation contractuelle.

Pourtant, malgré la place prédominante du contrat, cette justification s'est progressivement vue débordée autant dans le cadre de la médecine classique que dans celui du droit interne.¹⁷³ Il « s'est édifié un socle législatif et réglementaire de droit de la santé, dicté par des exigences éthiques et juridiques impérieuses » concernant le secret professionnel et son respect.¹⁷⁴

La Cour de cassation a ainsi décidé que la preuve du respect de l'obligation d'information obéit à l'article 1315 du code civil relatif à la preuve de l'exécution des obligations¹⁷⁵ et que le défaut d'information imputable au médecin ne peut donner lieu à réparation d'un préjudice moral indépendant du préjudice corporel subi par le malade, ce qui semblait démontrer initialement l'importance de la théorie contractuelle, toute violation d'un devoir déontologique devant être sanctionnée.¹⁷⁶

¹⁷² Civ., 26 mai 1936, DP 1936.1.88, rapport Josserand, concl. Matter

¹⁷³ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

¹⁷⁴ Dans le droit spécial de la santé, les dispositions des lois du 4 mars 2002 et du 13 août 2004 ont renforcé la protection des informations couvertes par le secret tout en définissant des dérogations répondant à des exigences d'intérêt de santé publique, d'intérêt social ou du malade

¹⁷⁵ Cass. Civ. 1^{re}., 25 février 1997, Bull. 1997, I, n° 75, p. 49, pourvoi n° 94-19.685 dit arrêt Hédreul

¹⁷⁶ Cass. Civ.1^{re}, 6 décembre 2007, pourvoi n° 06-19.301

Pour intéressante que puisse être cette analyse, nous sommes amenés à adhérer à la démonstration de Marion Girer¹⁷⁷ portant sur la remise en cause du dogme du « *contrat médical* »¹⁷⁸. Les trop nombreux exemples cités par cet auteur, les approximations juridiques fréquentes de la doctrine et la nécessité de recourir à des constructions juridiques destinées à justifier le dogme du contrat prouvent l'obligation de remettre en cause cette notion. S'il en était encore besoin, il pourrait être évoqué la relation existant entre médecin contrôleur et assuré social contrôlé. Elle ne peut relever directement d'une démarche de soins et ne peut correspondre à un lien contractuel.¹⁷⁹ Cette relation relève du niveau réglementaire et répond à une qualification institutionnelle¹⁸⁰ structurée plus par le code de la sécurité sociale que par le code de la santé publique.

§ 2 L'absence de lien contractuel entre assuré et praticien conseil

Aucun lien contractuel ne peut valider l'activité des praticiens conseils dans leurs activités quotidiennes destinées à faire d'eux les « *experts ordinaires* » des services médicaux placés auprès des Caisses d'Assurance Maladie.

Pour les praticiens conseils, un article du code de sécurité sociale¹⁸¹ légitime le service du contrôle médical dans l'accès aux données de santé à caractère personnel. Il permet le partage du secret professionnel avec les professionnels de santé prenant en charge le patient afin de faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux liés à son état de santé.¹⁸²

Sous section 2 Les missions du praticien conseil

Les missions du praticien conseil sont définies par l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale :

« *I. - Le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'Assurance Maladie, maternité et invalidité (...); Par l'ensemble des actions mentionnées au présent article, le service du contrôle médical concourt, dans les conditions prévues aux articles L. 183-1, L. 211-2-1 et au*

¹⁷⁷ Voir GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 806 p.

¹⁷⁸ Voir aussi sur ce point les décisions citées in GIRER M., « Relation de soins et lien contractuel », pp. 310-324 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p. Cass. req., 18 juin 1835, Thouret Noroy (S. 1835, I, p. 401, concl. M. Dupin), Cass. civ., mercier, Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix (D. 1945, juris., p. 217), Cass. civ.1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-19301 (Bull. civ., I, n° 380 ; D. 2008, juris. P. 192, note P. Sargos. L. Neyret, « *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels* », D. 2008, chron., p. 804 ; RGDM 2008, n° 27, p. 376, note M. Girer ; Rev. Droit & Santé n° 22, mars 2008, p. 213, note K. Morel)

¹⁷⁹ On rappelle que le Conseil de l'Ordre des médecins, dans ses commentaires à définit un secret partagé dans l'intérêt social de l'assuré. Cette construction n'aurait pas été utile s'il s'était agi d'une relation de soins

¹⁸⁰ GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 806 p. La démonstration de l'insuffisance de la définition du contrat médical, notamment en milieu hospitalier, en dehors des relations en consultations privées pour ce qui concerne les aspects pratiques organisationnels, forme un faisceau d'indices convergents en défaveur de la qualification contractuelle de la relation de soins.

¹⁸¹ Art. L 315-1 du code de la sécurité sociale

¹⁸² Art. R. 4127-50 du code de santé publique

5° de l'article L. 221-1, à la gestion du risque assurée par les Caisses d'Assurance Maladie. (...)

V. - *Les praticiens conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret.* »

Par ailleurs l'article L. 315-2 du code de la sécurité sociale précise que « *Les avis rendus par le service du contrôle médical portant sur les éléments définis au I de l'article L. 315-1 s'imposent à l'organisme de prise en charge* ».

Il s'agit donc d'une mission très large d'expertise et de contrôle qui couvre les champs de la médecine ambulatoire et hospitalière initialement en partenariat avec les Unions Régionales des Caisses d'Assurance Maladie (U.R.C.A.M.) et les Agences Régionales de l'Hospitalisation (A.R.H.) dont l'assurance maladie était membre de la commission exécutive. Depuis la loi Hôpitaux Patients Santé Territoire, ces structures ont été remplacées par les Agences Régionales de Santé (A.R.S.). « *En lien avec le Directeur de la Caisse Primaire, le service du contrôle médical assure la mise en œuvre opérationnelle de la gestion du risque et du contrôle, notamment celui des pratiques dangereuses et des comportements abusifs d'assurés, de professionnels ou d'établissements de santé.* »

Sous section 3 Les pouvoirs du service du contrôle médical

Les champs d'action du Service médical de l'assurance maladie comportent trois fonctions principales : le contrôle des prestations individuelles, le contrôle des professionnels de santé et des structures¹⁸³ et une mission d'analyse de l'activité des établissements de santé. Certaines actions au sein des programmes de santé visant à la prévention initialement confiée aux services du contrôle médical relèvent actuellement des Agences régionales de santé.

§ 1 Une compétence générale d'appréciation des éléments médicaux

Le service du contrôle médical a une compétence générale¹⁸⁴ d'appréciation des éléments médicaux commandant l'attribution et le service des prestations sociales pour les assurés sociaux et les bénéficiaires de l'aide médicale de l'Etat¹⁸⁵, y compris celles ressortant de la législation professionnelle.¹⁸⁶

« *Pour apprécier l'opportunité, la sécurité et la régularité des prestations remboursées par l'Assurance Maladie, le service du contrôle médical vérifie leur adéquation avec les textes en vigueur et les recommandations de bonnes pratiques prévues conventionnellement.* »

¹⁸³ Voir JOHANET G., ALLEMAND H., LAPORTE D., BALLAND S., STAMM E., *Guide du contentieux à l'encontre des professionnels de santé à l'usage du service du contrôle médical*, CNAMTS, janvier 2002, 114 p.

¹⁸⁴ Art. L. 315-1, alinéa I, du code de la sécurité sociale : « Le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ainsi que des prestations prises en charge du code de l'action sociale et des familles ».

¹⁸⁵ Art. L. 251-2 et L. 254-1 du code de la sécurité sociale

¹⁸⁶ Art. L. 442-5 du code de la Sécurité Sociale : « *Les dispositions de l'article L.315-1 et L.315-2 sont applicables aux accidents du travail* ».

§ 2 Un pouvoir de constat des abus médicaux

Le service du contrôle médical a le pouvoir de constater les abus en matière de prescription et d'application de la tarification des actes ou des prestations sanitaires, quels qu'en soient les auteurs : assurés, professionnels de santé, structures sanitaires ou médico-sociales et les infractions aux dispositions législatives, réglementaires ou conventionnelles. Cette mission concerne toutes les anomalies dans le domaine des pratiques professionnelles.¹⁸⁷

Sous section 4 Les praticiens conseils et le secret professionnel

L'obligation de respect du secret professionnel fait l'objet de dispositions légales et réglementaires qui peuvent être spécifiques et liées aux conditions de travail des praticiens conseils¹⁸⁸.

§ 1 Statut et convention collective

Tout d'abord, il doit être rappelé dans ce paragraphe portant sur les liens juridiques existant entre assurance maladie et praticiens conseils du service du contrôle médical que ceux-ci ne dépendent pas du régime de la fonction publique. Ils sont salariés du régime général des travailleurs salariés et dépendent d'un régime de droit privé.¹⁸⁹

Initialement, le corps des praticiens conseils chargés du service du contrôle médical du régime général de la sécurité sociale relevait d'un statut régi par plusieurs textes réglementaires successifs.¹⁹⁰

Le décret du 24 mai 1969¹⁹¹ fixant leur statut définissait, dans son article 5, l'obligation au secret professionnel¹⁹² en se rapportant aux sanctions prévues par l'ancien code pénal dans

¹⁸⁷ Art. L. 315-1, alinéa II du code de la sécurité sociale : «*Le service du contrôle médical constate les abus en matière de soins, de prescription d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations. Lorsque l'activité de prescription d'arrêt de travail apparaît anormalement élevée au regard de la pratique constatée chez les professionnels de santé appartenant à la même profession, des contrôles systématiques de ces prescriptions sont mis en œuvre (...)*» «*Le service du contrôle médical procède auprès des établissements de santé visés à l'article L.162-22-6, des pharmaciens et des distributeurs de produits ou prestations, dans le respect des règles déontologiques, aux contrôles nécessaires en matière de délivrance et de facturations de médicaments, produits ou prestations donnant lieu à remboursement par les caisses d'Assurance Maladie ou à prise en charge par l'Etat en application des articles L.251-2 ou L.254-1 du code de l'action sociale et des familles.* »

¹⁸⁸ LAPORTE D., COTE M.-J., *Guide pratique sur le secret professionnel*, CNAMTS, mars 1997, 98 p.

¹⁸⁹ Une analyse dépassant notre travail pourrait être réalisée sur le régime des praticiens conseils intervenant au sein des Agences Régionales de Santé. Afin de leur permettre la conservation des conditions de travail initiales, il a été défini qu'ils conserveraient leur situation au regard de la convention collective nationale, les A.R.S. étant déclarées comme organismes de sécurité sociale, mais l'analyse semble plus complexe

¹⁹⁰ Textes réglementaires concernant le corps des praticiens conseils chargés du service du contrôle médical du régime général de la sécurité sociale, Caisse Nationale de l'Assurance Maladie des Travailleurs salariés, Ed. Mise à jour au 1^{er} mars 1999, Décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 (J.O. 21 décembre 1985) modifié, Arrêté du 26 octobre 1992, Arrêté du 26 octobre 1993, Arrêté du 9 mars 1994

¹⁹¹ Décret n° 69-505 du 24 mai 1969 fixant le statut du praticien conseil « *Aux termes de l'article L. 224-7 du code de la Sécurité Sociale, les praticiens conseils chargés du service du contrôle médical des organismes du régime général de Sécurité Sociale sont des personnels relevant d'un statut de droit privé fixé par décret et leur*

son article 378 bien avant qu'il soit remplacé par la notion plus large du secret professionnel de l'article 223-6 du nouveau code pénal.

Cet article était associé aux conditions de l'article 6 alinéa 1 du même décret qui obligeaient les praticiens conseils à être inscrits auprès de leurs Ordres professionnels respectifs, les soumettant ainsi à l'application de leurs codes de déontologie et à d'éventuelles sanctions disciplinaires.¹⁹³

Ce risque était limité, les praticiens conseils jouissant d'une protection juridique dans l'exercice de sa mission par les termes de l'article 6 second alinéa, qui réservaient, en rappel du code de la santé publique, la possibilité de saisine ordinale au ministre des affaires sociales ou au procureur de la République.¹⁹⁴

Le ministre de la Santé et des Solidarités, a agréé le 13 septembre 2006, la convention collective nationale des praticiens conseils, signée par l'union des caisses nationales de sécurité sociale (U.C.A.N.S.S.) et les organisations syndicales représentatives le 4 avril 2006. Cette convention collective définit l'ensemble des règles de fonctionnement du service du contrôle médical, notamment les liens entre salariés et employeurs.

Elle vise à « *établir par voie de convention collective des règles qui permettent d'assurer aux praticiens conseils des conditions de travail satisfaisantes prenant (...) en compte les spécificités propres à l'exercice médical dans le respect des dispositions légales et réglementaires qui régissent l'exercice de la profession, notamment celle résultant du code de déontologie.* »¹⁹⁵

L'obligation déontologique de protection des données personnelles est donc retrouvée dans la convention collective et s'associe à celle de respect du secret professionnel.

§ 2 L'obligation au secret professionnel et la transmission de données

L'obligation déontologique et professionnelle du respect du secret s'associe dans les faits à la possibilité de transmission de données personnelles. C'est lorsque ces données concernant l'état de santé de l'assuré que des difficultés peuvent apparaître, ce qui fait l'objet de notre travail

employeur est la Caisse nationale de l'Assurance Maladie des travailleurs salariés, établissement public à caractère administratif. »

¹⁹² Art. 5 du décret n° 69-505 du 24 mai 1969 (J.O. 1^{er} juin 1969 et rectificatif J.O. 19 juin 1969) modifié « *Conformément aux dispositions de l'article 378 du code pénal, les praticiens conseils sont astreints au respect du secret professionnel* ».

¹⁹³ Art. 6 du décret n° 69-505 du 24 mai 1969 : « *Les praticiens conseils sont régulièrement inscrits au tableau de l'ordre de leur profession. Les pharmaciens conseils figurent à la section D de leur ordre.* »

¹⁹⁴ Art. 6 du décret n° 69-505 du 24 mai 1969 : « *A l'occasion de leurs fonctions, les praticiens conseils ne peuvent être traduits devant la juridiction ordinale dont ils relèvent que par le ministre d'Etat chargé des affaires sociales ou le procureur de la République, conformément aux dispositions des articles 418 et 442 du code de la santé publique. Les dispositions de l'article R. 5015-1 4^{ème} alinéa du même code sont applicables aux pharmaciens conseils.* »

¹⁹⁵ Convention collective nationale de travail des praticiens conseils du Régime Général de sécurité sociale

1 La déontologie

Les praticiens conseils sont soumis au respect des règles communes de la déontologie « afin de protéger les intérêts légitimes, matériels et moraux des particuliers, dont ils sont dépositaires. »¹⁹⁶. Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin¹⁹⁷, le praticien conseil étant tenu au secret envers la caisse primaire.¹⁹⁸

Il n'existe aucun doute sur le fait que le praticien conseil, comme tout professionnel de santé, est obligatoirement inscrit au Conseil de l'Ordre de sa profession et donc soumis aux dispositions générales du code de déontologie.

Il est soumis en plus à des dispositions particulières. Sont ainsi rappelés les obligations de respect du secret professionnel en tant que salarié d'un organisme public ou privé.¹⁹⁹ Le code de déontologie rappelle l'obligation du respect du même code pour les médecins de contrôle, tout risque de violation devant amener le professionnel de santé à se récuser de sa mission.²⁰⁰ Le secret doit être opposé aux demandes émanant des services administratifs des caisses et concernant des données personnelles de santé²⁰¹. Le Conseil de l'Ordre des médecins se positionne fréquemment comme protecteur des intérêts des praticiens contre les risques « d'intrusion » des services administratifs des caisses. Il rappelle dans les commentaires de l'article R 4127-50 du code de la santé publique que « *c'est au prix d'une vigilance constante que les médecins-conseils des régimes d'assurance maladie de la sécurité sociale ont obtenu une séparation stricte entre le service médical et les services administratifs des caisses, préservant ainsi leur indépendance et le secret des informations médicales dont ils sont détenteurs. C'est grâce à cette disposition que des échanges de renseignements peuvent s'effectuer entre médecin-conseil et médecin traitant* ».

¹⁹⁶ Guide de procédure du contrôle contentieux, C.N.A.M.T.S., non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 37

¹⁹⁷ Art. R. 4127-4 du code de la santé publique « *Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris* ».

¹⁹⁸ Art. R. 4127-104 du code de la santé publique « *Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme* ».

¹⁹⁹ Art. R. 4127-95 du code de la santé publique « *Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions. En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie. Il doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce* »

²⁰⁰ Art R. 4127-101 du code de la santé publique « *Lorsqu'il est investi de sa mission, le médecin de contrôle doit se récuser s'il estime que les questions qui lui sont posées sont étrangères à la technique proprement médicale, à ses connaissances, à ses possibilités ou qu'elles l'exposeraient à contrevenir aux dispositions du présent code* »

²⁰¹ Art R 4127-104 du code de la santé publique « *Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical, ni à un autre organisme* ».

2 La transmission d'information

Pourtant, l'obligation de respect du secret s'associe au quotidien à la nécessité de transmission de données entre les différents services de l'Assurance Maladie.

Cette transmission ne soulèverait pas de difficulté si elle ne concernait que des données statistiques anonymes, mais, dans les faits, la place de l'assurance maladie en tant que payeur, longtemps considéré comme « *aveugle* », s'associe de plus en plus fréquemment à la nécessité de contrôle de la justification des prestations. Le contrôle nécessite une transmission d'informations à l'intention tant des services administratifs des caisses primaires que des praticiens conseils du service du contrôle médical. C'est le cas de l'ensemble des informations liées aux consommations de soins transmises par les professionnels de santé à destination des caisses primaires pour prise en charge directe des dépenses ou remboursement des assurés sociaux.

Or l'analyse d'une telle situation portant sur la possibilité de transmission d'informations reste complexe car il existe un nombre important d'éléments pouvant être soumis à communication. C'est le cas notamment des informations détenues par les services de l'assurance maladie sur les caractéristiques de la population des assurés sociaux, sur la macro économie des dépenses de santé, sur le fonctionnement des établissements de soins ou sur les pratiques des professionnels de santé.

La confidentialité peut concerner l'ensemble de ces données mais le choix pour notre travail qui évoque dans un premier temps les droits de l'individu pour les comparer avec les pouvoirs de la société s'est porté sur la transmission des données personnelles de santé. Comme nous l'avons vu, la définition des données personnelles de santé est très large. Elle concerne non seulement les données informatiques, mais aussi tout ce qui est « *vu, connu et su* » dans le cadre de la fonction et qui relève de la personnalité d'un individu et permet son identification.

Dans le cadre de notre travail, nous sommes amenés à définir les conditions de protection des données de santé. La conservation des données réellement collectées ne concerne qu'un volume limité des informations reçues.

Section 4 Objet, objectif et limites de notre travail

Dans le cadre de cette introduction, nous avons présenté successivement les éléments fondamentaux servant de bases à notre travail. Il s'agissait tout d'abord de la notion de secret, secret médical évoluant vers le secret professionnel. Notre travail n'est pas destiné à développer outre mesure cette notion restrictive, bien que présente tout au long des parties qui vont suivre notre introduction, par rapport à notre objet qui est la transmission des données personnelles de santé. Le secret a déjà été traité dans d'autres travaux de haute qualité²⁰² et il ne nous semble pas intéressant de répéter ce qui a déjà été clairement exprimé.

²⁰² Voir notamment la somme de travaux de Dominique Thouvenin, de Caroline Zorn et de Messieurs Patrick Loiret et Bruno Py

Notre travail porte sur la transmission des données personnelles de santé. Il semble très important, dans le cadre d'une vision dynamique de la transmission des données personnelles de santé, de nous intéresser aux pratiques du service du contrôle médical de l'Assurance maladie et à ses correspondants, partenaires voir « *clients* ». ²⁰³

Nous allons voir tout au long de notre travail, en nous appuyant sur des exemples relevés au cours de notre pratique, que de fréquentes difficultés apparaissent lorsque la question de la possibilité de transmission des données personnelles de santé est posée. Seront ainsi notamment évoquées les relations pouvant exister entre praticiens conseils, assurés sociaux ou ayants droits, employeurs d'un salarié, juges intervenant dans les diverses juridictions pouvant être amenés à connaître de contentieux de la sécurité sociale ou services de l'état ainsi que les positions prises par eux dans ces situations complexes.

Notre travail étant destiné à permettre une compréhension commune de ces positions, d'ouvrir la discussion et idéalement d'emporter les convictions, il sera essentiel de développer dans chaque titre une analyse des fondements juridiques et pratiques des différentes positions.

Il sera aussi essentiel, lors de la mise en évidence de difficultés persistantes, de proposer, dans la mesure de nos moyens et afin d'enrichir le débat, des évolutions techniques, réglementaires ou législatives permettant d'associer transmission des données personnelles de santé et protection du secret.

Sous section 1 Un double regard sur le sujet

Nous nous sommes déjà présenté dans notre fonction de praticien conseil de l'Assurance Maladie, fonction qui nous amène à être en situation intermédiaire entre un assuré social dont les données personnelles de santé peuvent faire l'objet d'une transmission et d'autres intervenants, individualités ou société, souhaitant bénéficier des informations.

Nous montrerons ultérieurement que la loi a défini la possibilité de transmission de données personnelles de santé et qu'elle a même parfois introduit la matière économique comme fondement de cette transmission.

Pourtant notre pratique quotidienne depuis de nombreuses années nous a permis de constater que l'évolution de la loi pouvait ne pas être strictement conforme à celle de la société et qu'il existait de nombreuses situations réelles dans lesquelles la loi pouvait être absente, voire inadaptée au quotidien. Certains textes, même de portée internationale, peuvent être contradictoires dans leur contenu et leur application et il nous arrive de constater un imbroglio tel que nul n'arrive à proposer de solution respectant l'ensemble des intérêts en présence et satisfaisant l'ensemble des parties.

En s'appuyant sur des exemples réels, notre travail cherche à confronter les fondements juridiques théoriques avec les situations pratiques rencontrées au sein du régime général de l'assurance maladie afin de proposer des évolutions acceptables par le maximum d'intervenants.

²⁰³ Le terme est très à la mode dans le cadre d'une assurance maladie, gestionnaire assurantiel des dépenses de santé

L'apport principal du travail que nous présentons permet ainsi d'apporter un double éclairage sur plusieurs points. En tant que médecin et juriste, il peut être utile d'avoir un double regard sur les thèmes évoqués.

En tant que médecin, la notion de transmission d'informations entre soignants, secret partagé, est essentielle à l'efficacité des soins. Souvent les professionnels de santé, malgré la crainte de se voir accuser de violer le secret et devant la nécessité de soigner, risquent d'oublier le droit du patient à la maîtrise de son secret.

En tant que juriste, la complexité du sujet nous fait naviguer entre les certitudes des intervenants divers qui affirment tous la prédominance de « *leur* » secret professionnel sur celui des autres professionnels. Pratiquement toutes les professions ont la certitude de pouvoir accéder à l'information de bon droit, mais avoir dans le même temps celui de refuser l'accès à l'information aux autres.

En tant que professionnel de santé salarié du régime général de l'Assurance Maladie des Travailleurs Salariés, branche de la Sécurité Sociale, la question de la possibilité de justifier la transmission des données personnelles de santé à l'intérieur des organismes, voire à destination d'autres intervenants, est régulièrement posée. Une pratique quotidienne de l'assurance maladie depuis plus de vingt ans permet un croisement des compétences et une analyse des évolutions successives des réglementations et des pratiques.

Sous section 2 L'objectif du travail

S'il était possible d'avouer une réelle ambition dans la réalisation de ce travail, elle serait liée à la volonté de faire évoluer les pratiques au titre non pas de lanceur d'alerte qui pourrait se contenter de poser les questions mais bien de passeur qui en souhaitant faire évoluer les pratiques se trouve donc dans la nécessité de convaincre.

Cela devrait aboutir à un travail fondé sur une expérience professionnelle associant une analyse des fondements de la communication ou de l'absence de communication et s'appuyant sur des exemples précis. Une démarche casuistique²⁰⁴ devrait aboutir à des propositions d'évolution dans la pratique et dans les textes.

Le thème choisi est celui de la transmission des données personnelles de santé, excluant les autres données déjà évoquées et possédées par l'Assurance Maladie et pouvant faire l'objet de communication telles que les statistiques d'activité des établissements de santé ou les pratiques des professionnels de santé.

Il sera nécessaire tout au long de notre travail, comme nous l'avons déjà signalé, de développer l'apport de la sociologie non seulement de Simmel et de Durkheim sur le champ d'étude des matières juridiques, mais aussi de chercher un appui certain dans les écrits du doyen Carbonnier et dans ses travaux portant sur la sociologie du droit. Comme exemple, on peut constater que les lois successives modifiant le code de la santé publique représentent un exemple de l'évolution du droit de la société vers un droit de l'individu sur ses propres informations de santé²⁰⁵.

²⁰⁴ En remerciement à Madame Callu pour son analyse aussi précise de ma proposition

²⁰⁵ Un mouvement inverse actuel est fréquemment évoqué, les droits de l'individu cédant les pas aux intérêts de la société

L'intérêt de notre travail repose donc sur la possibilité de rapprocher droit et médecine dans une démarche d'interdisciplinarité²⁰⁶. Il ne s'agit «*non pas tant d'ouvrir les frontières entre disciplines que de transformer ce qui génère ces frontières: les principes organisateurs de la connaissance*»²⁰⁷.

Le regard porté par un praticien conseil du service du contrôle médical semble permettre de justifier la limitation du champ de notre étude aux informations qu'il peut être régulièrement amené à obtenir et à transmettre.

Le regard posé doit être plus large que celui qui pourrait être posé théoriquement par un juriste ou un professionnel de santé.

En effet, l'un des principaux écueils de ce type de travail serait de réserver une «*démarche de recherche – hypothèse, observation, expérimentation, conceptualisation*»²⁰⁸ aux seuls juristes ou professionnels de santé «*conceptuels*» sans que l'intervention d'autres professionnels «*de terrain*» ne vienne éclairer les questions évoquées par une démarche interdisciplinaire.

C'est pour cela qu'en introduction de chaque Titre de notre travail, nous introduirons des exemples vécus relevant des concepts évoqués par la suite.

Sur un plan pratique, et afin d'être entendu par les diverses professions concernées par la transmission des données personnelles de santé, nous serons amenés à partir sur un postulat de justification de la transmission des informations entre les intervenants à présenter les thèmes fondamentaux permettant de saisir la portée des différents concepts mobilisés par notre travail et à développer une argumentation basée sur des cas pratiques réels afin de motiver une évolution des pratiques.

L'importance du regard sociologique sur le secret et les fondements de la communication, lien essentiel entre les individus et soutenant ainsi l'existence de la société, nous amènera à proposer un plan basé sur un découpage faisant succéder la place de l'individu puis la place de la société.

Sous section 3 Les limites du travail

La volonté affichée de développer la place que peut être celle des praticiens conseils du service du contrôle médical de l'assurance maladie nous entraîne à limiter notre champ d'étude.

Cette limitation concerne à la fois l'objectif du travail et le contenu technique des éléments étudiés.

§ 1 Un objectif limité

Les données étudiées seront limitées à tout ce qui est conservé, en excluant les données ne faisant que transiter par le service du contrôle médical sans archivage

²⁰⁶ Sans aller vers la transdisciplinarité qui cherche à dépasser les disciplines afin d'atteindre à «*l'unité de la connaissance*» en éliminant toute spécialisation. En effet, une telle démarche cherchant à gommer les particularités des professions médicales et juridiques concernées ne pourrait qu'être contraire à notre souhait d'aboutir à une compréhension par chacun des spécificités de l'autre

²⁰⁷ HAMEL J., «*Sociologie et interdisciplinarité, un mariage de raison?*», Document, a contrario, Vol. 3, No 1, 2005, p. 110

²⁰⁸ COMMAILLE J., «*La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier*», *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 279

Les données personnelles liées à la fonction de praticien conseil seront limitées aux données de santé ; données de consommation et médicales, quel qu'en soit le support papier ou informatique, excluant les données personnelles familiales, sociales, politiques, professionnelles.

Nous demandons au lecteur son indulgence afin qu'il accepte cette limitation volontaire de l'étendue du champ de recherche. Un champ plus large nous aurait amené à dépasser l'objet initial de notre travail et peut être à perdre en clarté.

Le thème de la transmission des données, nous amènera tout en citant les notions d'archivage et de conservation des données, à ne pas les développer outre mesure.

S'il était besoin de justifier l'intrusion de la sociologie dans notre travail, nous chercherions un appui certain dans les écrits du doyen Carbonnier et dans ses travaux portant la sociologie du droit. Celui-ci estime que « *Tandis que le droit dogmatique s'attache à un objet arrêté, figé dans l'instant de la positivité*²⁰⁹, *la sociologie juridique considère un objet in transitu emporté dans le flux de l'évolution.* »²¹⁰

Nous prenons comme parti pris, qu'une analyse dynamique de la transmission ne peut nous amener à insister sur une démarche trop statique de conservation d'informations. Or l'archivage concerne une période statique durant laquelle il n'est pas organisé de transmission.

Même s'il ne peut exister de transmission lorsqu'il n'y a pas de conservation préalable, ce qui est archivé n'est par définition plus directement vivant, mais bien en attente d'être réveillé.²¹¹

Notre étude ne portera donc que sur l'acte positif de transmission.

Une analyse dynamique place le praticien conseil en position d'intermédiaire entre les différents intervenants. Il reçoit des informations au titre de professionnel de santé salarié de l'assurance maladie et peut faire l'objet de demandes de transmission.

Nous le considérons donc, non pas comme partie, à cette transmission mais bien comme intermédiaire, position parfois inconfortable lorsqu'il s'agit d'assumer la protection des données. Ce choix sera conforté par l'analyse réalisée dans le titre 2 de la seconde partie de notre travail envisageant le contentieux technique et la communication aux médecins consultants.

§ 2 Des limitations techniques

Tout d'abord, la complexité des éléments et des liens existant entre organismes de protection sociale nous les a fait étudier préférentiellement par le biais d'un développement de

²⁰⁹ Deux circonstances auraient longtemps empêché les juristes d'admettre le concept d'évolution. Tout d'abord la survie du droit romain dans les sociétés occidentales, et la force des doctrines du droit naturel, avec ce qu'elles empruntent de pouvoir persuasif à la religion ou à la métaphysique

²¹⁰ COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 275-299 citant Carbonnier J., 1978, *Sociologie juridique*, Paris, PUF (1re éd., Armand Colin, 1972 ; nouv. éd., PUF, coll. « Quadrige », 1994, 2004, p. 229)

²¹¹ De plus, on a constaté plus haut en ce qui concerne la notion de secret positif et secret négatif, que l'absence d'information peut déjà être une information. Donc l'absence d'élément conservé est déjà une source d'information

l'activité de l'assurance maladie. Les autres organismes tels que les caisses retraite et allocations familiales ne seront pas évoqués.²¹²

Dans le même sens, nous n'avons développé que les activités du Régime général des travailleurs salariés. L'analyse n'est pas approfondie pour les deux autres principaux régimes de protection sociale que sont le Régime Social des Indépendants (R.S.I.) et la Mutualité Sociale Agricole (M.S.A.).

Enfin, il a été fait un choix d'exclure le fonctionnement particulier des organismes de protection sociale militaires qui relèvent, en ce qui concerne les médecins militaires, d'une déontologie autonome trop particulière pour relever de notre travail.

Suivant le travail de Marion Girer, nous pourrions être amenés dans notre thèse à ne pas faire de distinction entre patient et assuré social.²¹³

Ces deux termes ne semblent pas totalement superposables. L'un est intimement lié à la notion de soins alors que l'autre peut exister de façon autonome.²¹⁴

« Que l'on s'attache à décrire les droits et obligations de la personne en matière de soins (information, consentement, secret médical par exemple) et l'on utilisera plutôt le terme de patient ; à l'inverse si l'accent est porté sur l'aspect financier de la relation de l'individu avec le système de santé, la notion d'assuré social sera préférée. Mais cette distinction n'est parfois même pas pertinente. Concernant par exemple l'information médicale, la fusion des termes eux-mêmes est nécessaire : il est imposé à l'assuré social d'autoriser le médecin à accéder à son dossier médical tandis qu'il est reconnu à l'usager un droit à être informé et un droit au secret des informations. Plus encore, ce droit reconnu à l'usager comprend un volet proprement médical – information sur le diagnostic, la thérapeutique ou les interventions envisagées²¹⁵ – et un volet administratif – information sur les coûts engendrés et les modalités de prise en charge²¹⁶, disposition qui témoigne de l'unité et de l'impossible dissociation des représentations. »

Néanmoins, nous utiliserons plus fréquemment le terme de patient lors de l'étude des textes du code de la santé publique et celui d'assuré social en ce qui concerne le droit de la sécurité sociale mais il reste possible que notre double formation nous entraîne vers des confusions.

Après tout, la complexité des législations n'oblige t'elle pas fréquemment l'assuré social à être patient ?

²¹² A ce jour de la réglementation, les liens entre caisses retraites et service du contrôle médical se limitent à la réalisation d'avis pour les retraites par inaptitude dont la prise en charge est actuellement en évolution. De même, la gestion de la pénibilité n'est pas effective. En ce qui concerne les caisses d'allocation familiale, l'activité est réduite à d'éventuels avis pour attribution des allocations parentales destinées à indemniser la présence des parents auprès de leurs enfants malades

²¹³ GIRER M., Maître de conférences en droit, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », IFROSS, Faculté de droit, Université Lyon 3, p. 6

²¹⁴ Par ses cotisations son affiliation obligatoires sans qu'il y ait, heureusement pour l'équilibre des dépenses de l'Assurance maladie, de consommation systématique de soins

²¹⁵ Article L.1111-2 al.1^{er} du code de la santé publique : « toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus ».

²¹⁶ Article L.1111-3 al.1^{er} du code de la santé publique : « Toute personne a droit, à sa demande, à une information, délivrée par les établissements et services de santé publics et privés, sur les frais auxquels elle pourrait être exposée à l'occasion d'activités de prévention, de diagnostic et de soins et les conditions de leur prise en charge. Les professionnels de santé d'exercice libéral doivent, avant l'exécution d'un acte, informer le patient de son coût et des conditions de son remboursement par les régimes obligatoires d'assurance maladie ».

De même, l'appellation officielle de notre service est celle de « *service du contrôle médical* ». Cette dénomination a fait l'objet de fréquentes évolutions selon les orientations des axes d'activité définis au niveau national. On trouve ainsi dans les textes divers régissant notre activité aussi l'appellation « *service médical* ». Au plan pratique, ces termes sont encore fréquemment associés, notre fonction étant toujours celle de praticien conseil. Malgré nos efforts et afin d'éviter d'alourdir notre style, les deux appellations de notre service pourront être utilisées.

Enfin, il doit être signalé que les activités des praticiens conseils telle qu'elles résultent des démarches de réorganisation récentes du service du contrôle médical regroupent les missions en trois pôles d'activité, le contrôle des prestations et les relations avec les assurés, le contrôle contentieux et les relations avec les professionnels de santé. Notre travail portera sur l'activité principale liée au contrôle des prestations et les relations avec les assurés au cours de laquelle les principaux échanges sont retrouvés, notamment entre professionnels de santé traitant et praticien conseil. Les questions portant sur la transmission de données personnelles de santé dans le cadre des activités de contrôle contentieux et des relations avec les professionnels de santé²¹⁷, seront seulement évoquées puisqu'elles sont très limitées en fréquence et sont encadrées par les procédures respectées devant les juridictions administratives des assurances sociales des conseils des Ordres.

Enfin chaque chapitre s'appuiera sur des exemples vécus personnellement au cours de notre activité de praticien conseil depuis plus de 20 ans. Dans les faits « *l'imagination étant au pouvoir* », il ne nous sera pas possible d'envisager tous les cas de figure. Nous limiterons ces exemples à ceux qui sont caractéristiques des difficultés connues et qui serviront d'exemples pour développer les fondements des divers droits rencontrés.

S'inspirant, comme nous l'avons évoqué dans le cours de notre introduction, de la sociologie du secret et de la communication, notre travail de recherche comportera deux parties.

La première (Partie I) portera sur le contrôle médical et les droits individuels en étudiant successivement la place des droits individuels de l'assuré social et les droits individuels des autres intervenants fréquemment rencontrés par les praticiens que sont les ayants droit et les employeurs.

La seconde (Partie II) portera sur le contrôle médical et les droits de la société avec la protection du groupe social et la santé publique puis la notion de développement d'un droit économique pouvant justifier la prédominance du pouvoir de la société sur le droit de l'individu.

²¹⁷ Information d'un professionnel de santé sur ses propres pratiques, les informations restant statistiques et anonymes

Partie I Le contrôle médical et les droits individuels

Lorsque l'on évoque la notion de droit individuel, surtout dans le cadre de la protection des données personnelles de santé, une des premières significations classiquement retenues est celle liée à la maîtrise de l'assuré social sur ses propres données. Comme nous allons le voir, les fondements de la protection des droits individuels de l'assuré social reposent sur de nombreux textes tant internationaux, qu'euro-péens et nationaux. Ils rappellent le pouvoir de la personne sur ses données personnelles, pouvoir d'obtenir l'information, de communiquer mais aussi de laisser communiquer et pouvoir de refuser la transmission.

Notre pratique professionnelle, nous a amené à rencontrer plusieurs situations dans lesquelles la maîtrise de l'assuré social sur ses propres données a été mise en cause.

Dans le cadre de l'activité de contrôle de la justification des prestations, les praticiens du service du contrôle médical peuvent être amenés à recevoir des informations concernant un assuré. C'est notamment le cas pour les demandes d'exonération du ticket modérateur qui font l'objet de la rédaction d'un protocole de soins comprenant en clair le diagnostic, les examens paracliniques et actes envisagés et les thérapeutiques devant être prescrites. C'est aussi le cas des prescriptions d'arrêt de travail ou de transport qui doivent comporter les éléments justifiant la prestation.

La question est souvent posée de la possibilité pour un assuré de refuser un accès aux données et d'empêcher le prescripteur d'indiquer les éléments demandés. Après avoir défini le droit pour un assuré à limiter cette transmission, nous évoquerons les notions de consentement et d'abus de droit. Un assuré a-t-il le droit de bénéficier de la prise en charge par la société de ses soins²¹⁸ tout en refusant la possibilité d'un contrôle ?

Un assuré peut être amené à rechercher des données le concernant afin de défendre ses droits. C'est très fréquemment le cas lorsque, suite à une décision de la caisse primaire refusant la prise en charge d'une prestation, un assuré souhaite accéder aux éléments détenus par le service du contrôle médical pour soutenir sa demande. Les voies de recours d'un avis du praticien conseil portant sur la justification médicale d'une prestation correspondent à l'expertise L. 141-1 du code de la sécurité sociale seront plus particulièrement évoquées lors d'une comparaison entre les différentes expertises pouvant être mises en œuvre en cas de contentieux. Il en sera de même pour les recours portant sur une décision administrative dans le cadre du contentieux général, commission de recours amiable et tribunal des affaires de sécurité sociale ou du contentieux technique tel que le tribunal du contentieux de l'incapacité.

Un assuré peut souhaiter user de son droit à accès à ses données propres pour maîtriser leur contenu. Nous avons ainsi relevé une demande d'un assuré visant à faire effacer de son dossier tout contenu en relation avec une exonération du ticket modérateur pour état dépressif

²¹⁸ Dans l'état actuel de l'organisation des systèmes de santé en France, le financement des dépenses relève de la solidarité nationale, le montant de la prise en charge ne relevant pas théoriquement du montant des cotisations

grave. Etant en cours de séparation de sa conjointe, il craignait que l'existence d'une affection de longue durée serve d'argument pour lui refuser une garde de ses enfants. La question était donc posée de ses possibilités de voir disparaître des bases des informations le concernant.

Notre pratique nous amène à signaler que cette vision unilatérale de la maîtrise des informations reste simpliste en ce qu'elle omet de prendre en compte les intérêts des autres intervenants.

Ce peut être la société dans le cadre de la protection de la santé publique ou de la gestion des dépenses de santé. Nous évoquerons ce versant de la transmission dans la seconde partie de notre travail.

Ce peuvent être les proches, demandant l'accès aux informations dans leur propre intérêt, mais aussi les employeurs qui demandent de plus en plus fréquemment l'accès aux informations concernant leur salarié suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle. Ces situations, qui concernent aussi des droits individuels pouvant faire l'objet de restriction donc de démarche visant à les défendre, feront l'objet du second chapitre de cette première partie.

Les situations dans lesquelles un tiers demande la transmission pour défendre ses droits propres font l'objet d'une analyse dans le titre 2 de cette première partie.

Enfin peuvent être évoquées les situations dans lesquelles un tiers peut être amené à demander la transmission d'information dans l'intérêt de l'assuré, celui-ci n'étant pas en situation légale ou pratique de faire elle-même la démarche.

La question a été posée de la possibilité pour un assuré conscient de mandater un tiers pour accéder à ses informations. Il arrive ainsi qu'un avocat, dans le cadre de son mandat de représentation général de son client demande transmission du dossier de ce dernier.

De nombreuses discussions ont eu lieu sur ce point précis, les avocats estimant qu'ils possèdent un mandat général leur permettant d'accéder aux informations sans nécessité justifier l'existence de ce mandat, les services du contrôle médical demandant une justification du mandat.

Nous allons présenter, dans le cadre de la première partie de notre travail qui va porter sur la place du contrôle médical dans le respect des droits individuels, successivement les droits de l'assuré social (titre I) et les droits individuels des autres intervenants que sont notamment les ayant droits et les employeurs (titre II).

Titre I Le contrôle médical et les droits individuels de l'assuré social

Comme nous l'avons vu précédemment, les missions de contrôle des prestations prises en charge par l'Assurance Maladie mettent les praticiens conseils en situation d'accéder à des données personnelles de santé.

L'accès à ces données peut être justifié, comme nous allons le développer dans les suites de notre travail, mais elle doit respecter les droits de l'individu qu'est l'assuré social.

Nous envisagerons tout d'abord les fondements de la protection des droits individuels de l'assuré social (chapitre 1) pour développer leur application au sein de l'Assurance Maladie (chapitre 2). Des propositions portant sur la protection des données bénéficieront de l'état d'avancement des outils et procédures mises en œuvre actuellement et permettant une transmission encadrée des données personnelles de santé (chapitre 3).

Chapitre 1 Les fondements de la protection des droits individuels de l'assuré social

La protection des droits individuels des assurés sociaux est intimement liée à la notion de droits de l'Homme²¹⁹. On verra ainsi apparaître dans le cadre de notre pratique de praticien conseil, notamment lors de la gestion de la transmission des données personnelles de santé lors de contentieux techniques de la sécurité sociale, une opposition entre certains de ces droits.

Section 1 Les droits de l'Homme

Pour permettre une bonne appréhension des difficultés pratiques évoquées ci-dessus, il est essentiel d'introduire un regard théorique sur ces notions.

En effet nous allons constater plus loin qu'il existe dans le cadre de la question de la transmission des données personnelles de santé de fréquentes opposition entre droits de l'Homme supposés être de portée égale.

Sous section 1 L'historique des droits de l'Homme

Nous n'irons pas jusqu'à faire remonter, comme certains auteurs, la notion de droits de l'Homme aux évolutions des textes anglais comme la Magna Carta de 1215, l'acte d'Habeas Corpus de 1679 ou le Bill of rights anglais de 1689. Il semble néanmoins intéressant de reprendre cette dernière appellation au sujet de la **déclaration des droits de l'Homme adoptée par la Convention de Virginie le 12 juin 1776**²²⁰, voire d'évoquer le contenu de la déclaration d'indépendance des Etats Unis d'Amérique du 4 juillet 1776 qui précède, au niveau national la **Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen adoptée le 26 août**

²¹⁹ Une tradition existant dans les groupes d'auditeurs masculins au cours des formations que nous avons pu dispenser porte sur la question des droits de la femme. Nous utiliserons donc systématiquement une majuscule pour évoquer les droits de l'Homme en tant qu'être humain

²²⁰ La déclaration américaine des droits date de 1791. Il semble donc y avoir eu enrichissements successifs des deux conceptions à travers l'atlantique

1789. Cette déclaration est la première qui identifie spécifiquement cette notion, les deux préambules de la déclaration d'indépendance des Etats-Unis et de la déclaration des droits de l'Homme établissant ces droits comme inaliénables sans les définir.

Ces premiers textes tels que le Bill of Rights, la Déclaration d'Indépendance et la Déclaration de 1789 étaient essentiellement des droits individuels civils et politiques qui requieraient une abstention de l'Etat pour permettre leur réalisation.

§ 1 Les textes fondamentaux

Les droits de l'Homme ont fait l'objet d'une construction progressive qui a aboutit aux conceptions actuelles.

1 La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789

La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 est la première déclaration qui identifie spécifiquement cette notion, les deux préambules de la déclaration d'indépendance des Etats-Unis et de la déclaration des droits de l'Homme établissant ces droits comme inaliénables.

2 la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793

En France, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793 considère que l'égalité est le premier droit naturel de l'Homme. Elle va définir des droits dit de deuxième génération. Bien qu'étant à l'origine de la Constitution du 24 juin 1793 dite de l'an I, ce texte ne sera jamais appliqué et cédera le pas à la Constitution de 1795 d'un contenu proche de la Déclaration de 1789.

3 La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales²²¹ voit dans son Titre I, Droits et libertés coexister les notions fondamentales de respect des droits de l'Homme²²², de droit à un procès équitable qui inclut dans notre travail notamment l'impartialité du tribunal, la publicité des débats et la protection de la vie privée²²³, droit que

²²¹ Conseil de l'Europe, Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales telle qu'amendée par le Protocole no 11 accompagnée du Protocole additionnel et des Protocoles nos 4, 6, 7, 12 et 13

²²² Article 1 Obligation de respecter les droits de l'homme « *Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la présente Convention (...).* »

²²³ Article 6 Droit à un procès équitable « *1 Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice.* »

l'on retrouve dans plusieurs articles.²²⁴

4 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

L'article 1^{er} de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ne laisse persister aucun doute. « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée* ». La dignité de la personne humaine²²⁵ est donc un principe²²⁶, une valeur juridique proclamée dans les textes internationaux.²²⁷

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a été proclamée solennellement le 7 décembre 2000 lors du sommet de Nice par le Conseil, le Parlement européen et la Commission. Le texte, qui rappelle les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité fondant l'Union, a été repris récemment le 12 décembre 2007 à l'occasion du sommet de Lisbonne²²⁸. Le traité ayant été ratifié, le texte de la Charte a pris valeur de droit contraignant à compter du 1^{er} décembre 2009. De nombreux passages et articles de cette charte²²⁹ ont une importance dans notre travail. Ils ont fait l'objet d'une intégration progressive dans les législations et réglementations nationales ainsi que d'une reconnaissance par la jurisprudence.

Dans son chapitre I, dénommé « *dignité* », l'article 1 concerne la dignité humaine²³⁰.

Dans son chapitre II, Libertés, l'article 7 correspond au respect de la vie privée et familiale²³¹. Cette obligation au respect a été intégrée notamment par la loi du 17 juillet 1970, les décisions

²²⁴ Article 8. Droit au respect de la vie privée et familiale « 1 *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.*

2 *Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »*

²²⁵ MAUBERNARD C., « Le « droit fondamental à la dignité humaine » en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », Rev. trim. dr. h. (54/2003), p. 484 Même si une partie de la doctrine conteste l'existence d'un « *droit fondamental à la dignité humaine* » cette notion est d'une telle importance dans l'évolution des textes et de la jurisprudence qu'il semble difficile de ne pas en tenir compte

²²⁶ EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine », D. 1997. Chron. 187 ; MATHIEU B., Dignité de la personne humaine : du bon et du mauvais usage en droit politique français d'un principe universel, in Le droit de la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux du 21e siècle, PUAM, 1996, p. 214 ; DREYER E., « Les mutations du concept juridique de dignité », Rev. Rech. juridique, 2005-1, p. 19 ; FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », in A.-M. Dillens et B. Van Meenen (Dir.), *La dignité aujourd'hui. Perspectives philosophiques et théologiques*, 2007, Fac. Univ. Saint-Louis, p. 53

²²⁷ FEUILLET B., « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », Revue de droit sanitaire et social 2008 p. 713

²²⁸ GRUBER A., Petites affiches, 27 décembre 2010 n° 257, P. 6, PA201025703

²²⁹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 07/12/2000, Journal officiel des Communautés européennes, 18.12.2000

²³⁰ Art. 1 « *La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée.* »

²³¹ Art. 7 « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications.* »

du Conseil Constitutionnel des 12 janvier 1977 (76- 72 DC), du 9 janvier 1980 (112 DC) et du 23 juillet 1999 (99- 416 DC) concernant la théorie jurisprudentielle de la voie de fait.²³²

L'article 8 concerne la protection des données à caractère personnel²³³. La loi du 17 juillet 1978 dite informatique et liberté a créé la Commission d'accès aux documents administratifs, validée par la décision du Conseil Constitutionnel 172 DC (26 juillet 1984).

L'article 34 intéresse la sécurité sociale et l'aide sociale. Il s'agit notamment du droit d'accès aux prestations de sécurité sociale. Le paragraphe 2 du même article renforce la communauté civique de l'Union européenne. Toute personne qui se déplace légalement à l'intérieur de l'Union a droit aux prestations de sécurité sociale et aux avantages sociaux, conformément au droit de l'Union et aux législations et pratiques nationales.

L'article 47 définit un droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial.

L'article 48 définit la présomption d'innocence et la nécessité de respect des droits de la défense. On y retrouve les conditions de l'article 9 de la convention. Il est intégré notamment par la loi sur la présomption d'innocence et les droits des victimes CC 19- 20 janvier 1981 ; (127 DC), la présomption d'innocence et les droits de la défense (Sécurité et liberté) 18 janvier 1985 (182 DC) ; 19- 20 janvier 1981 (127 DC), décision du Conseil d'Etat du 5 mai 1944²³⁴.

L'Article 54 concerne l'interdiction de l'abus de droit.²³⁵ Cet article qui concerne fondamentalement les obligations des Etats n'a pas trouvé à ce jour d'application en France ni de texte l'intégrant.

§ 2 Le droit national

Au plan national, cette notion de dignité humaine associée à l'égalité des droits entre individus, a été reconnue par la Constitution du 4 octobre 1958, intégrant la déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen ainsi que l'article 1 du Préambule de la constitution de 1946.

²³² Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996 : Bull. civ. , I, n° 378 ; JCP 1997, II, 22805, note Ravanas et I, 4025, n° 2 et s. obs. Viney ; D. 1997, 403, note Laulom et somm. Com. 289, obs. Jourdain ; Cass. Civ. 1^{ère}, 25 fêv. 1997 : JCP 1997, II, 22873, note Ravanas in STARCK B., ROLAND H., BOYER L., Introduction au droit, LITEC, 5^{ème} éd., 2000, p. 429

²³³ Art. 8 « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant.
2. Ces données doivent être traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification.
3. Le respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante. »

²³⁴ Dame veuve Trompier-gravier, Cass civ., 1^{er}, décembre 1953

²³⁵ Art. 54 « Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte. »

1 La constitution

Au niveau national français, la Constitution du 4 octobre 1958, surtout son préambule, proclame l'attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils ont été définis par la Déclaration du 26 août 1789 confirmée et complétée par la Constitution de 1946. Celle-ci énonce des « *principes politiques, économiques et sociaux, particulièrement nécessaires à notre temps* ». ²³⁶

En ce qui concerne notre travail, le Conseil constitutionnel a confirmé la portée du principe de dignité dans notre ordre juridique en ces termes. « *La sauvegarde de la dignité de la personne humaine [...] est un principe à valeur constitutionnelle* ». ²³⁷
Le principe de respect de la dignité humaine est de portée constitutionnelle ²³⁸ et a été reconnu par la jurisprudence administrative. ²³⁹

Le Conseil constitutionnel a reconnu dans sa décision du 16 juillet 1971 relative à la liberté d'association la valeur juridique de ce Préambule, et par voie de conséquence la valeur des deux textes constitutionnels auxquels celui-ci renvoie.

1-1 Le bloc de constitutionnalité

Ces textes constituent un « *bloc de constitutionnalité* » auquel ont été ajoutés les droits proclamés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les articles de la Charte pour l'environnement, adoptée par le Congrès le 28 février 2005. Cette Charte, qui n'a pas une forte portée normative, assigne aux autorités publiques des objectifs à valeur constitutionnelle que doivent poursuivre la législation et la réglementation en s'imposant au Gouvernement et à l'Administration. Cette Charte est considérée comme la quatrième source du bloc de constitutionnalité.

Un double contrôle, constitutionnalité et conventionnalité, a été mis en œuvre afin de permettre une meilleure protection des droits.

1-2 Le contrôle de constitutionnalité

La Constitution de 1958 a institué un véritable contrôle de constitutionnalité par le Conseil constitutionnel. Celui-ci a une fonction protectrice des libertés qu'il exerce

²³⁶ CALLU M.-F., « La dignité de la personne humaine », pp. 29-43 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, p. 18 « *Considérant que lesdites lois énoncent un ensemble de principes au nombre desquels figurent la primauté de la personne humaine, le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie, l'inviolabilité, l'intégrité et l'absence de caractère patrimonial du corps humain ainsi que l'intégrité de l'espèce humaine ; que les principes ainsi affirmés tendent à assurer le respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* »

²³⁷ Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC sur la conformité à la constitution de la loi relative au respect du corps humain et de la loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal

²³⁸ Cons. const. 27 juill. 1994, D, 1995. Jur. 237, note B. Mathieu ; Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, Rec., p. 176 ; Cons. const., déc. n° 98-403, 29 juill. 1998, Rec., p. 276

²³⁹ C. E., 27 oct. 1995 : D. 1996, 177 note Lebreton ; JCP 1996, II, 22630, note Hamon ; Benetton Paris 28 mai 1996 : D. 1996, 617 note Edelman concernant la Jurisprudence lancer de nain

notamment en défendant et en faisant évoluer le contenu des droits et libertés, les principes fondamentaux ou les objectifs à valeur constitutionnelle qu'il reconnaît dans sa jurisprudence.

Il a été complété récemment par la question prioritaire de constitutionnalité qui permet un contrôle a posteriori de la loi par le Conseil constitutionnel suite à une question préjudicielle posée à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif après examen par la Cour de cassation ou le Conseil d'Etat.²⁴⁰

1-3 Le contrôle de la conventionnalité

Le contrôle de la conventionnalité des lois résulte de la décision du Conseil constitutionnel du 15 janvier 1975 portant sur la loi sur l'interruption volontaire de grossesse²⁴¹ qui, déclinant sa propre compétence, a permis aux juridictions suprêmes de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif de vérifier la conformité d'une loi postérieure à un traité.

1-4 La jurisprudence

La jurisprudence a ainsi été amenée à évoquer la dignité humaine. Le fameux arrêt du Conseil d'Etat du 27 octobre 1995, dans l'affaire dite du « lancer de nains » de Morsang-sur-Orge, à inclut la notion de « dignité humaine » en tant que composante de l'ordre public.²⁴²

2 Les différents codes

Le principe a été intégré dans les articles 9²⁴³ et 16 du code civil²⁴⁴, dans l'article 225-1 du code pénal.

²⁴⁰ Art. 61-1 de la constitution « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur le renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. »

« Une loi organique détermine les conditions d'application du présent article. » La loi organique du 10 décembre 2009, relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution a qualifié la question de constitutionnalité de « prioritaire ».

Art. 62 al. 2 de la constitution prévoit désormais qu' « une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. (...) »

²⁴¹ Décision n° 75-54 DC du Conseil constitutionnel du 15 Janvier 1975 (IVG) « (...) si les dispositions de l'article 55 de la Constitution confient aux traités une autorité supérieure à celle des lois, elles n'impliquent pas que le respect de ce principe doive être censuré par le Conseil constitutionnel »

²⁴² « Considérant que l'attraction de "lancer de nain" consistant à faire lancer un nain par des spectateurs conduit à utiliser comme un projectile une personne affectée d'un handicap physique et présentée comme telle ; que, par son objet même, une telle attraction porte atteinte à la dignité de la personne humaine ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, dès lors, l'interdire même en l'absence de circonstances locales particulières et alors même que des mesures de protection avaient été prises pour assurer la sécurité de la personne en cause et que celle-ci se prêtait librement à cette exhibition, contre rémunération (...) »

²⁴³ Loi du 17 juillet 1970 Concerne le principe d'intimité de la vie privée « Chacun a droit au respect de sa vie privée. » et conduit à l'interdiction de la révélation par voie de presse ou autrement d'aspects de la vie privée d'autrui dès lors qu'il n'a pas donné son consentement. En relèvent la vie sentimentale, les mœurs, le domicile, la pratique religieuse, l'état de santé, les méthodes éducatives, le secret des conversations téléphoniques (...) »

²⁴⁴ Loi n° 94-653 du 29 juill. 1994 dite loi de bioéthique relative au respect du corps humain

La rédaction de l'article L.1110-2 du code de la santé publique pose le principe que « *la personne malade a droit au respect de sa dignité* ». Elle est retrouvée dans l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1994 dite loi de bioéthique associée à la jurisprudence correspondant à la décision du Conseil Constitutionnel de la même date²⁴⁵ portant sur la dignité de la personne humaine dans la loi de bioéthique.

§ 3 La conception de générations successives des droits de l'Homme

Fondamentalement initiée dans la Charte des Nations Unies de 1945 et la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, la notion de droits de l'Homme a été structurée en trois générations.

Ces droits résultent notamment « (...) *des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux Etats membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires* ²⁴⁶, *de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'Homme.* »²⁴⁷

1 La première génération des droits de l'Homme

La première génération des droits de l'Homme est celle des droits civils et politiques. Ce sont des droits que l'individu peut opposer à l'État, qui ne peut agir en un sens contraire pour limiter ou supprimer ces droits ou libertés.

Ces « *droits libertés* » sont classiquement les libertés individuelles qui consistent pour chaque individu « *à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* », libertés physiques, familiales, droit à la propriété privée et liberté contractuelle. On y classe aussi les libertés politiques, droit de vote notamment.

2 La deuxième génération des droits de l'Homme

Les droits de la deuxième génération sont des droits qui nécessitent l'intervention de l'État pour être mis en œuvre.²⁴⁸ L'individu est ici en mesure d'exiger de l'État une certaine action.²⁴⁹ Ces droits collectifs que l'État doit aux citoyens sont nommés aussi classiquement

²⁴⁵ DC n°343- 344 du 27/07/1994

²⁴⁶ Maastricht et Amsterdam ont développé les notions de droits fondamentaux de l'Homme sans les lister

²⁴⁷ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 07/12/2000, Journal officiel des Communautés européennes, 18.12.2000, p. 98

²⁴⁸ La Cour européenne des droits de l'homme se refuse à élaborer une théorie générale des obligations positives. Elle fait évoluer sa jurisprudence depuis sa décision *Marckx c. Belgique* 13 juin 1979 « *Il a « essentiellement » pour objet de prémunir l'individu contre des ingérences arbitraires des pouvoirs publics (...). Il ne se contente pas d'astreindre l'Etat à s'abstenir de pareilles ingérences ; à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un « respect » effectif de la vie familiale.* »

²⁴⁹ Sur les obligations positives de l'État voir CEDH 26 mars 1985, X. et Y. c/ Pays-Bas, § 23: Série A n° 91; Cah. dr. eur. 1988. 462, obs. Cohen-Jonathan; RSC 1985. 629, obs. Pettiti; JDI 1986. 1082, obs. Rolland et Tavernier ; 9 oct. 1979, Airey, § 32: Série A n° 32; Cah. dr. eur. 1980. 470, obs. Cohen-Jonathan; Ann. fr. dr. int. 1980. 323, obs. Pelloux; JDI 1982. 187, obs. Rolland ; 24 févr. 1998, Botta c/ Italie, § 34: RTDH 1999. 595, obs. Maurer

« *droits-créances* ». Ce sont ainsi les droits sociaux tels que le droit au travail, à une couverture sociale.

3 La troisième génération des droits de l'Homme

Une troisième génération de droits dits « *droits solidarité* » tiendrait à une solidarité nationale s'articulant autour des principes fondamentaux d'égalité ou de non discrimination tels que le droit de l'environnement.

Nous ne développerons pas l'hypothèse d'une quatrième génération des droits globaux que tous les acteurs de la société auraient intérêt à mettre en œuvre. Le développement de ces divers droits semblant pour certains auteurs relever de la philosophie et des mécanismes de « *rationalisation diffuse* » évoqués par Weber. « *On en arrive même aujourd'hui, parfois à la grande stupéfaction des juristes eux-mêmes, à proposer la reconnaissance de droits dont l'application ne peut guère être confirmée judiciairement dans l'état actuel comme le « droit au logement », voire de droits dits de troisième génération comme le « droit à la paix » ou même le « droit au droit » ou, mieux encore, le «droit à l'erreur». »*²⁵⁰

Selon certains auteurs, la Cour, afin d'assurer la consécration de droits « *concrets et effectifs et non pas théoriques et illusoire* », a progressivement défini une triple obligation étatique²⁵¹ qui aurait remplacé la théorie des trois générations des droits de l'Homme²⁵². Ainsi, les états devraient s'abstenir eux-mêmes de porter atteinte aux droits. Ils devraient assurer leur protection en permettant aux personnes, notamment par la voie pénale, de bénéficier du respect de ce droit dans les rapports avec les particuliers²⁵³. Ils devraient permettre leur mise en œuvre ou leur réalisation. Le terme utilisé, « *to fullfill* » signifie « *assurer la jouissance du droit en question de la façon la plus large possible, notamment par des investissements financiers et des prestations matérielles* ».

Sous section 2 Les principes fondamentaux

Bien que chaque système juridique connaisse ses propres fondamentaux, la plupart des systèmes démocratiques ont un certain nombre de principes en commun.

D'après Monsieur Barak²⁵⁴, ces principes fondamentaux appartiennent à trois catégories et peuvent se recouper. Ce sont les valeurs d'ordre éthique que sont la justice, la morale et les

²⁵⁰ BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, p. 889

²⁵¹ Affaire *Airey* du 9 octobre 1979 « (...) nulle cloison étanche ne sépare donc la sphère des droits économiques et sociaux du domaine de la Convention, alors que la lettre de celle-ci n'énonce pour l'essentiel que des droits civils et politiques. »

²⁵² Le terme de triade est utilisé notamment par Dumont et Hachez, DUMONT H., HACHEZ I., « Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme : dans quelles limites ? », pp. 45-73 in CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., Van de KERCHOVE M., Van DROOGHENBROECK S., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Publications des facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, 634 p.

²⁵³ Affaire *X et Y c. Pays-Bas*, abus sexuels sur la personne d'une déficiente mentale

²⁵⁴ BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2006/2, n° 66, p. 267

droits de l'Homme. Sont concernés des objectifs sociaux tels que l'existence de l'État et la pérennité de la sécurité publique, la stabilité dans les relations interpersonnelles, et les comportements dits adéquats tels que l'équité et la bonne foi. Les différences entre ces trois catégories sont quelque peu floues, et parfois se chevauchent.

§ 1 Une dimension multiple

La notion de droits de l'Homme a des dimensions multiples, philosophiques, religieuses, et juridiques. Il s'agit d'un concept selon lequel tout être humain possède des droits universels, inaliénables, quel que soit le droit positif en vigueur ou les autres facteurs locaux tels que l'ethnie, la nationalité, l'orientation sexuelle ou la religion.²⁵⁵

Nous avons déjà évoqué les textes fondateurs des droits de l'Homme en ce qu'ils évoquaient le secret.

Afin de permettre une compréhension des difficultés liées à la notion de transmission de données personnelles de santé, nous allons être amenés à développer successivement plusieurs fois les droits de l'Homme. Dans cette partie de notre travail nous évoquerons la dignité.

Plus après nous évoquerons les droits de la défense.

Même s'il n'existe pas de définition officielle de la dignité, de nombreux textes modernes évoquent cette notion et ont contribué à son émergence. C'est le cas de la Charte des Nations Unies de 1945, du Préambule de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de l'O.N.U. du 10 décembre 1948, de la Charte européenne des droits de l'Homme du 4 novembre 1950 qui se réfère à la Déclaration universelle des droits de l'Homme et à ses valeurs, du premier considérant du Préambule du Pacte international des droits civils et politiques du 16 décembre 1966, de l'article 1^{er} de la Convention européenne de biomédecine du 4 avril 1997, de la Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme de l'Unesco du 16 novembre 1997²⁵⁶ et de la Charte des droits fondamentaux adoptée par l'union européenne à Nice le 18 décembre 2000.²⁵⁷

Par contre, il n'y a pas de référence aux droits de l'Homme dans le traité de Rome de 1957 qui contient des notions purement économiques, ce qui semble démontrer une volonté initiale de limiter le champ du droit européen ainsi que l'évolution de sa prédominance par un refus de conférer au droit européen de nouvelles compétences.

§ 2 La dignité de la personne humaine

La principale difficulté de l'analyse de la notion de dignité humaine est peut-être qu'elle est utilisée largement par de nombreux intervenants, parfois même de façon abusive. Toute relation au sien de la société étant liée à l'Homme, certains semblent estimer que tout relève de la dignité humaine.

²⁵⁵ Wikipédia

²⁵⁶ Notamment son article 24 qui souligne le danger de pratiques contraires à la dignité humaine

²⁵⁷ CALLU M.-F., « La dignité de la personne humaine », pp. 29-43 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, p. 33

1 Les textes fondamentaux

Des textes internationaux, de nature supranationale ou constitutionnelle, ont proclamé la nécessité de respect de la dignité de la personne humaine et ont formalisé le principe du droit et du devoir d'information²⁵⁸ associé au principe du consentement, tout en liant ces concepts à la dignité humaine. Ce droit à l'information est considéré par le président Sargos comme relevant « *du respect le plus élémentaire de la dignité de la personne humaine* ». ²⁵⁹

2 Droit objectif ou droit subjectif

De nombreux travaux portent sur la nature juridique de cette dignité humaine. S'agit-il d'un droit objectif ou d'un droit subjectif ?

2-1 La notion de droit objectif

Le droit objectif régit les rapports entre les hommes. On peut le définir comme « *l'ensemble des règles régissant les relations des personnes vivant en société, et sanctionnées par une contrainte émanant de l'autorité publique.* »

D'autres auteurs estiment que « *la dignité est une, elle renvoie à l'humanité de l'Homme dans son ensemble* ». La personne ne peut disposer de sa dignité et elle ne peut y renoncer même partiellement.

Il ne semble pas y avoir de doute sur le fait que la dignité de la personne humaine, en tant que principe juridique, relève du droit objectif.²⁶⁰

2-2 La notion de droit subjectif

La question fréquemment posée est de savoir si la dignité humaine ne présente pas la particularité d'être aussi un droit subjectif. « *Un droit subjectif est un pouvoir reconnu par le droit objectif et qui permet à une personne d'imposer, d'exiger ou d'interdire. L'importance accordée à la volonté individuelle caractérise le droit subjectif.* »²⁶¹

Certains auteurs l'intègrent dans la catégorie des droits de la personnalité. C'est le cas du Doyen Carbonnier²⁶² pour qui le droit à la dignité peut être qualifié de « *droit de la personnalité par excellence* » avec le droit à l'image et le droit à l'honneur.

Il existe plusieurs classifications traditionnelles des droits subjectifs, le régime de ces droits restant d'une très grande diversité.²⁶³ Celle la plus fréquemment employée distingue selon qu'ils sont évaluables en argent ou non.

²⁵⁸ Voir sur l'intrication entre principe du devoir d'information et consentement LEGOUX A., « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », Gazette du Palais, 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a.

²⁵⁹ D. 2001, jur. n° 43, p. 3472

²⁶⁰ BRUNEAU L., *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse, soutenue le 2 septembre 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 80

²⁶¹ BRUNEAU L., *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse, soutenue le 2 septembre 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 80

²⁶² J. Carbonnier, *op. cit.*, n°82, p. 148

Les droits subjectifs qui représentent un élément de richesse pour leur titulaire sont qualifiés de droits patrimoniaux. Ils constituent des biens et sont, de ce fait, transmissibles et saisissables.

Les droits qui ne peuvent faire l'objet d'une évaluation pécuniaire²⁶⁴ restent en dehors du patrimoine de la personne.²⁶⁵ « Ils sont intransmissibles, insaisissables et imprescriptibles. Ce sont les droits extrapatrimoniaux dans lesquels on identifie les droits familiaux, qui sont les droits qui dérivent de la situation de l'individu au sein de la famille, des droits de la personnalité, qui sont inhérents à la seule qualité de personne humaine. Or, dans cette dernière catégorie, figurent, sans conteste, les droits fondamentaux de la personne humaine. (...) Les droits fondamentaux de la personne humaine, tels qu'ils sont énoncés par la Constitution, par les traités internationaux ou par la loi, sont donc des droits subjectifs dotés d'un statut particulier, celui des droits extrapatrimoniaux. »²⁶⁶

On constate donc que le droit à la dignité humaine est à la fois un principe objectif, protégé par le droit positif, et un droit subjectif extra patrimonial.

La protection de ce droit repose sur la nécessité d'encadrement des pratiques par la limitation de la possibilité de partage du secret professionnel et l'obligation de respect du consentement qui correspond à la possibilité de sa maîtrise par l'assuré social concerné.

Section 2 Le partage du secret professionnel

Les fondements sociologiques et idéologiques du secret sont l'intérêt du malade auquel il appartient mais aussi les obligations qui pèsent sur le médecin dépositaire du secret.²⁶⁷

Le secret peut être pris comme l'expression aboutie d'une éthique professionnelle, la reconnaissance d'un droit au secret professionnel pour les professions médicales ayant toujours été « un élément majeur concourant à l'établissement d'une relation de confiance entre le médecin et le malade et à la protection du malade ».²⁶⁸

Il est classique de rappeler la phrase de Louis Portes qui liait pour le présent et l'avenir les notions de confiance et de secret. « Il n'y a pas de médecin sans confiance, de confiance sans confiance et de confidences sans secret. »²⁶⁹

Cette analyse juridique appelle une impression persistante de rigidité dans l'analyse de l'obligation déontologique de respect du secret faite par l'ordre des médecins.

²⁶³ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} éd., 2000, p. 421 « Ces droits extrapatrimoniaux recouvrent le domaine de l'être, droit à la vie, droit sur le corps ; le domaine de l'avoir, droit au nom, à l'honneur, droit à la dignité, droit à la présomption d'innocence, droit au respect de la vie privée. »

²⁶⁴ Il existe néanmoins, en sus d'éventuelles condamnations pénales, une possibilité de réparation financière du préjudice subi pour une violation de droits extrapatrimoniaux sans valeur pécuniaire par eux-mêmes. STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} éd., 2000, p. 421

²⁶⁵ Par exemple le droit moral de l'auteur sur son œuvre

²⁶⁶ BRUNEAU L., *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse, soutenue le 2 septembre 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, p. 81 et s.

²⁶⁷ FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII, p. 28

²⁶⁸ www-sante.ujf-grenoble.fr/SANTE/medilega/pages/secretb.html

²⁶⁹ PORTES L., *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson P.U.F., 1964, p. 131

Or, même s'il faut reconnaître une certaine stabilité de la jurisprudence criminelle sur l'obligation au secret, on doit noter la mise en œuvre de théories permettant un partage du secret.

Sous section 1 Les fondements du secret professionnel et de la transmission de données

Le patient dispose de ses informations. Le secret ne lui est pas opposable tant en ce qui concerne la communication comme la non communication. La loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé permet l'accès direct pour les assurés sociaux qui le demandent aux documents médicaux détenus par le service du contrôle médical. Cet accès est direct et l'intermédiaire de leur médecin n'est plus obligatoire.

Il relève de la responsabilité du praticien conseil, en tant que professionnel de santé d'intervenir dans la protection du secret en accompagnant la transmission des données personnelles de santé au sein de l'assurance maladie.

§ 1 L'évolution du fondement du secret médical

L'étude de la chronologie de l'élaboration juridique de la théorie du secret médical peut être utile à la compréhension de mécanismes qui amènent de nombreux professionnels de santé à admettre une notion très restrictive du secret. Elle est passée par trois étapes principales.²⁷⁰

1 La théorie contractuelle

Le fondement du secret a d'abord été recherché dans la théorie contractuelle. La loi évoquant les personnes dépositaires des secrets qu'on leur a confiés, une partie de la doctrine, au début du XIX^{ème} siècle, estimait que l'article 378 du code pénal était soutenu par la conception d'un «*secret conventionnel*»²⁷¹ fondé sur la volonté du confident de remettre le secret entre les mains du professionnel.

Cette théorie a été abandonnée notamment car l'existence d'un contrat médical n'est pas toujours indispensable à la notion de secret. Ceci est particulièrement caractéristique pour le sujet particulier qui nous concerne, le secret professionnel au sein du service médical de l'assurance maladie.²⁷²

En effet, dans les conditions actuelles de la législation, il n'existe pas de contrat liant l'assuré social et les organismes de protection sociale. Toute activité professionnelle déclarée entraîne automatiquement une obligation d'affiliation qui peut s'associer à un contrôle en cas de demande de prestation. Ainsi dans le même sens, il n'existe aucun lien contractuel entre l'assuré social et le praticien conseil chargé de mettre en œuvre l'éventuel contrôle de prestations.

²⁷⁰ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 56

²⁷¹ ZORN-MACREZ C., *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Collection « Santé, qualité de vie et handicap », PUN, 2010, p.25

²⁷² Voir les travaux de Marion Girer déjà évoqués ci-dessus

2 Secret médical et ordre public

La deuxième étape correspondait à une vision liant secret médical et ordre public à la fin du XIX^{ème} siècle et au XX^{ème} siècle. « *Il importe à tous les citoyens, au bien commun, que l'on puisse avoir confiance en la discrétion des personnes de missions particulièrement importantes dans l'ordre moral, sanitaire (...)* »²⁷³

Bien que liée à une théorie du secret « *général et absolu fondée sur l'ordre public* »²⁷⁴, elle s'associait à un courant portant alors sur la relativisation de ce secret comme pour la chambre civile de la cour de cassation.²⁷⁵

3 Secret et intérêts sociaux

La troisième étape a développé plus récemment le lien entre secret et intérêts sociaux. Le médecin se voit confronté à des intérêts sociaux qui lui sont étrangers. « *L'intérêt social, qui exige le secret en général, demande dans certains cas la révélation. L'évolution de la justice, les nouvelles conditions de l'exercice des professions conduisent au partage de certains secrets. Enfin, certains droits individuels sont si forts, droit à l'honneur, les droits de la défense, sinon le droit à la preuve, qu'il paraît justifié d'assouplir, en leur faveur, le secret professionnel.* »²⁷⁶

La doctrine et la jurisprudence se sont accordées pour reconnaître que le code pénal avait un but sociétal et visait surtout à permettre un bon fonctionnement des professions de santé indispensables à la société.²⁷⁷

« *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un médecin, le plaideur un défendeur, (...), mais ni le médecin, ni l'avocat, (...) ne pourraient accomplir leur mission si les confidences nécessaires qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable.* »²⁷⁸

Dans l'état actuel de la législation et des pratiques, le secret est intimement lié à l'intérêt social, intérêt pour l'individu lui-même qui est protégé par la société et intérêt de la société qui doit assurer sa propre pérennité.

§ 2 Secret par statut ou par fonction

Certains auteurs estiment que les secrets ne présente pas de particularité, qu'ils sont superposables, voire qu'ils sont « *fongibles* »²⁷⁹. « *Or la Loi ne connaît pas plusieurs espèce*

²⁷³ LEGEAIS R., Juriscl. Dalloz, droit pénal : violation du secret médical, 2, 1972, n° 15

²⁷⁴ ZORN-MACREZ C., *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Collection « Santé, qualité de vie et handicap », PUN, 2010, p.25

²⁷⁵ Cass. Soc. 27/04/67, J.C.P. 68, II, 15411, Note Savatier R. ; C.E. 11/02/72 Crochette, J.C.P. 1973, II, 17363 note Savatier R.

²⁷⁶ LEGEAIS R., Juriscl. Dalloz, droit pénal : violation du secret médical, 2, 1972, n° 17 selon Legeais, la chambre criminelle de la Cour de cassation en permettant à un médecin de passer outre au secret professionnel, pour se défendre en justice, a peut être commencé d'assouplir cette conception absolue

²⁷⁷ GARCON E., *code pénal annoté*, 2^{ème} éd. revue par ROUSSELET M. H., PATIN et ANCEL, T. 2, article 378, n° 99

²⁷⁸ BETOULIERES J. M., *L'évolution de la notion du secret médical au secret professionnel du corps médical*, Université Montpellier 1, mai 1997, p. 14 ; contra 1763, Jean VERDIER J., *Essai sur la jurisprudence de la médecine en France. L'auteur précise que « le médecin n'est que le dépositaire du secret et que nul ne peut l'en délier. »*

de secret professionnel (...) appliquer des règles différentes aux confidents concernés par cette disposition pénale, ce serait modifier le texte légal et se substituer au législateur. »²⁸⁰.

Afin de permettre une analyse des ressemblances ou des différences constitutives de ces secrets, il est important d'essayer de tenter une classification des situations aboutissant à une nécessaire application du secret professionnel, le code pénal établissant notamment une distinction entre secret par état et par fonction.²⁸¹

En premier, il est important de distinguer deux interprétations si l'on envisage le secret comme différent selon la profession ou si l'on envisage, dans la suite du code pénal, qu'il n'existe aucune distinction possible.²⁸²

Si l'on développe une analyse liée à la profession, on doit signaler que les professionnels tenus au secret peuvent l'être par état, par mission ou par fonction.

1 Les professionnels qui sont tenus au secret par état

La définition du mot « état » est complexe puisque étant d'origine latine²⁸³ il évoque la condition sociale, la profession. Il semble logique de considérer que le caractère important de sa définition correspond à la profondeur de l'engagement et à sa durée, cette qualité demeurant même après cessation de leur activité. C'est ainsi que l'on évoque les professionnels de santé, notamment médecins.²⁸⁴

Ces deux types de professions statut sont fréquemment rapprochés lorsqu'il s'agit de définir l'origine de leur engagement au secret et d'en comparer la portée.

Le secret professionnel peut, conformément aux conditions du texte de l'article, s'appliquer du fait de la profession. Il est alors soumis à des textes spécifiques qui prévoient l'obligation au secret, l'article 34 de la constitution réservant à loi le soin de déterminer les crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables.

Pour plus de clarté et afin de s'approcher le plus possible de notre travail portant sur les possibilités de transmission de données au sein des organismes de protection sociale, nous étudierons tout d'abord les éléments constitutifs du secret pour les professions qui ne concernent pas directement ces organismes.

²⁷⁹ C'est à dire qu'ils peuvent être remplacés par des équivalents de même nature. Ce terme semble mal approprié puisqu'il concerne des choses et que le secret n'est pas une chose, mais le terme est parfois utilisé en pratique

²⁸⁰ LAMBERT A. M., *Certificats médicaux et secret professionnel*, Thèse droit Lyon, 1961, éd. impr. Allier, Grenoble 1963, p. 13

²⁸¹ L'article 226-13 évoque les professionnels par état ou par profession, par mission ou fonction même temporaire

²⁸² LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et e toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, pp. 39-41

²⁸³ Status, de stare ; être debout

²⁸⁴ Prêtres, pasteurs, rabbins

1-1 Les professions de santé

L'article L. 4113-2 IV du code de la santé publique détermine la nature des informations communicables au recueil des actes administratifs.

Les articles suivants précisent, pour chacune des professions, l'obligation au secret des professionnels dont l'exercice est réglementé par le code de la santé publique. Une obligation leur est faite de faire enregistrer auprès des services de l'Etat leur diplôme ou leur autorisation d'exercer et de communiquer aux Ordres professionnels les contrats les liant avec d'autres partenaires:

- Médecins, chirurgiens-dentistes et sages-femmes²⁸⁵ ;
- Pharmaciens²⁸⁶ ;
- Infirmiers et élèves des écoles infirmières²⁸⁷ ;
- Masseurs-kinésithérapeutes, pédicures podologues²⁸⁸ ;
- Orthophonistes, aides orthophonistes et orthoptistes²⁸⁹ ;
- Opticiens lunetiers²⁹⁰ ;
- Audioprothésistes²⁹¹ ;
- Prestataire de services et distributeur de matériels²⁹² ;
- Ergothérapeutes, psychomotriciens²⁹³ ;
- Manipulateurs d'électroradiologie médicale²⁹⁴.

Ce sont des professions de santé réglementées, la notion de secret n'impliquant pas nécessairement une relation de soins. La possibilité de connaissance d'un diagnostic est à lui seul un constituant déterminant du secret.

Le secret n'est pas non plus lié à un libre choix du professionnel de santé notamment dans les cas d'urgence et de soins en milieu hospitalier.²⁹⁵

Du fait de l'évolution des législations sur l'obligation de constitution de dossiers et du développement des outils informatiques, il n'y a pas d'obligation de confiance réelle, de proximité du patient. La chambre criminelle estime que « *le secret couvre tous les faits constatés, découverts ou déduits personnellement à l'occasion ou en raison de l'Etat, de la profession ou de la fonction de leurs dépositaires sans confiance des intéressés et, quelle que soit la façon dont ces faits sont parvenus à leur connaissance.* »

²⁸⁵ Art. L. 4113-1 du code de la santé publique, art. 5 du décret du 22/07/67 portant code de déontologie dentaire

²⁸⁶ Art. L. 4221-16 du code de la santé publique

²⁸⁷ Art. L. 4311-15 du code de la santé publique

²⁸⁸ Art. L. 4321-10 du code de la santé publique

²⁸⁹ Décret 65-240 du 25 mars 1965

²⁹⁰ Art. L. 4362-1 du code de la santé publique

²⁹¹ Art. L. 4361-2 du code de la santé publique

²⁹² Art. D. 5232-8 du code de la santé publique

²⁹³ Art. L. 4333-1 du code de la santé publique

²⁹⁴ Art. L. 4352-1 du code de la santé publique

²⁹⁵ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 60

1-2 Certaines autres professions

Certaines professions ont fait l'objet très précocement d'une jurisprudence comme les directeurs d'hôpitaux.²⁹⁶ Ces professions ne peuvent pas être destinataires d'une transmission de données médicales, la loi définissant notamment le droit à l'anonymat des personnes hospitalisées. Elles pourraient être amenées en théorie depuis la mise en place de la facturation des actes et séjours hospitaliers par la Tarification à l'activité (T.A.A.) à accéder à des données personnelles de santé. La gestion de des données est placée sous la responsabilité de médecins délégué en information médicale (D.I.M.) et de leurs subordonnés techniciens en information médicale (T.I.M.) qui sont chargés de veiller au maintien de l'anonymat.

Il y a eu longtemps débat sur l'obligation au secret des personnels administratifs, des secrétaires.²⁹⁷ Les seuls textes existant concernaient l'obligation pour les employeurs assujettis au secret en tant que professionnel de santé ou dans le cadre d'une structure de soins de faire respecter ce secret.²⁹⁸

La doctrine a longtemps affirmé que les secrétaires en milieu hospitalier ou en milieu libéral n'étaient pas soumises aux conditions du code pénal.²⁹⁹

La rédaction actuelle de l'article 226-13 du nouveau code pénal ne permet plus de doute car l'obligation au respect du secret concerne «*toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession ou par fonctions temporaires ou permanentes, des secrets qu'on leur confie* ». Le personnel administratif, quelle que soit sa fonction, est lié par cette obligation.

L'obligation au respect du secret du fait de la profession fait aussi référence à la profession d'assistant social et d'élève assistant social.³⁰⁰ Ces professions sont, par ailleurs,

²⁹⁶ Crim. 16 mars 1893, S, 1893, I, 280 ; Crim. 14/03/1895, S, 1895, I, 375

²⁹⁷ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 63

²⁹⁸ Art. R. 4127-72 du code de la santé publique « *Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle.* » et art. R. 4127-73 du code de la santé publique « *Le médecin doit protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, quels que soient le contenu et le support de ces documents. Il en va de même des informations médicales dont il peut être le détenteur. Le médecin doit faire en sorte, lorsqu'il utilise son expérience ou ses documents à des fins de publication scientifique ou d'enseignement, que l'identification des personnes ne soit pas possible. A défaut, leur accord doit être obtenu.* »

²⁹⁹ THOUVENIN D., Ibid. p.163, « *Le personnel ne reçoit pas, à proprement parlé, de confiance de la part des malades ; s'il accède à des informations complètes ou parcellaires, ce n'est qu'indirectement (...). Ces personnes (...) ne sont pas astreintes à l'obligation de silence.* ». Dans le même sens voir L'EPEE P., LAZARINI H. DOIGNON J., *Le secret professionnel en médecine du travail*, Masson 1981, pp. 7 et 8, « *Une secrétaire, même médicale d'un praticien de clientèle, n'est pas concernée par l'article 378 du code pénal, car elle n'est pas une confidente nécessaire. Elle reste en dehors du colloque singulier du malade et du médecin. Si le généraliste ou le spécialiste de clientèle, fait appel à une secrétaire, c'est pour des raisons de commodités personnelles afin de faciliter son travail.* »

³⁰⁰ Articles 222 et 223 du code de la famille et de l'aide sociale

soumise à un texte relevant du code de la famille et de l'aide sociale³⁰¹ ainsi qu'à un code de déontologie.³⁰²

Le problème régulièrement soulevé par ces professionnels est la justification de communication entre professionnels de santé et intervenants des services sociaux.

Il persiste d'autres situations dans lesquelles la question de communication est posée. Il s'agit alors de l'association entre respect du secret et obligation de protéger.

L'affaire de l'association Montjoie démontre que, même si « *la victime avait été mise à l'abri d'un risque de renouvellement de l'agression* » et que les protagonistes de l'affaire pouvaient donc « *différer la révélation des faits à l'autorité légitime et s'accorder un délai pour prévenir les parents de la victime et préparer l'agresseur à une éventuelle incarcération* »³⁰³.

Ces précautions ne suffisaient pas, le secret professionnel n'étant pas opposable à l'autorité judiciaire. Les personnes liées par le secret professionnel ont l'obligation de dénoncer en cas de mauvais traitements ou sévices sur mineurs, « *surtout lorsqu'elles détiennent leur compétence de l'autorité judiciaire, comme cela était le cas pour le service de l'association. (...) le juge des enfants devait naturellement être immédiatement informé de la suspicion de viol (...)* ». ³⁰⁴

2 Les professionnels qui sont tenus au secret par mission ou fonction

Le secret professionnel peut être lié à une mission ou une fonction. C'est le cas des membres de la Commission nationale informatique et liberté, de la Commission d'accès aux documents administratifs, des aides médicales, des secrétaires des Commissions d'action sociale, des membres des commissions d'admission à l'aide sociale et d'autres catégories comme les instituteurs et enseignants. On doit citer aussi les psychologues et éducateurs en raison de la mission à laquelle ils participent comme les services de Protection maternelle et infantile, de l'Aide sociale à l'enfance, les assistantes maternelles agréées et également tous autres professionnels qui détiennent des secrets qui leurs sont confiés par des particuliers.

Il est alors possible de constater, sans aller encore plus loin dans cette analyse des professions soumises au secret comme les avocats, les huissiers, les notaires, les professions chargées du maintien de l'ordre, qu'il existe une extension certaine du nombre et du type de professions relevant du secret.

On peut dire que de multiples lois entraînent une extension du champ du secret et de la communication³⁰⁵.

³⁰¹ Art. 225 du code de la famille et de l'aide sociale et ancien art. L. 411-3 « *Les assistants de service social et les étudiants des écoles se préparant à l'exercice de cette profession sont tenus au secret professionnel dans les conditions et sous les réserves énoncées aux articles 226-13 et 226-14 du code Pénal.* »

³⁰² code de l'ANAS (Association Nationale des Assistants Sociaux), 15, rue de Bruxelles 75009 Paris, site Internet : <http://anas.travail-social.com> et code de déontologie des Assistants de Service Social, Circulaire ministérielle citée par B. BOUQUET, (2003)

³⁰³ Attendus de la décision de relaxe prise par le tribunal correctionnel du Mans, en octobre 1993, décision infirmée en appel

³⁰⁴ Le journal de l'Action sociale – juin/juillet 1998.

³⁰⁵ Nous utilisons le terme de communication car c'est dans le cadre de la définition d'une transmission d'information que le rappel à la loi, article 226-13 du code pénal, est retrouvé

3 L'extension du champ de la communication

Même s'il n'est pas possible de relier la fonction de praticien conseil travaillant au sein de l'assurance maladie avec la totalité des autres professionnels soumis au secret. Il est en revanche intéressant de constater l'extension de l'ensemble de ces professions concernées.

En soutien à cette analyse, on peut signaler que pour l'ensemble des codes disponibles sur le site internet gouvernemental Legifrance, l'article 226-13 apparaît à ce jour 113 fois dans différentes lois, 16 fois dans des ordonnances, 57 fois dans des décrets et 33 fois dans des arrêtés pour pratiquement.

Sont ainsi tenus au secret professionnel, les membres et agents de la Commission nationale informatique et liberté³⁰⁶, les fonctionnaires et agents chargés de la collecte ou de la conservation d'archives³⁰⁷, les agents exerçant le contrôle des matières nucléaires³⁰⁸, les membres et agents de la commission de sécurité des consommateurs³⁰⁹, les membres et agents de la commission de contrôle des assurances.³¹⁰

C'est aussi le cas des personnes appelées à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile³¹¹, les membres de la commission d'examen des situations de surendettement des particuliers ainsi que toute personne participant à ses travaux ou appelée à règlement amiable³¹², les membres et agents de la commission nationale de lutte contre dopage pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions³¹³, les agents du service d'accueil institué par la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance³¹⁴, les membres de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés.³¹⁵

Cette même extension du champ de l'utilisation de la sanction de violation du secret professionnel se retrouve pour l'article 226-14 du code pénal³¹⁶ qui définit des dérogations à l'article 226-13³¹⁷.

³⁰⁶ Loi n° 78-17 du 6 Janv. 1978, art. 12, *D.* 1978, *Lég. P.* 77

³⁰⁷ Loi n°79-18 du 3 janv. 1979, art. 2, *D.* 1979, *Lég. p.* 62

³⁰⁸ Loi n° 80-572 du 25 juill. 1980, art. 5, *D.* 1980, *Lég. p.* 318

³⁰⁹ Loi n° 83-660 du 21 juill. 1983, art. 18, *D.* 1983, *Lég. p.* 389

³¹⁰ C. assur., art. L. 310-21, créé par la L. n° 89-1014 du 31 déc. 1989

³¹¹ Art. L. 188 CSP, L. n° 89-899 du 18 déc. 1989, *D.* 1990, *Lég. p.* 5

³¹² Loi n° 89-1010 du 31 déc. 1989, art.7, *D.* 1990, *Lég. p.* 61

³¹³ Loi n° 89-432 du 28 juin 1989, *D.* 1989, *Lég. p.* 217

³¹⁴ Loi n° 89-487 du 10 juill. 1989 *D.* 1989, *Lég. p.* 250

³¹⁵ Loi n° 91-3 du 3 janv. 1991, *D.* 1991, *Lég. p.* 95

³¹⁶ Art. 226-14 du code pénal modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, art. 34, *J.O.R.F.* 7 mars 2007
« L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, 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. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;

Une même analyse des occurrences disponibles dans les différents codes français montre ainsi que l'article 226-14 est cité à de nombreuses reprises. Il apparaît 38 fois dans différentes lois, 10 fois dans des ordonnances, 12 fois dans des décrets et 25 fois dans des arrêtés.

§ 3 Le secret partagé

Le législateur, craignant probablement une fragilisation du secret professionnel, et donc du dispositif de protection de la vie privée des citoyens, a toujours refusé de consacrer la notion de secret partagé en estimant qu'elle présentait aujourd'hui un caractère encore trop imprécis pour faire l'objet d'une définition législative. Or le partage de l'information s'impose parfois comme condition nécessaire à la prise en charge du patient.³¹⁸

Cette obligation correspond à un besoin « *de circonstance* », le professionnel de santé étant un « *confident nécessaire* ». Même si le Parlement a refusé de consacrer cette notion de secret partagé l'estimant encore trop imprécise pour faire l'objet d'une définition législative, ce refus n'avait nullement pour résultat de remettre en cause les pratiques qui, dans le silence des textes actuels, conservent toute leur valeur.³¹⁹

Le secret professionnel peut être aménagé sur la base du « *secret partagé* »³²⁰ qui, bien que n'ayant aucune définition légale ou réglementaire, est nécessaire afin d'assurer la continuité des soins et d'améliorer leur qualité dans l'intérêt des patients³²¹. Tout échange d'informations médicales entre soignants devrait nécessiter le consentement « *éclairé, explicite et exprès* » du patient. Ces échanges d'informations doivent se limiter aux données « *nécessaires, pertinentes et non excessives* », en rapport direct avec le domaine d'intervention de chaque professionnel de santé, chacun d'entre eux étant tenu au respect strict du secret professionnel.

« L'évolution scientifique, technologique, sociologique, économique, les impératifs sanitaires et épidémiologiques donnent une dimension nouvelle au secret partagé. Il devient un instrument du progrès médical et/ou de régulation économique. Cette tendance ne peut que s'accroître du fait des changements dans l'exercice professionnel, dont deux des traits essentiels sont le développement d'une médecine à caractère pluridisciplinaire aussi bien en

^{3°} Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police 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 une.

Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire. »

³¹⁷ Art. 226-14 du code pénal modifié par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 – art. 34 J.O.R.F. 7 mars 2007

³¹⁸ Ethique et travail social, une recherche du sens, Paris, DUNOD 2 BONJOUR P. et CORVAZIER F. (2003) Repères déontologiques pour les acteurs sociaux, Toulouse, ERES, « *Art 18 : La situation de l'utilisateur impose souvent la nécessité soit d'une concertation interdisciplinaire, soit de faire appel à un dispositif partenarial mettant en présence des acteurs sociaux diversifiés.* »

³¹⁹ PAGÈS J., *Le secret professionnel, Eléments de réflexion*, Les rendez-vous de l'ANDESI, 17 septembre 2003

³²⁰ Il est à souligner l'extension notable de la notion de secret partagé qui est évoqué par certains auteurs pour les professionnels du droit entre notaire et avocat. Voir sur ce point PARGADE D., Débats : Le secret professionnel opposé aux notaires, PA200502407, Petites affiches, 03 février 2005 n° 24, P. 39. Cette notion de partage pose une question sémantique : Pour le médecin, la notion de partage correspond à une mise en commun (Le Robert de poche, Dictionnaire le Robert., 1995, 903 p. Pour le juriste, il ne s'agit pas de « détenir en commun » mais au contraire de faire cesser une détention indivise, laquelle impose une « indisponibilité du tout par un seul. » Le secret devient donc une notion collective.

³²¹ Dans le cadre de l'article R 4127-50 du code de la santé publique relatif au secret partagé entre médecin traitant et médecin conseil

*milieu hospitalier qu'en milieu libéral, notamment avec la création de réseaux et de filières, et l'apparition de la télémédecine (télédiagnostic, téléassistance). A ces caractéristiques de la médecine moderne s'ajoutent de nouveaux modes et moyens de communication. »*³²²

On exclut de ce point, dans un premier temps, la transgression de la norme pénale que l'auteur d'un acte a accompli suite à une autre disposition légale ou sur ordre d'une autorité légitime, «*acte ordinairement punissable qui devient conforme au droit parce que son auteur a, en l'accomplissant, servi un intérêt préférable à celui que protège la loi qu'il a transgressée.*»³²³ Cette communication ne devrait pouvoir se faire que si le malade, dûment informé, ne s'y oppose pas.³²⁴

Dans la pratique, et quand l'acte médical le justifie, se pose la question d'un accord tacite à la transmission entre professionnels de santé des données, le secret partagé étant admis comme bénéfique. «*La bonne confraternité (...) ne fait pas qu'éviter de regrettables conflits ; elle sert la qualité de la médecine. Beaucoup d'erreurs dans la thérapeutique (ou le diagnostic) ont été commises par ce que le patient consultait plusieurs médecins à l'insu de l'un ou de l'autre.*»³²⁵

C'est bien évidemment le cas lorsque l'acte médical prime comme dans les situations d'urgence vitale. Cela peut être aussi le cas ou, au cours d'une hospitalisation, il y a répétition de consultations avec multiples intervenants pour des motifs différents. La loi organise l'échange d'informations entre services hospitaliers et médecin traitant.

Sur un plan pratique, il semble difficile dans la situation actuelle d'envisager une information amenant la signature pour autorisation de soins de la part du patient pour tout acte de soins.³²⁶

On devrait pouvoir admettre que l'accord pour hospitalisation donné par l'assuré ou la désignation du médecin traitant vaut reconnaissance du secret partagé et, par conséquent, signifie la volonté du malade de voir s'établir un échange d'information.³²⁷ C'est d'ailleurs cette notion qui est retenue par le législateur lorsqu'il veut justifier la mise en œuvre d'un partage du secret³²⁸.

La notion de secret partagé apparaît alors dès qu'il existe plusieurs soignants.

«*Il en est ainsi du secret médical de source contractuelle toutes les fois que le malade, maître de ce secret, exprime implicitement ou explicitement, par son contrat médical, sa volonté libre d'y comprendre d'autres personnes que le médecin traitant. Le sont d'abord les membres de sa famille, ce sont également les autres médecins appelés occasionnellement à lui donner des soins, ou à succéder au médecin traitant qui se retire. Ce sont également les tiers dans l'intérêt desquels le patient a consenti à se faire examiner, afin de les informer sur tel ou tel point de santé.*»³²⁹

³²² MARCELLI A., *Le secret partagé*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de mai 1998, 5 p

³²³ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis Droit », 6ème éd., 2005, p.25

³²⁴ LOIRET Note 5 p. 151 citant PORTES L., pp. 151-152

³²⁵ VILLEY R., *Confraternité*, bulletin de l'Ordre des médecins, avril 1987 p. 1

³²⁶ Loi hospitalière du 31/12/70 et son décret d'application du 7/03/74

³²⁷ LOIRET. Ibid. note 11 p. 152

³²⁸ Proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, Texte adopté n° 665, Assemblée nationale, constitution du 4 octobre 1958, Treizième législature, Session ordinaire de 2010-2011, 24 mai 2011, p. 6, Article 2 «*Les informations concernant une personne prise en charge par un professionnel de santé au sein d'une maison ou d'un centre de santé sont réputées confiées par la personne aux autres professionnels de santé de la structure qui la prennent en charge(...).*»

³²⁹ SAVATIER R., Ibid. p. 279

Cette notion d'accord partagé doit faire relever l'extension majeure des personnes pouvant alors bénéficier de la communication : famille, soignants, personnels scientifiques non médicaux comme les biostatisticiens et les biophysiciens pour la préparation des soins de radiothérapie, correspondants d'information médicale D.I.M. et T.I.M. et même des personnels administratifs chargés de la gestion des entreprises que sont devenus les établissements de santé et des administrations privées ou publiques.³³⁰

L'extension des catégories professionnelles soumises à l'obligation de respecter le secret, la précision de plus en plus stricte du domaine de la répression pour chaque profession concernée ainsi que des interprétations jurisprudentielles protectrices du droit pénal semblent correspondre à un développement apparent de la notion de secret professionnel³³¹ mais aussi à la reconnaissance d'un risque de violation de plus en plus étendu. Le législateur prend alors, dès qu'il apparaît un doute, la précaution de citer les articles du code pénal, présumant de l'effet préventif d'un tel rappel.

Sous section 2 La volonté du patient

Toute la partie précédente de notre travail a évoqué les notions de secret et de possibilité de transmission. Elles concernent fondamentalement le professionnel de santé qui reçoit l'information et est amené à la protéger ou à la révéler partiellement ou totalement dans certaines situations.

Or il ne doit pas être omis le pouvoir que possède le patient, l'assuré pour les praticiens conseils, sur ses propres données.

La pratique des praticiens conseils présente des particularismes déjà évoqués, notamment l'absence de fonction de soins et de relation contractuelle. Il est pourtant important de développer de façon générale la notion de maîtrise du secret par l'assuré. En effet, la lecture du code de déontologie montre très clairement que la fonction de praticien de contrôle s'inscrit dans les mêmes obligations générales que tout professionnel de santé.

Nous allons donc présenter de façon générale dans cette sous-section les possibilités de maîtrise du patient sur ses données.

Nous développerons plus après dans les paragraphes suivants les spécificités de cette maîtrise du secret au sein des organismes de protection sociale.

§ 1 Le droit de maîtriser le secret

L'assuré est considéré comme compétent pour décider de l'utilisation et du devenir du secret des données le concernant.

En tant que médecin, il nous semble que le sens donné au terme de compétence par les médecins en ce qui concerne l'aptitude du patient à recevoir l'information n'est pas superposable à celui de la loi car il s'agit là, non pas de l'aptitude du patient qui s'oppose ou

³³⁰ LOIRET P., Ibid. 138

³³¹ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

est dans l'incompétence temporaire ou prolongée de faire entendre sa volonté.³³² Il s'agit du ressenti par le médecin de la possibilité morale et intellectuelle du patient d'entendre la « vérité » médicale du médecin à un moment déterminé en fonction des connaissances techniques de ce même moment. Cela peut être vu « *comme un moyen permettant au médecin d'adapter l'information à cette réalité fâcheuse et de la délivrer progressivement.* »³³³

1 Le malade dispose de son secret

Le droit au malade de disposer de son secret évoque pour la plupart des professionnels de santé un droit à rétention. C'est probablement ce raccourci qui entraîne par exemple un rejet par les professionnels de santé des dispositions envisagées pour la gestion du dossier médical personnalisé et visant à permettre au patient d'effacer un élément de son contenu sans conservation d'une trace de la manipulation informatique.

La maîtrise de l'information recouvre pourtant d'autres significations.

1-1 Le droit au maintien du secret

Le malade peut disposer de l'information qui le concerne comme il l'entend. Il peut ainsi interdire à son médecin de révéler un diagnostic ou un pronostic grave à sa propre famille.³³⁴

La loi du 4 mars 2002 a consacré cette maîtrise dans l'article L. 1111-4 du code de la santé publique qui pose le principe de la codécision « *Toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé. Le médecin doit respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix. Si la volonté de la personne de refuser ou d'interrompre tout traitement met sa vie en danger, le médecin doit tout mettre en œuvre pour la convaincre d'accepter les soins indispensables. Il peut faire appel à un autre membre du corps médical. Dans tous les cas, le malade doit réitérer sa décision après un délai raisonnable. Celle-ci est inscrite dans son dossier médical. Le médecin sauvegarde la dignité du mourant et assure la qualité de sa fin de vie en dispensant les soins visés à l'article L. 1110-10. Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

1-2 Le droit à renoncer au secret

Le malade peut renoncer au secret qui a été institué dans son intérêt. Il peut donc en disposer et le divulguer lui-même ou autoriser le médecin à révéler le secret quand cette révélation est faite dans son intérêt, notamment dans le cadre d'une expertise. « *Le principe du droit à un procès équitable n'est pas méconnu dès lors que, nonobstant les mesures*

³³² Accès aux informations personnelles de santé détenues par un professionnel ou un établissement de santé., Rapport établi par le Conseil national de l'Ordre des médecins, 17 mai 2002, 5 p

³³³ THOUVENIN D., Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients, Annexe du Rapport HAS Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, mars 2000, p. 39

³³⁴ Art. R. 4127-35 du code de la santé publique « (...) *Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite.* »

ordonnées à bon droit par la cour d'appel pour éviter la divulgation de l'identité des patients, les parties au litige ont la faculté de désigner un médecin qui, au cours des opérations d'expertise, pourra prendre connaissance des documents comportant les renseignements d'ordre médical examinés par l'expert. »³³⁵

On doit relever les différences de traitement de ce sujet selon les juridictions concernées.

Les juridictions pénales ont conservé une rigueur initiale, en considérant le secret comme général et absolu. *« Ce n'est qu'en toute liberté qu'une main levée du secret est concevable. Et la sauvegarde de cette liberté (...) est d'ordre public. Elle n'existerait pas si, dans un procès, on invitait un plaideur ou un prévenu à libérer du secret le médecin appelé en témoignage³³⁶. Car si l'ex patient refuse de lever le secret, il crée, contre lui-même, une présomption défavorable. Ainsi, ce serait de crainte de subir cette présomption qu'il délivrerait le médecin. Une telle crainte est exclusive de sa liberté. »³³⁷*

Ce n'est pas toujours le cas pour les juridictions civiles qui appliquent les dispositions de différents codes tels que le code civil ou d'autres référentiels³³⁸ qui découlent de son évolution historique comme le code de la santé publique ou le code de la sécurité sociale.³³⁹

Le secret professionnel ne fait ainsi pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès.³⁴⁰

1-3 Levée du secret et dérogation

Nous nous permettons d'introduire ici un aparté sur la notion de levée du secret.

L'expression de levée du secret est très fréquemment utilisée par les professionnels du droit et de la santé pour présenter les différentes situations légales permettant une révélation d'informations. Notre travail comporte d'ailleurs en plusieurs endroits cette expression, notamment lors de la reproduction de certains extraits de textes d'auteurs.

Cette expression semble soulever des difficultés. En effet, le mot « levée » peut prendre plusieurs acceptions. Dans le cadre de notre étude bibliographique, il est souvent considéré comme synonyme de dérogation, les deux mots étant utilisés indifféremment. Dans les deux cas, il voudrait signifier la cessation des effets d'une obligation³⁴¹ dans des conditions déterminées.

³³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997., n° 95-12576 Bull., 1997 I N° 99 p. 65., Semaine Juridique, 1997-04-23 n° 17, p. 195, rapport P. SARGOS

³³⁶ SAVATIER et autres, Ibid précité, p. 275

³³⁷ Voir dans le même sens la notion de serment judiciaire prévu par les articles 318 et 319 du code de procédure pénale la partie succombant dans sa prétention si elle refuse de le prêter et s'abstient de le référer.

³³⁸ Comme par exemple le droit commercial

³³⁹ C'est le cas pour le tribunal du contentieux de l'incapacité ou le tribunal des affaires de sécurité sociale

³⁴⁰ FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII, p. 28

³⁴¹ Au sens d'une action que l'on est obligé de faire ou de respecter

Il nous semble que cette confusion ne peut être acceptée et nous pouvons signaler que l'expression de levée du secret est utilisée fréquemment dans le cadre d'une décision de justice. La notion de secret persiste alors et elle est seulement adaptée aux besoins d'un autre intérêt privé, dans un cadre strict défini par le juge. Un argument à l'appui de cette analyse pourrait correspondre à la nécessité reconnue par les juges d'encadrer la transmission faisant suite à la levée du secret. Il y a désignation d'un expert médical nominativement désigné qui peut seul recevoir les données et les exploiter.

A l'opposé de la notion de levée, pour certains points particuliers strictement encadrés par la loi, il existe la notion de dérogation qui fait disparaître les possibilités d'incrimination pénale. Dans une stricte lecture d'un droit pénal qui sanctionne une violation sans définir le secret, la dérogation signifie qu'il n'y a plus de violation. La question peut être posée de savoir si la dérogation ne fait pas aussi disparaître totalement la notion de secret sans distinction du contenu, de la portée et des personnes concernées. A l'appui de cette hypothèse on signale qu'il peut coexister plusieurs sanctions pénales, civiles ou disciplinaire lors d'une violation et que l'absence de sanction pénale pouvait laisser persister une autre responsabilité. En revanche la dérogation légale s'oppose à toute autre sanction. Sur le terrain de la déontologie médicale, on retrouve cette position, les juridictions des Ordres ne pouvant sanctionner une révélation encadrée par la loi. Et l'on peut comprendre l'analyse ordinaire qui évoque l'intérêt collectif de la société.

On constate d'ailleurs que les textes qui définissent ces obligations ou ces possibilités de transmissions de données n'ont pas besoin de faire référence aux articles 226-13 et 226-14 du code pénal. Le secret n'existant plus, il ne peut y avoir de violation, ni de sanction.

Néanmoins, ce concept laisse persister une difficulté liée à l'impossibilité d'envisager une maîtrise ultérieure de la transmission des données sur le fondement d'un secret qui n'existe plus. Les données n'étant plus protégées pourraient être diffusées sans limite ce que le législateur qui a toujours encadré cette transmission en les réservant à un autre professionnel de santé ne semble pas vouloir accepter.

C'est ainsi que les déclarations relevant des obligations de la santé publique sont destinées de façon générique aux médecins inspecteurs de santé publique, sans désignation nominative du professionnel de santé concerné.

Notre intérêt pour cette hypothèse doit aussi être tempéré par l'examen d'autres situations particulières.

La distinction ne peut être aussi claire lorsque l'on évoque la législation de la sécurité sociale, notamment les textes présentés plus après et qui définissent les possibilités de transmission par les praticiens conseils de données personnelles de santé au secrétariat du tribunal.

Il est systématiquement fait appel à l'article 226-13 du code pénal pour préciser que ses conditions ne peuvent s'appliquer. Il semble donc nécessaire de considérer qu'alors le secret persiste, les intérêts défendus étant alors non pas de portée collective mais seulement de portée individuelle, notamment pour protéger les droits de la défense³⁴².

Pour nous, il semble donc plus juste, dans notre travail, de réserver, lorsque cela est possible³⁴³, la notion de dérogation aux obligations ou autorisations de transmission des données personnelles de santé prévues par la loi. Une dérogation, fait de déroger à une règle ou à une loi, et qui ne peut être que légale, se justifie par la nécessité de maîtriser la

³⁴² Mais les droits de la défense qui protègent un individu ne concernent-ils pas l'ensemble de la collectivité ?

³⁴³ de nombreuses citations contiennent l'expression « levée du secret »

transmission de l'information de santé. La transmission du contenu de l'information doit toujours être nécessaire, pertinente et non excessive. L'obligation au secret demeure pour tout ce qui n'est pas expressément visé par la loi.

Le terme « levée » du secret sera utilisé pour évoquer les décisions de justice, notamment dans le cadre du contentieux technique objet de nombreuses difficultés depuis la modification de la composition des tribunaux du contentieux de l'incapacité.

2 L'information du patient

Elle constitue l'étape préalable à la maîtrise du secret.

Il nous semble que, même s'il existe une prédominance des situations de soins dans les textes et les jurisprudences évoquées, l'analyse de l'obligation d'information ne peut être restreinte à la médecine de soins et que l'ensemble des professionnels de santé peut être concerné dans la limite de leurs missions, de leurs obligations déontologiques³⁴⁴ et des informations dont ils disposent.

Pour cela, et même si nous rappelons l'absence de responsabilité des soins pour les praticiens conseils, nous devons présenter les conditions d'une obligation d'information.

2-1 L'obligation d'information

Dans le cadre des soins, l'obligation d'information doit s'appliquer en toutes circonstances, même si l'intervention est considérée comme médicalement nécessaire pour le patient³⁴⁵ ou en raison de l'absence d'alternative thérapeutique³⁴⁶. Certaines situations particulières peuvent être des dérogations à cette obligation. Ce sont les cas d'urgence, « *de survenue d'un événement imprévu en cours d'intervention et imposant la réalisation d'un geste pour lequel aucune information n'avait été préalablement délivrée au patient* », d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé.³⁴⁷

L'information sur les risques d'un examen doit être faite par le médecin prescripteur mais également par le médecin qui réalise l'examen.³⁴⁸

2-2 Le contenu de l'information

La nature de l'information qui doit être fournie au patient a fait l'objet d'appréciations variables. Les conditions les plus récentes sont que l'information doit être loyale, claire, appropriée³⁴⁹. Elle doit porter sur l'état du malade, les investigations et les soins qui lui sont proposés, sur leur utilité, leur urgence éventuelle et les autres solutions possible³⁵⁰. Elle doit

³⁴⁴ Qui leur interdisent d'exercer la médecine de soins pour les patients qu'ils contrôlent et de s'immiscer dans la thérapeutique mise en œuvre par d'autres professionnels

³⁴⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000 ; Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 1997

³⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, Voir en ce sens la possibilité prévue par l'article R. 4127-35 du code de la santé publique pour un médecin de tenir son malade dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave pour des raisons légitimes et dans l'intérêt du patient ou des autres personnes concernées (un risque de contamination), cet intérêt devant être apprécié en fonction de la nature de la pathologie, de son évolution prévisible et de la personnalité concernée.

³⁴⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 23 mai 2000

³⁴⁸ Cass. civ., 29 mai 1984

³⁴⁹ Cass. civ. 14 octobre 1997

³⁵⁰ Art R. 4127-35 du code de la santé publique

être exhaustive sur les conséquences attendues de cet acte³⁵¹ et être exempte de dol, c'est-à-dire qu'aucun fait susceptible de conduire le patient à ne pas consentir ne doit lui être caché.³⁵² Le médecin n'est pas dispensé de ses obligations d'information par le seul fait que ces risques revêtent un risque de survenue exceptionnel.³⁵³

Ces conditions, qui s'appuient sur une jurisprudence évolutive qui précise que seuls les risques fréquents ou graves normalement prévisibles doivent être portés à la connaissance du patient³⁵⁴, semblent ne pas être conformes à la loi du 4 mars 2002. Cette apparente contradiction semble permettre de maintenir au plan pratique une information sur les risques connus, en l'état des données acquises, à la date de l'acte médical³⁵⁵. Les risques de décès ou de complication vitale, inhérents à tout acte invasif et à toutes prescriptions médicamenteuses, doivent être confirmés au patient, même s'ils sont de survenue rare. La jurisprudence semble ne pas s'être pliée à la loi, une décision récente conservant la notion de risques qui « *bien qu'exceptionnels, sont normalement prévisibles.* »³⁵⁶

Lorsque des risques nouveaux auront été identifiés après l'exécution des investigations, actes de soins ou de prévention, la personne concernée devra en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.³⁵⁷

Toute personne victime, ou s'estimant victime, d'un dommage imputable à l'activité médicale comme la prévention, le diagnostic ou les soins, doit être informée au plus tard dans les 15 jours suivant la découverte de dommages. L'information peut être donnée, sur sa demande, en présence d'un médecin ou toute autre personne de son choix. Les ayants droits sont concernés par ce droit à information en cas de décès.

Enfin, à la demande du patient une information pourra lui être donnée sur le coût des soins et les conditions de leur prise en charge par les régimes sociaux.³⁵⁸

La jurisprudence, puis la loi ont apporté des éléments quant au contenu et à la preuve et aux modalités de l'information.³⁵⁹

2-3 Le droit à l'accès à l'information

Le droit à l'information ne concerne pas seulement les données personnelles d'un assuré donné. Elle explore aussi le pouvoir donné à l'assuré de choisir, en pleine connaissance

³⁵¹ Art. L. 1111-2 du code de la santé publique

³⁵² Cass. civ. 1959 ; dans le même résultat CA Metz 1^{ère} ch. 17/04/2003, une information délibérément trop optimiste pouvant être considérée comme un manquement à l'obligation de délivrance d'une information loyale

³⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 07 octobre 98 et C.E. 5 janvier 2000 et 17 mai 2000

³⁵⁴ GORI R., « La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi » », *Champ Psychosomatique* 2006/2, n°42, p. 64

³⁵⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2002

³⁵⁶ CA de Reims, 26 mai 2008, n° 07/01301, BICC n° 691 du 15 novembre 2008, inf. n° 1778

³⁵⁷ Art. L. 1142-4 du code de la santé publique

³⁵⁸ Art. L. 1111-3 du code de la santé publique

³⁵⁹ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

de cause, les soins et le système de santé dont il peut bénéficier et sur lesquels il peut faire un choix.³⁶⁰

De nombreux travaux ont évoqué ce droit tout en l'associant, parfois de façon péjorative, au niveau individuel à la notion de transparence³⁶¹, d'influence et de manipulation³⁶².

Ce droit est intimement lié au droit d'agir et d'exercer son pouvoir propre que Hobbes définit comme un droit naturel³⁶³ « orientée par la raison qui est détermination du (ou des) moyen(s) estimé(s) adéquat ». ³⁶⁴

Coleman définit ce pouvoir comme la possibilité d'un « contrôle sur des événements valorisés », la valeur d'un événement résidant dans les intérêts que des acteurs y trouvent, leurs droits. Ce pouvoir ne peut être revendiqué et effectif que lorsqu'il est reconnu dans un « consensus de pouvoir ». ³⁶⁵

2-3-1 La notion de démocratie sanitaire

Le droit de l'accès à l'information pour chaque usager du système de santé correspond à une demande fréquente portant sur la connaissance de son droit afin de les faire valoir³⁶⁶. Il a fait l'objet d'un dispositif juridique fondé sur l'idée de démocratie sanitaire³⁶⁷.

Dans un souci d'harmonisation, la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé a modifié dans le même temps, par son article 14, l'article 40 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés³⁶⁸ et l'article 6 II de la loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public³⁶⁹.

Deux articles sont essentiels dans l'analyse du droit donné au patient à un regard sur les soins qui lui sont apportés et à l'accès à l'information sur son état de santé. Il s'agit tout d'abord de l'article L. 1111-7 alinéa 1 du code de la santé publique : « Toute personne a accès à

³⁶⁰ Sur ce point voir Hôpital Expo - Discours de Roselyne BACHELOT-NARQUIN, Mardi 19 mai 2010, sur ce point il y a affirmation d'un risque d'inégalité d'information en matière d'accès aux soins amenant les projets de mise en place « d'un service public de conseil médical et d'orientation médicale par Internet et par téléphone, ainsi que d'un site internet de référence, fournissant aux patients et aux professionnels de santé les informations nécessaires pour choisir plus facilement les services de santé les mieux adaptés à leur situation »

³⁶¹ GORI R., « La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi » », *Champ Psychosomatique* 2006/2, n°42, p. 55-83

³⁶² GORI R., « Des disciples sous influence » in *La preuve par la parole*, Paris : P.U.F., 2001, pp. 75-96

³⁶³ Voir pour approfondir le sujet HOBBS T., (1651), *Leviathan* et HOBBS T., (1642), *De Cive* pour obtenir « ce qui lui semble bon, et éviter ce qui lui semble mauvais », pour obtenir un « bien apparent »

³⁶⁴ DOCKES P., « Hobbes et le pouvoir », *Cahiers d'économie politique* 2006/1, n° 50, p. 7-25

³⁶⁵ LUKES S., « Le pouvoir dans l'œuvre de Coleman », *R. franç. sociol.*, 44-2, 2003, 375-388 citant Coleman James S., — 1990. — *Foundations of social theory*, Cambridge (Mas), Belknap Press of Harvard University Press pp. 132-133

³⁶⁶ Les questions autour de l'accès au dossier médical représentent 25,6% des appels de la thématique « droits des usagers du système de santé » et le nombre d'appels sur le sujet est en progression régulière. Observatoire du CISS sur les droits des malades. Rapport annuel 2008 de *Santé Info Droits*

³⁶⁷ Même si certains auteurs mettent en cause le côté novateur de la loi. Voir sur ce point COELHO J., « La montagne a accouché d'une souris ! », *Droit & Santé*, mai 2007, n° 17, p. 339. L'auteur estime que la loi n'est pas assez loin dans la mise en œuvre des droits

³⁶⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978

³⁶⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978

l'ensemble des informations concernant sa santé détenues par des professionnels et établissements de santé (...) ».

Cet article est à rapprocher des termes de l'article L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale. « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé. »*

Il s'agit aussi de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique. « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus. Lorsque, postérieurement à l'exécution des investigations, traitements ou actions de prévention, des risques nouveaux sont identifiés, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.*

Cette information incombe à tout professionnel de santé dans le cadre de ses compétences et dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables. Seules l'urgence ou l'impossibilité d'informer peuvent l'en dispenser.

Cette information est délivrée au cours d'un entretien individuel.

La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.

Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle.

Des recommandations de bonnes pratiques sur la délivrance de l'information sont établies par la Haute Autorité de santé et homologuées par arrêté du ministre chargé de la santé.

En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen. »

L'accès aux documents se fait donc pour le patient, à sa demande³⁷⁰, soit directement aux intéressés ou à son représentant légal³⁷¹, soit par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne.

Les dispositions du décret du 29 avril 2002³⁷², décret pris en application de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique qui définit la nature des informations personnelles détenues par les professionnels, les établissements de santé ou un hébergeur agréé, ne concerne pas

³⁷⁰ Art. L. 1111-7 du code de la santé publique

³⁷¹ Si le patient est mineur, sous certaines conditions, ou majeur sous tutelle

³⁷² Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002

directement les services de l'assurance maladie. Ceux-ci n'ont pas été expressément cités par la loi et ne répondent pas aux définitions légales d'établissement de santé ou d'hébergeur de données.³⁷³

2-3-2 Le droit à la communication de l'information

Dans leurs recommandations « *Information des patients. Recommandations destinées aux médecins* », les rédacteurs de l'agence nationale d'accréditation des établissements de santé (A.N.A.E.S.)³⁷⁴ rappellent à l'époque que « *l'information est un élément central dans la relation de confiance entre le médecin et le patient, et contribue à la participation active de ce dernier aux soins.* »³⁷⁵

Dans son étude « *Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients* », jointe en annexe du rapport de l'A.N.A.E.S. précité et proposant des recommandations sur les modalités d'information des patients, Madame Dominique Thouvenin fait l'analyse de la décision de la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation, arrêt du 25 février 1971³⁷⁶, plus connu sous le nom d'arrêt Hédreul.³⁷⁷

Initialement, la charge de la preuve de l'absence d'information reposait sur le patient. Depuis un arrêt rendu en 1951³⁷⁸, la Cour de cassation estimait que si le contrat qui se forme entre le chirurgien et son client comporte l'obligation pour le praticien de ne procéder à une opération chirurgicale qu'après avoir obtenu l'assentiment du malade, il appartenait toutefois au patient de rapporter la preuve que le médecin avait manqué à cette obligation contractuelle en ne l'informant pas. C'était au patient qui invoquait l'inexécution du contrat de prouver en quoi son cocontractant médecin avait été défaillant.

La question des obligations contractuelles pesant sur le médecin était l'objet de cet arrêt³⁷⁹.

³⁷³ Art. L. 1111-8 du code de la santé publique

³⁷⁴ Voir sur ce point CRISTO D., « Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des recommandations de bonne pratique ». Note sous Conseil d'Etat 26 septembre 2005 ; *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 270234, *Revue de droit sanitaire et social* 2006 p. 53

³⁷⁵ *Recommandations Information des patients. Recommandations destinées aux médecins*, A.N.A.E.S./Service des recommandations et références professionnelles / mars 2000 p.8

³⁷⁶ A l'occasion d'un acte réalisé par un médecin spécialiste, il y avait eu apparition d'une complication importante nécessitant dans les suites plusieurs interventions chirurgicales délabrantes réalisées par un autre professionnel. Le patient avait assigné le médecin ayant réalisé l'acte et le premier chirurgien en raison des troubles dont il restait atteint à la suite de l'intervention chirurgicale. Il assigna ces médecins en 1991, devant le tribunal de grande instance de Rennes. Une expertise fut ordonnée qui conclut à l'absence de faute des médecins, mais souligna que « *le risque (...) est à prendre en considération car il est loin d'être exceptionnel* ». Le tribunal de grande instance en 1992, puis la Cour d'appel de Rennes en 1994, écartèrent la responsabilité des deux médecins en raison de l'absence d'une faute, d'où le pourvoi en cassation du patient

³⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 25 févr. 1997, Hédreul, JCP 1997, éd. G., I, 4025, n° 7, obsv. G. Viney ; JCP 1997, éd. G., II, 22492, rapport P. Sargos. *Contrats, conc. consom.* 1997, chron. 5, L. Leveueur ; *Resp. civ. et assur.* 1997, chron. 8, C. Lapoyade-Deschamps ; P. Sargos, *Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient*. *Méd. droit Info. Ethique Juridique Prat.* 1997;27:1-3 ; G. Mémeteau. *Devoir d'information, renversement de la charge de la preuve*. *Méd. Droit* 1997;24:6 ; L. Dubouis, *Rev. dr. san. et soc.* 1997, 288.

³⁷⁸ Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951, Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1952, 53, note R. Savatier ; S. 1953, 41, note R. Nerson

³⁷⁹ Une précision doit immédiatement être donnée : le terme obligation doit être pris dans son sens étymologique d'obligation, c'est-à-dire de ce « *à quoi un contractant s'engage* » et non comme synonyme de devoir. C'est donc le contenu de la prestation contractuelle qui est ici en jeu

Les arrêts successifs évoqués visent l'ensemble des pratiques professionnelles de tous les débiteurs contractuels ou légaux dans une formule générale « *celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation* ». Le médecin entrant dans cette catégorie, la Cour d'appel n'aurait pas dû débouter le patient de son action, car ce n'était pas à lui d'apporter la preuve de ce que le médecin ne l'avait pas averti de ce risque. En effet, « *le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation.*»

Il ne relève pas de notre travail de faire l'analyse de toute l'évolution de cette responsabilité, mais nous pouvons signaler que l'une des principaux problèmes longtemps persistant a été celui du contenu de l'information. Aussi la Cour de cassation a-t-elle pu dans un arrêt du 21 février 1967 estimer que le médecin devait à son patient une information « *approximative* », c'est-à-dire imprécise et vague. Deux arrêts de la Cour de cassation du 7 octobre 1998³⁸⁰ précisent que l'information concerne « *(...) les risques graves afférents aux investigations ou soins proposés* » et que le médecin « *n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réaliseraient que de manière exceptionnelle* ». Cette obligation existe également lorsque c'est le patient qui demande les soins ou les investigations.³⁸¹

L'ensemble de ces décisions, dans lesquelles coexistent les notions de secret et de transmission des données évoque le droit à l'information et la possibilité d'accès et de maîtrise de cette transmission pour le patient.

Cette maîtrise ne peut exister que dans le cadre d'une possibilité de protection des données personnelles de santé car un accès direct, illimité de tous aux informations de chacun, serait en opposition à la possibilité d'un contrôle par l'assuré social.

Chapitre 2 La protection des données à caractère personnel au sein de l'Assurance Maladie

La protection des données est un axe de qualité majeur pour l'assurance maladie qui, détentrice de très nombreuses informations, administratives, financières ou médicales, doit tout particulièrement s'engager à en protéger l'accès. La place des praticiens conseils est essentielle en ce qu'elle « *médicalise* » la transmission des données personnelles de santé.

Section 1 Protection et traitement des données

Au sein de l'Assurance maladie, plusieurs procédures et lettres réseau³⁸² concernent la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel au sens de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard de traitements de données à caractère personnel.

³⁸⁰ Cass. 1re civ., 7 oct. 1998

³⁸¹ Cass. 1re civ., 27 mai 1998, D. 1998, 530, note F. Laroche-Gisserot

³⁸² LETTRE-RÉSEAU LR-DDO-18/2009, 29/01/2009, confidentialité, 4 p., non publiée

Nous allons citer plus après les éléments essentiels de ces procédures qui définissent l'application de la législation protectrice des données personnelles de santé.

On doit rappeler tout d'abord qu'un traitement ne peut porter sur des données à caractère personnel que s'il satisfait aux conditions suivantes³⁸³.

Les données sont collectées et traitées de manière loyale et licite :

- Elles sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ;
- Elles sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs ;
- Elles sont exactes, complètes et, si nécessaire, mises à jour. Les mesures appropriées doivent être prises pour que les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées soient effacées ou rectifiées ;
- Elles sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées.

Sous section 1 Les définitions

« Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne.

Constitue un traitement de données à caractère personnel toute opération ou tout ensemble d'opérations portant sur de telles données, quel que soit le procédé utilisé, et notamment la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction.

Constitue un fichier de données à caractère personnel tout ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés.

La personne concernée par un traitement de données à caractère personnel est celle à laquelle se rapportent les données qui font l'objet du traitement.

Le responsable d'un traitement de données à caractère personnel est la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens. »

³⁸³ Art. 6 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, Conditions de licéité des traitements de données à caractère personnel

Sous section 2 La classification de confidentialité

Tout document émanant des services doit faire l'objet d'une classification obligatoire avec mention du niveau de confidentialité.

§ 1 Les niveaux de confidentialité

Trois niveaux de confidentialité sont établis : confidentiel, interne et public.

« Le niveau Confidentiel comprend les documents dont la divulgation aurait des conséquences dommageables majeures pour les assurés ou pour l'Assurance maladie. Il signifie que l'accès au document est limité à certains services ou domaines de l'organisme. Le niveau confidentiel a trois sous-catégories : confidentiel médical, confidentiel nominatif, et confidentiel.

La sous-catégorie Confidentiel médical concerne toutes les données médicales à caractère personnel ou reliées à la pathologie que la réglementation n'a pas rendu explicitement accessibles au service administratif pour ses missions. Ces informations sont couvertes par le secret médical, et placées sous la protection des Praticiens conseils de l'Assurance maladie. Les agents du service médical sont les collaborateurs des Praticiens conseils et agissent sous leur responsabilité.

La sous-catégorie Confidentiel nominatif concerne toutes les données à caractère personnel touchant à la vie privée/professionnelle non comprises dans la première catégorie, et auxquelles le service administratif a réglementairement accès. Ces informations peuvent être échangées avec le service administratif par nécessité de mission, et sont couvertes par le secret professionnel.

La sous-catégorie Confidentiel permet de protéger les documents d'un même domaine d'activité. La mention du domaine interdit explicitement à un agent d'un autre domaine d'en prendre connaissance. »

« Le niveau Interne concerne les documents qui n'appartiennent pas au niveau Confidentiel, mais qui n'ont pas vocation à une diffusion publique : la plupart des lettres-réseaux, méthodologies, procédure et documents de référence. La protection des documents consiste à s'opposer à leur diffusion hors de l'Assurance maladie, sauf obligation légale et sur instruction. »

« Le niveau Public désigne les documents destinés à la publication vers l'extérieur de l'Assurance maladie. »

Lorsqu'un document contient des informations appartenant à plusieurs niveaux, c'est le plus élevé en protection qui est retenu pour sa classification.

§ 2 Les attributs

Il est possible d'associer à cette classification la notion d'attribut qui permet de désigner le responsable de la protection du document ou celle restrictive de « *diffusion restreinte* » avec indication de la liste des destinataires du document, chaque exemplaire du document devant être numéroté.

Sous section 3 L'accès aux données

Conformément aux conditions de la loi du 6 janvier 1978, toute personne physique a le droit d'accéder aux informations soumises à un éventuel traitement de données à caractère personnel. Elle a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.³⁸⁴ Elle peut obtenir copie des données à caractère personnel conservées sur simple demande.

§ 1 Les possibilités d'interrogation

La loi permet ainsi à toute personne physique justifiant de son identité d'interroger le responsable d'un traitement de données à caractère personnel en vue d'obtenir :

- La confirmation que des données à caractère personnel la concernant font ou ne font pas l'objet de ce traitement ;
- Des informations relatives aux finalités du traitement, aux catégories de données à caractère personnel traitées et aux destinataires ou aux catégories de destinataires auxquelles les données sont communiquées ;
- Le cas échéant, des informations relatives aux transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non-membre de la Communauté européenne ;
- La communication, sous une forme accessible, des données à caractère personnel qui la concernent ainsi que de toute information disponible quant à l'origine de celles-ci ;
- Les informations permettant de connaître et de contester la logique qui sous-tend le traitement automatisé en cas de décision prise sur le fondement de celui-ci et produisant des effets juridiques à l'égard de l'intéressé. Le recueil des données doit être pertinent et non excessif et les données recueillies doivent être adéquates.

« Toute personne physique justifiant de son identité peut exiger du responsable du traitement que soient, selon le cas, rectifiées, complétées, mises à jour, verrouillées ou effacées les données à caractère personnel la concernant, qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite. »

§ 2 L'obligation d'information préalable

Une des conditions évoquées de licéité du traitement correspond à l'obligation d'information préalable. L'assuré doit pouvoir s'opposer à la collecte et au traitement et pour cela doit connaître à l'avance son existence.

Cette information fait l'objet d'une responsabilité formalisée.

³⁸⁴ Art.38 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, Droits des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel

1 La responsabilité de l'information

La personne auprès de laquelle sont recueillies des données à caractère personnel la concernant est informée par le responsable du traitement ou son représentant, sauf si elle l'a été au préalable par un autre intervenant.³⁸⁵

La personne doit être informée :

- De l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de celle de son représentant ;
- De la finalité poursuivie par le traitement auquel les données sont destinées ;
- Du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- Des conséquences éventuelles, à son égard, d'un défaut de réponse ;
- Des destinataires ou catégories de destinataires des données ;
- Des droits des personnes à l'égard des traitements de données ;
- Le cas échéant, des transferts de données à caractère personnel envisagés à destination d'un Etat non-membre de la Communauté européenne.

Au sein du service du contrôle médical, ce rôle est joué par un Correspondant Informatique et Libertés (C.I.L.) qui travaille avec des responsables locaux chargés de la gestion de la sécurité.

Ce correspondant a de multiples fonctions.³⁸⁶ Il doit :

- Veiller à l'application de la loi Informatique et libertés. Le correspondant est chargé d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la loi Informatique et libertés. Il a également un rôle de conseil, de recommandation et d'alerte, s'il constate des manquements. Pour ce faire, il doit être informé et consulté préalablement à la mise en œuvre des projets de traitements de données à caractère personnel ;
- Tenir la liste des traitements comportant des données nominatives ou indirectement nominatives. Cette liste est mise à jour régulièrement et est consultable sur le site Intranet. Cette liste peut être également communiquée à toute personne en faisant la demande ;
- Elaborer les demandes d'autorisation C.N.I.L. pour le service dont il est C.I.L. ;
- Recevoir les réclamations et les requêtes des personnes concernées par les traitements et organiser les modalités de traitements de ces réclamations ou requêtes ;
- Rendre compte de son action par la rédaction d'un bilan annuel présenté au responsable des traitements et tenu à la disposition de la C.N.I.L.

2 Le mode d'information

L'information des personnes concernées par les traitements de données à caractère personnel peut se faire par affichage dans les zones d'accueil des locaux, mention sur les courriers ou les questionnaires d'une information type.

Si la personne physique concernée par un traitement de données à caractère personnel demande à consulter le registre des traitements de données à caractère personnel, l'agent

³⁸⁵ Art. 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée, Obligations incombant aux responsables de traitements et droits des personnes

³⁸⁶ CNIL – *Guide du Correspondant Informatique et Libertés, Rôle du Correspondant Informatique et Libertés*

d'accueil, après avoir vérifié son identité par accès à toute pièce justificative comme une carte d'identité, un passeport, lui permet la consultation sur place des éléments conservés.

En cas de demande par une personne concernée par un traitement de données à caractère personnel, de correction ou de suppression de données inexacts, incomplètes, équivoques ou périmées, après vérification de la pertinence et du bien-fondé de cette demande de suppression, l'opération sera effectuée.

Un courrier sera alors adressé à la personne physique l'informant de la correction ou de la suppression des données inexacts, incomplètes, équivoques ou périmées.

Section 2 Les fondements de la protection des données personnelles de santé informatiques

Dans les paragraphes précédents de notre travail nous avons toujours présenté les fondements des notions juridiques dans un ordre précis allant du droit européen ou supra national s'il existait vers le droit national.

Il semblerait logique dans ce paragraphe de prendre la même présentation. Néanmoins, dans notre étude nous avons constaté que le droit national était relativement stabilisé grâce à la mise en œuvre de la loi informatique et liberté que nous serons amenés à citer fréquemment alors qu'il persistait des incertitudes sur le devenir de la protection des données personnelles de santé dans un contexte international. C'est notamment le cas pour Internet qui fait disparaître les frontières physiques entre Etats.

Pour présenterons donc ce paragraphe dans un sens inverse afin de conserver une vision dynamique du sujet.

Sous section 1 Le droit national

Les principes généraux de la loi informatique et libertés ont défini un cadre juridique et protecteur qui a inspiré les rédacteurs de la loi du 6 février 1978 autant que ceux de la directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995 et de la loi du 6 août 2004 qui l'a transposée.³⁸⁷

Elle a conduit à dégager quelques principes généraux applicables à toutes les technologies et applications informatiques, plutôt qu'à multiplier des dispositifs particuliers pour chacune d'entre elles.

Pour le principe de finalité, les données à caractère personnel sont « *collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités* »³⁸⁸.

Le principe de proportionnalité est à la fois distinct et connexe de ce principe. Les données à caractère personnel doivent être « *adéquates, pertinentes et non excessives au regard des*

³⁸⁷ DÉTRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale par le groupe de travail relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Sénat, n° 441, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.

³⁸⁸ L'utilisation d'un traitement à d'autres fins que celles définies lors de sa création était constitutive d'un délit puni de cinq ans d'emprisonnement

finalités pour lesquelles elles sont collectées et de leurs traitements ultérieurs » et ne peuvent être conservées que « *pendant une durée (n'excédant) pas la durée nécessaire aux finalités* ».

Le principe de sécurité des données impose à tout responsable d'un traitement de « *prendre toutes précautions utiles, au regard de la nature des données et des risques présentés par le traitement, pour préserver la sécurité des données et, notamment, empêcher qu'elles soient déformées, endommagées, ou que des tiers non autorisés y aient accès* ».

Le dernier principe permet un droit d'accès et de rectification des données lorsqu'elles sont « *inexactes, incomplètes, équivoques, périmées* ». « *Toute personne a le droit de connaître et de contester les informations et les raisonnements utilisés dans les traitements automatisés dont les résultats lui sont opposés* ».

Il existe d'autres droits essentiels reconnus par la loi informatique et libertés.

Le droit à l'information³⁸⁹ permet à la personne concernée d'être informée de l'utilisation qui peut en être faite de ces données.³⁹⁰

Le droit d'opposition à la collecte et à l'utilisation de données personnelles permet à toute personne physique « (...) *de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur* »³⁹¹, ceci sous réserve de « *motifs légitimes* » ou lorsque le traitement répond à une obligation légale.

Le droit à la nécessité d'un consentement préalable n'a été affirmé qu'à la suite de la loi du 6 août 2004 modifiant l'article 7 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée. Désormais « *un traitement de données à caractère personnel doit avoir reçu le consentement de la personne concernée* » même si les conditions techniques d'application d'une telle possibilité aboutissent à rendre la voie d'opposition préférentielle pour les personnes concernées.

Sous section 2 Le droit européen

La protection des données personnelles a été harmonisée au niveau européen par la Directive européenne 95/46/CE du 24 octobre 1995³⁹² avec application du principe de la « *sphère de sécurité* », traduction de l'expression *Safe Harbour*.

Le principe juridique de la problématique du transfert de données personnelles hors du territoire a été défini par l'article 25 de la Directive³⁹³ Toutefois, cette directive ne s'applique que pour les activités qui relèvent du cadre communautaire dit « *premier pilier* » et pas pour celles relevant des autres « *piliers* », en particulier le troisième « *pilier* » qui recouvre la

³⁸⁹ Art. 32 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée

³⁹⁰ Le responsable du traitement peut être exonéré de cette obligation en cas de collecte indirecte si cette information « *se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés par rapport à l'intérêt de la démarche* »

³⁹¹ Art. 38 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée

³⁹² Directive n°95/46/CE, du Parlement et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE, L 281, novembre 95, p.31 à 50

³⁹³ Voir l'article 24 de la loi du 6 janvier 1978

coopération policière et la coopération judiciaire pénale. Dans le cadre de ce « *troisième pilier* », la protection des données à caractère personnel relève donc actuellement du droit national.

Une des dérogations possibles aux conditions de transfert des données correspond à un mécanisme contractuel, à l'exécution d'un contrat ou de mesures pré-contractuelles. La Commission a pu établir des clauses contractuelles types devant être intégrées par les Etats membres. Par exemple, deux décisions ont été rendues en ce sens les 15 juin 2001³⁹⁴ et 27 décembre 2001. Elles régissent d'un côté les relations des exportateurs, qui voient leur droit national appliqué. De l'autre elles concernent les importateurs de données, responsables de traitement, vers des pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat dans le cadre des flux existant entre un responsable de traitement exportateur de données et un importateur de données sous-traitant.

La Commission européenne a adopté un ensemble de clauses contractuelles modèle de caractère obligatoire pour les Etats membres et présentant des « *garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes ainsi qu'à l'exercice des droits correspondants* ».

Ces clauses types définissent les mécanismes juridiques établissant un partage de responsabilité entre l'exportateur européen et l'importateur de données et retranscrivent les principes fondamentaux inscrits dans la directive concernant la finalité des données, la sécurité et la confidentialité ainsi que les droit d'accès, de rectification, d'effacement et d'opposition relatifs à ces données.

La protection de la personne physique faisant l'objet d'un traitement de données est garantie par la clause dite de « *tiers bénéficiaire* » en vertu de laquelle la personne physique concernée par le traitement peut, en sus de l'accès aux données « *en vertu d'une disposition légale est destiné à l'information du public et qui est ouvert à la consultation du public ou de toute personne justifiant d'un intérêt légitime* »³⁹⁵, demander aux deux parties réparation du préjudice subi par une éventuelle violation du contrat protecteur signé entre l'exportateur et l'importateur.

Sous section 3 La mondialisation des données

Lors du sommet entre l'Union européenne et les Etats-Unis de juin 2008³⁹⁶, les dirigeants des Etats déclaraient une préférence commune pour la conclusion d'un « *accord international contraignant* » entre eux garantissant la protection de la vie privée et des données personnelles³⁹⁷.

Aux Etats-Unis, la question de la protection des données et l'importance quantitative des transferts existant en provenance de pays européens Etats-Unis a amené la mise en œuvre

³⁹⁴ Décision de la Commission 2001/497/CE du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers les pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, JOCE, L 181, 4 juillet 2001, p.19

³⁹⁵ PIERRE-BEAUSSE C., *La protection des données personnelles*, éd. promoculture, 2005, p. 270

³⁹⁶ Conseil de l'Union européenne, EU-US Summit, 12 June 2008. Final Report by EU-US High Level Contact Group on information sharing and privacy and personal data protection, doc. 9831/08, Bruxelles, 28 mai 2008, p. 2

³⁹⁷ BELLANOVA R., DE HERT P., « Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique », *Cultures & Conflits* [En ligne], Tous les numéros, Sécurité et protection des données, 19 p. mis en ligne le 28 octobre 2010. URL : <http://conflits.revues.org/index17429.html>

d'une négociation politique entre le ministère du commerce américain et la Commission européenne ayant abouti à l'accord dit de *Safe Harbour*.

A la différence du système européen, les Etats-Unis n'ont pas de cadre général de protection des données dans le secteur privé mais des lois sectorielles. De nombreux fichiers utilisés dans les transactions commerciales courantes ne font l'objet d'aucune législation de protection des données personnelles.

Les Etats-Unis d'Amérique ont adopté une loi en 1966, le *Freedom of Information Act* (F.O.I.A.), sur la liberté d'accès à l'information et sur la transparence. En 1974, prenant conscience que le F.O.I.A. pouvait porter atteinte à l'intimité de l'individu, le législateur a adopté le *Privacy Act*, une loi défendant la vie privée. Ainsi, depuis plus de vingt ans, s'associent dans une contradiction fondamentale le droit de savoir et l'intérêt général, le droit à la vie privée, à l'intimité et la liberté individuelle.³⁹⁸

Initialement, le système proposé pour le *Safe Harbour* reposait non pas sur une solution législative mais sur une solution alliant l'autorégulation et l'autorité de la puissance publique par les jugements des tribunaux et la mise en œuvre de statuts et d'actes publics n'ayant pas la portée d'une réglementation. Le principe retenu était celui de l'adhésion volontaire des entreprises américaines au respect d'un corps de principes protecteurs.

Ont ainsi été proposés successivement en 1966 le *Health insurance Portability and accountability act* concernant la gestion des données médicales, en 1970 le *Fair credit reporting act* concernant l'information sur les crédits bancaires, en 1974 le *Privacy act* pour la relation entre pouvoir public et droits des citoyens. La protection particulière des enfants envers les risques d'accès informatiques a entraîné la rédaction du *Children online privacy protection act* en 1998 et du *Children internet protection act* applicable en 2001.

Ces systèmes de protection ont été associés à la mise en place de commissions destinées à surveiller l'application des règles et des sanctions prévues, la *Federal Trade Commission* agence fédérale non indépendante dont le champ de compétences est large et la *Securities and exchange commission*. Il est à noter que ces commissions n'existent que pour les échanges commerciaux. Les données personnelles de santé ne disposent pas d'une autorité indépendante dédiée. Elles semblent exclues de ces échanges et ne bénéficient donc pas d'une telle protection.

En pratique, peu d'entreprises américaines ont accepté de se soumettre à cet accord *Safe harbour* qui a fait l'objet de nombreuses évolutions visant à rechercher la qualité de la politique de privacy.

Le mot *privacy* correspond à l'existence d'une personne, sa liberté, son « *droit d'être laissé tranquille* ». C'est un droit personnel « *dont les limites sont fixées par des normes sociales.* »³⁹⁹

Ce terme anglais est fréquemment employé dans le cadre de la protection des données sous l'acception *privacy policy* qui désigne les chartes de respect des données personnelles. De nombreuses entreprises définissent leurs *privacy policies* à destination de leurs clients qui peuvent ainsi faire un choix éclairé de consommateur et faire jouer les règles du marché.

³⁹⁸ BRAIBANT B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les *Jeudis de l'Ordre des médecins*, p. 12

³⁹⁹ TABATONI P., *Stratégie de la privacy aux Etats-Unis. La dynamique des systèmes de protection*, Ibid., p. 232

C'est le cas pour les sites marchands présents sur Internet qui peuvent « *développer une politique de respect de la vie privée matérialisée par une charte spécifique ou l'obtention de différents labels (labels de protection des données personnelles, affiliations professionnelles comme la Fédération du e-commerce et vente à distance FEVAD, sécurisation des paiements, partenariats sites/Fournisseurs d'accès à internet FAI/Banques) ou encore construire et développer la confiance dans leur marque.* »⁴⁰⁰

Dans le cadre plus précis des systèmes de santé, on doit citer les *Privacy standards for individually identifiable health information* apparus en 1999 qui concernent, sur le sujet de notre travail, les démarches de standardisation du recueil et de la gestion des informations médicales. Ces *privacy rights* exigent une information écrite portant sur les droits de l'assuré, droits d'accès, de correction. Les données ne peuvent être utilisées que pour les soins. Il y a exclusion de la possibilité pour les assurances d'utiliser les données pour leur promotion. La communication à destination des employeurs ou des financeurs potentiels est interdite.

L'utilisation du *Privacy Act* présente plusieurs particularités pouvant poser des difficultés dans le cadre de la coordination internationale :

- Tout d'abord, le *Privacy Act* ne protège que les individus qui sont soit citoyens américains, soit résidents permanents. Cette absence de recours civils aux citoyens non américains constitue un obstacle majeur dans les négociations transatlantiques ;
- L'absence d'autorités de contrôle chargées de la protection des données indépendantes aux Etats-Unis ;
- L'absence d'une base juridique solide pour le principe la limitation de la finalité dans le droit américain ;
- Les mesures de sécurité se fondent de plus en plus sur l'implication du secteur privé. Or aux Etats-Unis le contrat et les politiques privées privilégient la *self-regulation* sous le contrôle du juge, des organismes privés auditeurs⁴⁰¹ et des marchés, la transparence quant aux éventuelles failles de sécurité, qu'il s'agisse de perte, vol ou altération de données semblant plus performante ;
- Les associations de consommateurs⁴⁰² représentent un pouvoir fort et peuvent intervenir grâce à des actions groupées de type *Class-action* en bénéficiant d'une effectivité du droit importante. Dans la quasi-totalité de Etats, les lois en vigueur, même si elles sont nombreuses, sont rigoureusement appliquées, ce qui ne semble pas le cas dans l'Union européenne, notamment en France.

Le principe de *Fair Information* a amené dès 1973 la définition de quatre mesures de protection des données personnelles de santé. Les mesures évoquées sont les suivantes :

- *Notice*. Il s'agit du droit à l'information des personnes concernées sur les pratiques et finalités de la collecte et du traitement des données permettant d'identifier des personnes ;
- *Access*. L'intéressé doit avoir accès aux banques de données qui le concernent, et pouvoir corriger ou éliminer certaines données ;
- *Consent and choice*. L'intéressé doit pouvoir exprimer son accord ou désaccord sur la collecte et la diffusion, à des tiers notamment, de données personnelles, et sur la durée de leur conservation ;

⁴⁰⁰ GAUZENTE C., « Politiques et pratiques des sites marchands en matière de respect de la vie privée : analyse du dosage entre chartes et labels et de leur évolution », *Revue management et avenir* 2008/3, N° 17, p. 44

⁴⁰¹ Tels que BBB TRUST

⁴⁰² Fondations ACLU, CDT, EPIC

- *Security*. L'information doit être exacte, protégée efficacement contre toute entreprise frauduleuse, le vol, la disparition, la *Federal Trade Commission* ayant ajouté en 1988 le principe de sanction effective des infractions à ces principes (*enforcement*).

Dans notre contexte francophone, nous reprendrons le travail de Gauzente qui envisage une conception plus large du terme dans le cadre de la politique de respect de la vie privée (P.R.V.P.) « *l'ensemble des actions mises en œuvre afin d'informer les internautes / clients des mesures prises pour traiter et protéger les données communiquées volontairement ou non par les internautes lors de leur visite sur le site.* »⁴⁰³

En pratique, la politique de protection repose principalement sur la rédaction et mise en œuvre d'une charte de bonne conduite ou d'une certification/labellisation par un organisme tiers⁴⁰⁴. Ce tiers est un prestataire de service pouvant jouer des rôles divers. Il peut vérifier que la clé publique utilisée pour anonymiser les données correspond bien à la personne désignée. Il peut être tiers certificateur de la signature et/ou du contenu électroniques. Il peut jouer un rôle dans les procédures d'accréditation ou d'évaluation mais n'est pas amené à certifier la validité d'un contrat. Il peut remplir une fonction d'archivage et de désarchivage pour conforter le mécanisme de preuve.

Néanmoins le tiers ne peut exister de façon autonome sans être intégré dans une démarche de normalisation d'authentification et de chiffrement permettant de lier dématérialisation et sécurité et de proposer un contrôle adapté.

Il existe donc une différence d'approche entre les systèmes européen et américain en matière de protection des données personnelles. La méthode américaine de régulation de la protection des données personnelles est très éloignée de l'approche européenne qui repose sur des normes complètes de protection et sur l'existence d'autorités indépendantes de protection des données.

Par exemple, en France il existe au moins sept organismes et institutions⁴⁰⁵ déjà cités plus haut en charge de cette mission⁴⁰⁶.

Section 3 L'obligation au respect du secret par les agents du service du contrôle médical

La protection du secret est renforcée par la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé⁴⁰⁷ en ce qui concerne le support informatique et par

⁴⁰³ GAUZENTE C., Politiques et pratiques des sites marchands en matière de respect de la vie privée : analyse du dosage entre chartes et labels et de leur évolution, *Revue management et avenir* 2008/3, N° 17, p. 44

⁴⁰⁴ GAUZENTE C., « Politiques et pratiques des sites marchands en matière de respect de la vie privée : analyse du dosage entre chartes et labels et de leur évolution », *Revue management et avenir* 2008/3, N° 17, p. 61

⁴⁰⁵ Conférence Nationale de Santé, *Avis sur les données de santé informatisées*, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, p. 4

⁴⁰⁶ On rappelle que ce sont la Commission nationale de l'informatique et des libertés, le Comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé, l'Agence des systèmes d'information partagés de santé qui a remplacé en juillet 2009 le Groupement d'intérêt public Dossier Médical Personnel GIP DMP, l'Institut des données de santé, les comités de protection des personnes, le Conseil national de l'information statistique et la Commission d'accès aux documents administratifs

⁴⁰⁷ Loi du 4 mars 2002 n° 2002-303 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, J.O. 5 mars 2002, p. 4118

l'association à la loi du 13 août 2004⁴⁰⁸. La notion de dossier médical personnel est intégrée dans l'article L. 161-36-1⁴⁰⁹ « *Systèmes d'information de l'assurance maladie et cartes de santé* » dans le code de la sécurité sociale et par l'article L. 161-36-1 du même code, cet article reprenant les dispositions de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique suscitée. On rappelle que la loi du 17 juillet 1978 définissait avant les nouvelles conditions, l'accès aux documents administratifs.⁴¹⁰

Sous section 1 Les personnels concernés

Il coexiste au sien du service du contrôle médical, deux catégories de personnels, les professionnels de santé et les agents administratifs du service médical. Ces deux catégories sont concernées par le secret professionnel.

§ 1 Sous section 1 Les praticiens conseils

Le secret professionnel couvre toutes les données de santé à caractère individuel, leur accès étant limité à ce qui est strictement nécessaire à l'exercice de la mission des praticiens conseils.

Ces missions sont définies par l'article L. 315-1, alinéa V, du code de la sécurité sociale « *Les praticiens conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret médical* ».

C'est le cas aussi de l'article L. 1112-1, alinéa 5, du code de la santé publique « *Les (...) médecins conseils des organismes d'assurance maladie ont accès, dans le respect des règles de déontologie médicale, à ces informations (informations confidentielles détenues par les établissements de santé, publics ou privés, sur des personnes qu'ils reçoivent ou qu'ils ont reçus en soins) lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de leurs missions* ».

La comparaison de la rédaction des deux articles de loi cités ci dessus révèle, en dehors du fait qu'ils sont intégrés dans deux codes séparés, respectivement code de la sécurité sociale et code de la santé publique, plusieurs grands types de différences :

La première correspond aux personnes concernées. Le code de la sécurité sociale ne peut prononcer des injonctions que dans le cadre de la compétence de l'assurance maladie. Sont donc autorisés à accéder aux données de santé les salariés du service du contrôle médical,

⁴⁰⁸ Loi du 13 août 2004 n° 2004-810 relative à l'assurance maladie, J.O. 17 août 2004, p. 14598

⁴⁰⁹ Art. L. 161-36-1 du code de la sécurité sociale « *Afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé, chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, dans les conditions et sous les garanties prévues à l'article L. 1111-8 du code de la santé publique et dans le respect du secret médical, d'un dossier médical personnel constitué de l'ensemble des données mentionnées à l'article L. 1111-8 du même code, notamment des informations qui permettent le suivi des actes et prestations de soins. Le dossier médical personnel comporte également un volet spécialement destiné à la prévention.* »

⁴¹⁰ Art. 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 « *II. - Ne sont communicables qu'à l'intéressé les documents administratifs : dont la communication porterait atteinte au secret de la vie privée et des dossiers personnels, au secret médical et au secret en matière commerciale et industrielle ; (...). Les informations à caractère médical sont communiquées à l'intéressé, selon son choix, directement ou par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet, dans le respect des dispositions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique.* »

praticiens conseils et agents administratifs qui ne sont pas des professionnels de santé. Le code de la santé publique concerne en revanche l'ensemble des professionnels de santé pouvant intervenir dans un contrôle, qu'ils soient salariés des services de l'Etat ou de l'Assurance maladie.

La deuxième est qu'il apparaît une distinction entre les références utilisées pour limiter les conditions d'accès aux informations. Le code de la sécurité sociale cite « *le respect du secret médical* » sans préciser sa définition, ni se reporter à un référentiel. On pourrait donc conclure que la portée de l'obligation dépasse la notion de secret professionnel pour englober plus largement la protection liée à la fonction de professionnel de santé.

On doit constater que cette obligation ne fait aucune référence à un texte permettant une sanction. Le code pénal concerne la sanction de la violation du secret professionnel, sans distinguer la notion de secret médical. Les sanctions disciplinaires ne peuvent concerner que les professionnels de santé, et non pas les agents administratifs. Les sanctions internes ne prévoient que la possibilité de violation du secret professionnel.

En fait, le code de la santé publique se reporte au « *respect des règles de déontologie médicale* ». Cette rédaction semble logique puisque cet article ne concerne que des professionnels de santé.

Il ne semble donc pas que la différence de rédaction relevée puisse être interprétée comme devant entraîner une analyse différente des deux obligations. On doit envisager un simple décalage dans le temps de la rédaction de ces deux articles et une absence de concertation entre les rédacteurs. Cette analyse semble pouvoir être confortée par l'utilisation itérative des termes de « *règles de déontologie médicale* »⁴¹¹ et « *secret médical* »⁴¹² dans d'autres articles du même code de la sécurité sociale.

Un dernier point porte sur l'utilisation du mot « *strictement* » dans l'article du code de la sécurité sociale sans correspondance dans le code de la santé publique.

Il pourrait être envisagé l'utilisation de cette rédaction afin de permettre la mise en place d'une protection supérieure des données lorsqu'elles peuvent faire l'objet communication à un agent administratif du service du contrôle médical. La validation de cette justification par une juridiction lors de recours pourrait être plus rigoureuse. Néanmoins l'absence de définition de ce terme au sein des procédures civiles ne soutient pas cette hypothèse, le contrôle pouvant exister quelle que soit la signification de ce terme.

L'étude de l'historique de la rédaction de cet article, postérieure à celui du code de la santé publique peut apporter une réponse à cette interrogation. La démarche d'élargissement de l'accès aux données des assurés sociaux détenues par un professionnel ou un établissement de santé ayant entraîné un fort débat, le terme « *strictement* » est apparu en fin de rédaction pour permettre, semble-t-il, un accord final par le biais d'une transaction : la limitation apparente des droits d'accès sans conséquence particulière sur l'application du texte.

⁴¹¹ Art. R. 315-1-1 du code de la sécurité sociale «*Dans le respect des règles de déontologie médicale, il peut consulter les dossiers médicaux des patients ayant fait l'objet de soins dispensés par le professionnel concerné au cours de la période couverte par l'analyse.*»

⁴¹² Art. R. 166-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale «*Tous renseignements et tous documents administratifs d'ordre individuel ou général utiles à leur mission sont tenus à leur disposition par le directeur de l'établissement, du service ou de l'institution dans le respect des règles du secret professionnel.*»

§ 2 Le personnel non médical

La question de l'accès des données aux agents chargés des tâches administratives doit être évoquée.

Il persiste actuellement un statut ambigu et provisoire au long cours des personnels administratifs travaillant au sein du service médical.⁴¹³ Initialement, le personnel non médical des échelons régionaux et locaux du contrôle médical devait être rattaché à la caisse nationale de l'assurance maladie et soumis à la convention collective du personnel de la sécurité sociale. Il a été provisoirement mis à disposition et placé sous la direction de l'échelon régional du contrôle médical par les caisses régionales d'assurance maladie. Dans les faits, la notion de provisoire a perduré.

Cette organisation amène le personnel non médical du service à travaillé avec les praticiens conseils, plus spécifiquement sous leur autorité en ce qui concerne la protection des données personnelles de santé.

La C.N.I.L. préconise que « *les personnes affectées à la gestion du secrétariat (n'aient accès) qu'aux informations (contenues dans les traitements des données des cabinets) relatives à la gestion du cabinet et en particulier à la gestion des rendez-vous* »⁴¹⁴.

Une solution proposée pour respecter cette préconisation pourrait être d'informer l'assuré social qu'un intervenant, soumis au secret professionnel bien que n'étant pas professionnel de santé, sera amené à connaître certains éléments nécessairement associés à la gestion des demandes⁴¹⁵. Néanmoins, il n'est pas possible de désigner nominativement la ou les personnes concernées car, dans la situation actuelle du fonctionnement des organismes, le travail s'effectue collectivement sur une tâche. Si un impondérable survient tels que congé maladie, maternité etc., le remplacement est assuré par le groupe.⁴¹⁶

Les agents du service du contrôle médical sont tenus au secret professionnel en leur qualité de dépositaires de renseignements concernant ou intéressant des données nominatives de personnes. Ces agents administratifs du service du contrôle médical sont instruits de leurs obligations en matière de secret professionnel par le praticien conseil avec qui ils travaillent et qui doit s'assurer qu'ils s'y conforment.⁴¹⁷

⁴¹³ BENEVISE J.-F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local Les médecins conseils de la sécurité sociale*, Rapport n° RM2006-140A, Septembre 2006

⁴¹⁴ CNIL, 22 novembre 2005, délibération n° 2005-296

⁴¹⁵ ZORN-MACREZ C., « Les soignants, les soignés et les autres : gérer le dossier partagé en établissements », L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé

⁴¹⁶ BENEVISE J.-F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local Les médecins conseils de la sécurité sociale*, Rapport n° RM2006-140A, Septembre 2006, p. 6

⁴¹⁷ Art. R. 4127-72 du code de la santé publique « *Le médecin doit veiller à ce que les personnes qui l'assistent dans son exercice soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y conforment. Il doit veiller à ce qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance professionnelle* ».

En pratique, l'organisation actuelle fait intervenir cette information au sein de la formation initiale des agents, formation complétée par un engagement personnel formel de la personne concernée de sa connaissance de ses obligations et de son engagement à les respecter.⁴¹⁸

Sous section 2 La sécurité des données

L'assurance maladie a mis en place des procédures qualité permettant une sécurisation des données qu'elle possède.

§ 1 Les outils de travail

La nécessité de protection des données personnelles de santé a amené la mise en œuvre d'outils spécifiques ne permettant pas une communication directe entre caisses primaires et service du contrôle médical.

1 Les applicatifs de la caisse primaire d'assurance maladie

De nombreux applicatifs⁴¹⁹ sont utilisés par les caisses primaires d'assurance maladie⁴²⁰. Ils permettent la saisie et l'enregistrement de toutes les informations nécessaires au paiement des prestations dans des bases de données indispensables aux actions de gestion du risque.

Les prestations en nature correspondant aux documents directement saisis par les professionnels de santé et télétransmis grâce à un réseau sécurisé⁴²¹, dit flux externe, ou saisis par un technicien de la caisse, flux interne, sont stockés dans une base documentaire⁴²² afin que différents contrôles soient effectués tout au long de l'ordonnancement des dépenses qui permettra le paiement des factures.

Le stockage de ces données détaillées sur la consommation des soins constitue la base de données de l'Assurance Maladie⁴²³ indispensable aux actions de gestion du risque.

Un applicatif⁴²⁴ permet d'effectuer la liquidation des prestations en espèces et la mise à jour du fichier assuré.

2 Les outils de saisie de l'activité du Service du contrôle médical

L'outil de gestion des avis sur les prestations est nommé Hippocrate. Il permet de saisir des données médicales nominatives, ce qui impose de respecter les règles de confidentialité et donc de sécurité pour l'accès et l'utilisation des outils informatique.

Les informations saisies peuvent faire l'objet d'une extraction de données anonymisée permettant des exploitations d'activité.

⁴¹⁸ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 37

⁴¹⁹ SM' pro - Formation initiale des techniciens - support stagiaire Janvier 2010 M1 50/54 non diffusé

⁴²⁰ Le terme d'applicatif est utilisé au sens d'outil de gestion informatique systématisé

⁴²¹ FSE – Feuilles de Soins Electroniques - notamment

⁴²² IRIS

⁴²³ ERASME : Extraction, Recherche et Analyse pour un suivi Médico-Economique

⁴²⁴ PROGRES

§ 2 Les supports de conservation

Le Service du contrôle médical manipule un certain nombre de données nominatives à caractère sensible. Dans ce cadre, il doit mettre en place des critères de sécurité très stricts concernant la protection des accès aux serveurs, le cryptage des données entre les postes informatiques de travail et les serveurs informatiques.

Cette sécurité repose sur plusieurs procédures variables selon le type de support de conservation.

1 Le dossier papier

Bien que faisant l'objet de réduction très importante d'utilisation, de production et de conservation, il peut persister un dossier médical papier contenant des informations de nature strictement confidentielle. Ce dossier papier doit faire l'objet d'une gestion rigoureuse de rangement au cours de son utilisation, de limitation d'accès aux personnes habilitées, de conservation et d'archivage conforme aux procédures et de destruction finale dans un destructeur ou par tout autre moyen le rendant illisible.⁴²⁵

2 Les dossiers sur supports informatiques

Ces dossiers font l'objet de protections :

- Une carte à puce nominative spécifique à chaque salarié, dite Carte Accès Sécurité (C.A.S.), contrôle l'accès aux utilitaires et donc aux données correspondant à des habilitations spécifiques à chaque fonction ;
- Une sauvegarde sur des supports adéquats⁴²⁶ gérés de façon aussi stricte que les supports papier avec limitation d'accès, destruction des sauvegardes intermédiaires. Le transport des données sur support amovible doit être limité, les données devant être cryptées ou à défaut compressées avec protection par un mot de passe ;
- La mise en œuvre de demandes d'autorisation de traitement des données auprès de la Commission nationale informatique et libertés, déclarations à caractère pérennes notamment pour les données issues d'Hippocrate, déclarations ponctuelles en lien avec un objectif spécifique et une durée limitée dans le temps. Dans chaque site, une liste des autorisations en cours doit être consultable, tout assuré social pouvant demander à vérifier l'existence d'une autorisation ;
- La désignation d'un Délégué à la Sécurité des Systèmes d'Information (D.S.S.I.) qui gère la sécurité.

Sous section 3 L'archivage des données de santé

L'archivage des données de santé est prévu notamment dans le code de la santé publique⁴²⁷ et de la sécurité sociale⁴²⁸.

⁴²⁵ Telle que l'incinération sous contrôle d'une personne habilitée

⁴²⁶ disquettes, CD-ROM, clefs USB

⁴²⁷ Art. L. 1111-8 du code de la santé publique « *Les professionnels de santé ou les établissements de santé ou la personne concernée peuvent déposer des données de santé à caractère personnel, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, auprès de personnes physiques ou morales*

§ 1 L'archivage des documents administratifs

Les conditions d'archivage des documents administratifs, initialement définies par la loi du 15 juillet 2008⁴²⁹, ont été modifiées par l'ordonnance du 29 avril 2009.⁴³⁰

Les visas de cette loi modifient les lois préexistantes, loi du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration⁴³¹, loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁴³² et loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 du 23 décembre 2000⁴³³, notamment son article 40.

La loi du 17 juillet 1978 modifiée donne la définition des documents administratifs. Ce sont « *quels que soient leur date, leur lieu de conservation, leur forme et leur support, les documents produits ou reçus, dans le cadre de leur mission de service public, par l'Etat, les collectivités territoriales ainsi que par les autres personnes de droit public ou les personnes de droit privé chargées d'une telle mission.* »

Les administrations qui détiennent de tels documents doivent mettre en œuvre une gestion des archives, notamment quand celles-ci concernent des éléments relevant de la sphère de la vie privée. En effet, la conjonction des textes portant sur la notion d'archivage de documents administratifs définit à la fois une obligation de conservation en cas d'utilité⁴³⁴, une obligation de communication des documents demandés⁴³⁵ dans un délai défini par la loi et variable selon le contenu des documents⁴³⁶ et une protection des données à caractère personnel s'appuyant tout à la fois sur les stipulations de la loi du 17 juillet 1978⁴³⁷, celles de la loi du 6 janvier

agréées à cet effet. Cet hébergement de données, quel qu'en soit le support, papier ou informatique, ne peut avoir lieu qu'avec le consentement exprès de la personne concernée. »

⁴²⁸ Art. L. 212-4 du code de la sécurité sociale « II. (...)» *Les données de santé à caractère personnel sont déposées dans les conditions prévues à l'article L. 1111-8 du code de la santé publique. »*

⁴²⁹ Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008

⁴³⁰ Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, JORF n°0101 du 30 avril 2009

⁴³¹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

⁴³² Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

⁴³³ Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 loi de financement de la sécurité sociale pour 2001

⁴³⁴ Qui s'associe dans le même texte à un droit à l'oubli des documents sans utilité Art. L. 212-3 « *Lorsque les archives publiques comportent des données à caractère personnel collectées dans le cadre de traitements régis par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ces données font l'objet, à l'expiration de la durée prévue au 5° de l'article 6 de ladite loi, d'une sélection pour déterminer les données destinées à être conservées et celles, dépourvues d'utilité (...).* »

⁴³⁵ Art. L. 213-2 « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 213-1 : I. – Les archives publiques sont communicables de plein droit (...)* »

⁴³⁶ Art. L. 213-2 « *Par dérogation aux dispositions de l'article L. 213-1 : I. – Les archives publiques sont communicables de plein droit (...) à l'expiration d'un délai de :*

(...) Vingt-cinq ans à compter de la date du décès de l'intéressé, pour les documents dont la communication porte atteinte au secret médical. Si la date du décès n'est pas connue, le délai est de cent vingt ans à compter de la date de naissance de la personne en cause ;

4° Soixante-quinze ans ou un délai de vingt-cinq ans à compter de la date du décès de l'intéressé si ce dernier délai est plus bref, pour les documents dont la communication porte atteinte à la protection de la vie privée.

(...) »

⁴³⁷ Art.4 loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

1978⁴³⁸ et du code de la santé publique.⁴³⁹

Cette protection s'appuie sur l'occultation des mentions relevant du domaine personnel ou « l'anonymisation » des documents.⁴⁴⁰

On retrouve les fondements déjà cités de « violation » du secret, consentement de la personne intéressée ou autorisation de la loi.⁴⁴¹

La loi encadre même, en sus des conditions de conservation des documents, celles de communication puisqu'elle prévoit la conduite à tenir en cas d'impossibilité technique⁴⁴² avec information du demandeur ou obligation de motivation en cas de refus.⁴⁴³

§ 2 L'archivage au sein du service du contrôle médical

Par archive, on désigne toute information conservée de façon prolongée, utile à la justification d'une prestation, à son suivi, à l'exercice d'un contentieux, qu'elle soit la forme et le support de conservation.⁴⁴⁴

Pour le service médical, les archives sont représentées par tout document conservé et classé pour répondre à des exigences internes au service à savoir la gestion du dossier et la réponse à des obligations réglementaires.

2-1 La durée de conservation des pièces

La conservation des pièces est nécessaire aussi longtemps que cela est utile à la gestion des demandes de prestations dans la conformité avec les conditions réglementaires. Ainsi l'archivage correspond à la nécessité légale de répondre aux contrôles prévus pour les organismes de sécurité sociale notamment par l'Inspection générale de la sécurité sociale et la Cour des comptes qui, à tout moment, peuvent leur demander de produire les pièces justificatives des avis de paiement émis.

⁴³⁸ Art. 13 « La réutilisation d'informations publiques comportant des données à caractère personnel est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. »

⁴³⁹ Art. L. 212-4 « II. (...) « Les données de santé à caractère personnel sont déposées dans les conditions prévues à l'article L. 1111-8 du code de la santé publique. Art. L. 1111-8 du code de la santé publique « Les professionnels de santé ou les établissements de santé ou la personne concernée peuvent déposer des données de santé à caractère personnel, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, auprès de personnes physiques ou morales agréées à cet effet. Cet hébergement de données, quel qu'en soit le support, papier ou informatique, ne peut avoir lieu qu'avec le consentement exprès de la personne concernée. »

⁴⁴⁰ Art. 7 « (...) Toutefois, sauf dispositions législatives contraires, les documents administratifs qui comportent des mentions entrant dans le champ d'application de l'article 6 ou, sans préjudice de l'article 13, des données à caractère personnel ne peuvent être rendus publics qu'après avoir fait l'objet d'un traitement afin d'occulter ces mentions ou de rendre impossible l'identification des personnes qui y sont nommées. »

⁴⁴¹ Art. 13 « Les informations publiques comportant des données à caractère personnel peuvent faire l'objet d'une réutilisation soit lorsque la personne intéressée y a consenti, soit si l'autorité détentrice est en mesure de les rendre anonymes ou, à défaut d'anonymisation, si une disposition législative ou réglementaire le permet. »

⁴⁴² « Lorsqu'une administration mentionnée à l'article 1er est saisie d'une demande de communication portant sur un document administratif qu'elle ne détient pas mais qui est détenu par une autre administration mentionnée au même article, elle la transmet à cette dernière et en avise l'intéressé. »

⁴⁴³ Art. L. 213-5 « Toute administration détentrice d'archives publiques ou privées est tenue de motiver tout refus qu'elle oppose à une demande de communication de documents d'archives. »

⁴⁴⁴ Processus Métier, Procédure d'archivage National 7 23 05 08, non publiée

Il obéit à deux principes qui sont le principe de dématérialisation dans un serveur bureautique de sécurité et le principe d'économie qui limite la conservation à une durée limitée au temps pendant lequel une décision du service médical est génératrice d'effet sur la prestation servie à un bénéficiaire et qu'un contrôle peut être effectué sur cette dernière. Ce temps est le plus souvent défini par la réglementation.

Le dossier du bénéficiaire tenu par le service médical n'a pas vocation à couvrir toute l'histoire médicale d'un assuré. Ce n'est pas un dossier tel qu'il serait tenu par un médecin de famille. Les pièces archivées doivent se limiter au strict nécessaire.⁴⁴⁵ Les données conservées par le service du contrôle médical sont donc les données créées par le praticien conseil au sein de l'applicatif Hippocrate, les documents papier tels que les protocoles de soins non dématérialisés ou les pièces sauvegardés sur le serveur de données sensibles.

2-2 Le droit à l'oubli

Cette conservation limitée, tant en ce qui concerne la définition des pièces conservées que la durée, est conforme au droit à l'oubli prévu par l'article 5 de la Convention 1098 du Conseil de l'Europe, applicable dans notre droit interne depuis 1985. « *Les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement automatisé sont conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées (...) pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont enregistrées.* »⁴⁴⁶

Ce droit s'exerce dans la limite de la « *nécessaire conciliation* » entre droit à l'oubli et nécessités de la recherche scientifique⁴⁴⁷ ou historique. En droit interne, ce droit à l'oubli n'est pas prévu dans la loi du 6 janvier 1978. Il est pourtant fréquemment lié aux conditions des diverses lois qui prévoient des possibilités d'amnistie, de grâce, de réhabilitation ou qui définissent une prescription. La loi prévoit une limitation de la conservation des données dans une durée conforme au motif du traitement.

Sous section 4 Certaines particularités de la communication dans le régime accident du travail et maladies professionnelles

Si les conditions du code de la sécurité sociale autorisent le praticien conseil à obtenir des renseignements⁴⁴⁸ concernant les demandes de prestations en couverture accident du travail et maladies professionnelles⁴⁴⁹, la loi a défini un régime particulier pour la communication d'informations.

⁴⁴⁵ Par exemple en risque maladie, les éléments liés à une affection de longue durée ne seront conservés que pendant la durée de l'exonération. En pathologie professionnelle, les pièces communiquées par les caisses telles que les certificats médicaux initiaux ou finaux ne sont pas archivés par le service du contrôle médical

⁴⁴⁶ Par exemple, les dossiers médicaux font l'objet d'une conservation pour une durée de principe 20 ans à compter de la date du dernier séjour ou de la dernière consultation dans les établissements de santé. Ce délai prorogé jusqu'à l'âge de 28 ans pour les assurés mineurs lors de soins. Il est de 30 ans pour les actes transfusionnels. Le dossier médical personnalisé doit être conservé 10 ans à compter de sa clôture

⁴⁴⁷ Directive européenne du 24 octobre 1995

⁴⁴⁸ Art. L. 442-5 du code de la sécurité sociale « *Les articles L. 315-1 et L. 315-2 sont applicables aux accidents du travail.* »

⁴⁴⁹ Loi n° 78-753 du 17/07/1978, modifiée par la loi n° 2000-321 du 12/04/2000

Le dossier constitué par la caisse primaire est communicable à tout moment à l'assuré ou ses ayants droit et à l'employeur ainsi qu'à leurs mandataires. Il ne peut, par contre, pas être communiqué à un tiers sauf décision de l'autorité judiciaire.

§ 1 La communication d'informations à l'assuré

Toute personne peut accéder aux informations qui la concernent personnellement, soit directement pour les documents administratifs, soit par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle désigne pour les informations médicales.

En sus de ces dispositions, on rappelle que tout assuré a droit à communication à l'ensemble de son dossier sur simple demande.

Par conséquent, la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle peut, en application de ces lois, accéder à tout moment aux documents la concernant en possession de la caisse primaire d'assurance maladie et du service du contrôle médical.

§ 2 Composition du dossier

S'il n'existe pas de définition légale du dossier détenu par le service du contrôle médicale, l'appellation de dossier médical étant réservée aux systèmes de soins, on relève une spécificité du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles. Le code de la sécurité sociale en prévoit le contenu et définit un droit de transmission de ce dossier à destination de l'employeur.

2-1 Les pièces médicales

Ce sont tous les certificats, rédigés par un médecin portant sur l'accident du travail ou la maladie professionnelle, adressés à la C.P.A.M. et produits conformément à la dérogation légale⁴⁵⁰ et au code de déontologie.⁴⁵¹

Ainsi l'article L. 441-6 du code de la sécurité sociale précise que « *Le praticien établit, en double exemplaire, un certificat indiquant l'état de la victime et les conséquences de l'accident ou les suites éventuelles, en particulier la durée probable de l'incapacité de travail, si les conséquences ne sont pas exactement connues. Il adresse directement un de ces certificats à la caisse primaire et remet le second à la victime. Lors de la guérison de la blessure sans incapacité permanente ou, s'il y a incapacité permanente, au moment de la consolidation, un certificat médical indiquant les conséquences définitives, si elles n'avaient*

⁴⁵⁰ et art. L. 461-5 du code de la sécurité sociale « (...) *Le praticien établit en triple exemplaire et remet à la victime un certificat indiquant la nature de la maladie, notamment les manifestations mentionnées aux tableaux et constatées ainsi que les suites probables. Deux exemplaires du certificat doivent compléter la déclaration mentionnée au premier alinéa dont la forme a été déterminée par arrêté ministériel. Une copie de cette déclaration et un exemplaire du certificat médical sont transmis immédiatement par la caisse primaire à l'inspecteur du travail chargé de la surveillance de l'entreprise ou, s'il y a lieu, au fonctionnaire qui en exerce les attributions en vertu d'une législation spéciale (...)* »

⁴⁵¹ Art. R. 4127-4 du code de la santé publique « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. (...)* »

pu être antérieurement constatées, est établi en double exemplaire. L'un des certificats est adressé par les soins du praticien à la caisse primaire, le second est remis à la victime, ainsi que toutes les pièces ayant servi à l'établissement dudit certificat. (...). »

La loi a défini des dérogations légales au secret, notamment celles portant sur les révélations visant les droits matériels à réparation des patients. Le médecin traitant peut être amené, parfois de façon obligatoire, conformément à l'article R. 4127-50 du code de la santé publique, à donner des renseignements sur les faits en rapport avec les accidents du travail et les maladies professionnelles pour permettre l'application des droits de son patient.⁴⁵²

Les certificats doivent ainsi comporter un déclaratif médical précis de la ou des pathologies concernées.

Un descriptif des séquelles persistantes doit être porté sur les certificats de guérison ou consolidation.

Les examens prévus dans la colonne « *désignation des maladies* » des tableaux des maladies professionnelles⁴⁵³ comme par exemple l'audiométrie du tableau concernant les surdités ou les résultats de l'électromyogramme pour le syndrome du canal carpien sont un des éléments du certificat faisant le lien entre la maladie et l'activité professionnelle.

En revanche, les documents médicaux tels que compte rendu d'hospitalisation ou opératoire, éventuellement communiqués au service du contrôle médical, ne sont pas des « *certificats médicaux* » au sens de l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale.⁴⁵⁴ Ils ne doivent pas faire l'objet de conservation.

2-2 L'enquête administrative

La caisse primaire peut dans certains cas diligenter une enquête administrative confiée à un agent agréé et assermenté, chargé de recueillir les éléments nécessaires à une décision. Il en est ainsi lorsqu'un doute persiste sur les conditions de réalisation de l'accident ou lorsqu'une réserve est émise par l'employeur, chaque fois que la caisse est en présence d'un certificat médical attestant une blessure ou une maladie paraissant devoir entraîner la mort ou une incapacité permanente totale. En sus de cette enquête, lorsqu'il subsiste un doute sur l'imputabilité du décès et que la caisse entend renverser la présomption d'imputabilité, une autopsie doit être déclenchée.⁴⁵⁵

C'est aussi le cas lorsqu'il y a demande de reconnaissance d'une maladie professionnelle au titre du 2^{ème} alinéa de l'article L 461-1 du code de la sécurité sociale

⁴⁵² Art. R. 4127-50 du code de la santé publique « *Le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit. A cette fin, il est autorisé, sauf opposition du patient, à communiquer au médecin-conseil nommé désigné de l'organisme de sécurité sociale dont il dépend, ou à un autre médecin relevant d'un organisme public décidant de l'attribution d'avantages sociaux, les renseignements médicaux strictement indispensables.* »

⁴⁵³ Art. L461-2 du code de la sécurité sociale

⁴⁵⁴ Charte des accidents du travail et des maladies professionnelles – février 2001

⁴⁵⁵ Art. L. 442-4 du code de la sécurité sociale « *La caisse doit, si les ayants droit de la victime le sollicitent ou avec leur accord si elle l'estime elle-même utile à la manifestation de la vérité, demander au tribunal d'instance dans le ressort duquel l'accident s'est produit de faire procéder à l'autopsie dans les conditions prévues aux articles 232 et suivants du code de procédure civile. Si les ayants droit de la victime s'opposent à ce qu'il soit procédé à l'autopsie demandée par la caisse, il leur incombe d'apporter la preuve du lien de causalité entre l'accident et le décès.* »

figurant dans un tableau avec sollicitation possible du service prévention pour connaissance de l'entreprise des risques connus. Cette enquête administrative, jointe au dossier adressé à la caisse régionale, est destinée au service tarification pour enregistrement et imputation après décision de reconnaissance et au service prévention pour action éventuelle dans l'entreprise.⁴⁵⁶

L'enquête pour le dossier soumis au comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles conformément aux 3^{ème} ou 4^{ème} alinéa de l'article L. 461-1 du code de la sécurité sociale est identique. S'y ajoute l'obligation de transmettre l'enquête avec le dossier complet, hormis les pièces médicales, à l'ingénieur conseil régional qui doit être entendu par le comité.

Chapitre 3 L'assuré social et la transmission des données

L'exigence d'une transparence, de « voir plus que de savoir ou de comprendre » disqualifierait la foi dans la parole et nécessiterait la recherche des preuves formelles auprès de la science, de la technique et des procédures juridiques.⁴⁵⁷

En clair, l'absence de confiance dans l'autre pousserait la personne à s'adresser à des « sachants » pour qu'ils disent la vérité.

Il est vrai que l'accès à l'information, bien que fréquemment étudié plutôt sur le plan de la responsabilité d'une carence en cas d'absence⁴⁵⁸, a fait l'objet non seulement d'une jurisprudence volumineuse⁴⁵⁹ mais aussi d'un encadrement juridique récent.

Il existe une obligation d'information déjà ancienne mise à la charge des organismes de sécurité sociale portant non seulement sur les décisions prises par ces organismes⁴⁶⁰ et sur la motivation de ces décisions⁴⁶¹, mais aussi sur les textes les fondant.⁴⁶² L'absence de respect de cette obligation entraîne leur condamnation et peut même constituer une faute qui

⁴⁵⁶ Charte des accidents du travail et des maladies professionnelles – février 2001

⁴⁵⁷ GORI R., La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi », *Champ Psychosomatique* 2006/2, n°42, p. 73 citant Fabrice d'Almeida, 2003, *La manipulation*, Paris : P.U.F., pp. 4-5

⁴⁵⁸ LEGOUX A., Consécration du défaut d'information comme faute autonome, *Gazette du Palais*, 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a.

⁴⁵⁹ REYNIER M., L'obligation d'information due par le médecin, pp. 147-160 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p. citant Cass. Req., 28 janvier 1942, Teyssier (*Gaz. Pal.*, 62, 1942, 1, p. 177 ; *D.* 1942, p. 63) ; Cass. 1^{ère} civ. 29 mai 1951 (*Bull. civ. I*, n° 162 ; *D.* 1952, *Jur. P.* 53, not R. Savatier ; *JCP* 1951, II, n° 6421, note R. Perrot ; *S.* 1953, 1, *Jur.*, p. 41, note R. Nerson ; *RTD civ.* 1951, p. 508, obs. H. et L. Mazeaud) ; Cass. 1^{ère} civ., 7 février 1990, n° 88-14797 (*Bull. civ. I*, n° 39 ; *D.* 1991, *Somm.*, p. 183, obs. J. Penneau ; *RTD civ.* 1992, p. 109, obs. P. Jourdain) ; Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, n° 94-19685, Hedreul c/Cousin (*Gaz. Pal.* 27-29 avr. 1997, p. 13, rapp. M. Sargos, *Contrats, conc., consom.* 1997, *Chron.* n° 5 L. Leveneur ; *Defrénois* 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; *JCP* 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney ; *RTD civ.* 1997, p. 434, obs. P. Jourdain et p. 924, obs. J. Mestre ; *D.* 1997, *Somm. P.* 319, obs. J. Penneau) ; Cass. 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, n° 97-10267 (*JCP G* 1998, n° 45, p. 1848 ; *D.* 11 mars 1999, n° 10, p. 45, note S. Porchy ; *Gaz. Pal.*, 17 juin 1999, n° 168, p. 63, note F.-J. Pansier et J.-B. Bladier) ; Cass. 1^{ère} Civ., 7 déc. 2004, n° 02-10957

⁴⁶⁰ COURSIER P., « L'obligation générale d'information mise à la charge des organismes de sécurité sociale », *Jurisprudence Sociale Lamy* - 2001 - n°77 - 10-04-2001, *Chronique*

⁴⁶¹ Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, *JO* 12 juill. et rect. 13 juill. relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public

⁴⁶² L'article 9 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 fait obligation à tous les organismes de sécurité sociale, locaux ou nationaux, de publier les directives de toute nature qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives

permet d'engager une responsabilité civile et, par conséquent, d'obtenir réparation du préjudice en découlant. La règle est d'autant plus simple à mettre en œuvre que la jurisprudence a, depuis peu, abandonné l'exigence d'une faute lourde de l'organisme. En effet, aujourd'hui, une faute simple suffit.⁴⁶³

Cette obligation est confirmée par l'obligation pour les caisses de prendre « *toutes mesures utiles afin d'assurer l'information générale des assurés sociaux* »⁴⁶⁴

De même, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations⁴⁶⁵, organise pour les usagers un accès simplifié aux règles de droit, lequel s'impose désormais à toutes les « *autorités administratives* », c'est-à-dire, aux termes de l'article premier du texte, à l'ensemble des personnes, publiques ou privées, qui assurent un service public administratif.⁴⁶⁶

La jurisprudence semble même défendre le droit à une protection de l'assuré qui ne peut connaître l'ensemble des lois. « *La législation de la sécurité sociale est particulièrement importante et complexe et qu'aucun assujetti volontaire ou obligatoire n'est à même d'avoir, personnellement, une parfaite notion de son contenu* »⁴⁶⁷, certaines décisions renversant la charge de la preuve de l'information sur la caisse.⁴⁶⁸

Section 1 « Médecine sociale » et secret partagé

Le problème posé par la clarté des données transmises à été clairement établi par Savatier.

« Le secret partagé a trouvé de nouveaux domaines avec la généralisation de la médecine sociale. Les dossiers d'hôpital, de dispensaire (...), ceux des assistantes sociales sont des exemples de secrets partagés avec les médecins. Pratiquement les maires et agents municipaux, en recevant les formules médicales qui accompagnent les déclarations de décès ou de naissance, participent au secret du médecin qui y mentionne les particularités de la naissance ou de la maladie mortelle, en un langage chiffré, mais bien connu des municipalités.

Dans tous les cas, le secret médical se partage, en ce sens que les autres personnes, à qui le médecin communique ses observations pour répondre au principe du contrat ou de la loi, se trouvent elles même tenues d'un devoir professionnel ou familial de discrétion. Devoir qui d'ailleurs ne comporte pas les mêmes sanctions juridiques que celui du médecin.

⁴⁶³ Cass. Soc., 12 juillet 1995, n° 93-12-196, Bull. civ. V, n° 242, p. 175 ; RJS 1995, n° 1046 ; D., 1996, somm. p. 45, obs. X. Prétot ; Dr. soc. 1995, 539, obs. X. Prétot ; 17 oct. 1996, n° 94-18.537, dame Ménard c/ CPAM Alpes-Maritimes : TPS 1996, comm. n° 511, obs. X. Prétot ; 20 févr. 1997, n° 95-18.047, CPAM de Rouen c/ Gaétan : précité ; 5 juin 1998, n° 95-12.659, M^{me} Rieudebat c/ CPAM de Tarbes, arrêt n° 2863 D). Seule demeure l'exigence d'un lien de causalité entre la faute commise par la caisse et le préjudice subi par la victime (Cass. soc., 30 avr. 1997, Allain c/ CPAM de Paris préc.)

⁴⁶⁴ Art. R. 112-2 du code de la sécurité sociale

⁴⁶⁵ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, JO 13 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

⁴⁶⁶ COURSIER P., « L'obligation générale d'information mise à la charge des organismes de sécurité sociale », Jurisprudence Sociale Lamy - 2001 - n°77 - 10-04-2001, Chronique

⁴⁶⁷ CA Paris, 7 nov. 1994, Gros c/ CFE préc. ; CA Paris, 17 oct. 1990 ; RD san. Soc. 1991, p. 452

⁴⁶⁸ Cass. Soc., 12 oct. 2000

Avec l'assistance médicale, avec la sécurité sociale, avec la médecine par équipe, avec la protection de la santé publique, une quantité d'observations médicales entre soit dans les dossiers privés, soit dans des dossiers administratifs, grâce auxquels un nombre de plus en plus grand de personnes ont connaissance de faits jadis voués au secret. Dans toute la mesure où ces faits touchent une intimité que le patient peut légitimement désirer tenir secrète, il y a alors secret partagé. »⁴⁶⁹

Cette notion de secret partagé est intimement liée au droit que possède l'assuré social sur ces données et à la possibilité de justifier la transmission d'informations entre professionnels de santé dans le cadre de la protection sociale.

Sous section 1 Les organismes de protection sociale

La généralisation de la médecine sociale concerne aussi les organismes de protection sociale à l'intention et au sein desquels une communication nécessaire et parfois obligatoire est organisée.

La notion de secret partagé serait une émanation des rapports institués entre le médecin traitant et la sécurité sociale, l'Ordre national des médecins permettant, avant la rédaction de dérogations légales au secret, aux assurés sociaux de bénéficier des prestations. *« La thèse d'un secret partagé fut créée de toute pièce pour rassurer les médecins traitants qui avaient bien compris que leur collaboration impliquait l'abandon de leurs prérogatives en matière de conservation des informations médicales (...). Le secret partagé constitue ainsi un compromis : l'information médicale peut être transmise au médecin conseil par ce qu'il apparaît comme un confident toléré. Il apparaît en tout cas préférable de lui donner des indications plutôt que d'avoir à les transmettre aux services administratifs de la caisse. »⁴⁷⁰*

Les dispositions de la loi du 4 mars 2002 organisent le partage du secret professionnel entre professionnels, dans l'intérêt du malade ou pour ce qui est strictement nécessaire à l'exercice de leur mission. *« Deux ou plusieurs professionnels de santé peuvent toutefois, sauf opposition de la personne dûment avertie, échanger des informations relatives à une même personne prise en charge, afin d'assurer la continuité des soins ou de déterminer la meilleure prise en charge sanitaire possible ».*

Institué dans l'intérêt supérieur qu'est l'intérêt thérapeutique du patient⁴⁷¹, le partage de l'information couverte par le secret bénéficie du fait justificatif de l'autorisation de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁴⁷².

Ces conditions, associées à la double hiérarchie de l'assurance maladie destinée à protéger les praticiens conseils⁴⁷³, ont été accusées de limiter la mutation du secret médical en

⁴⁶⁹ SAVATIER R., Ibid., pp 279-280

⁴⁷⁰ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 137

⁴⁷¹ ZORN-MACREZ C., *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Collection « Santé, qualité de vie et handicap », PUN, 2010, p. 26

⁴⁷² ZORN-MACREZ C., *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Collection « Santé, qualité de vie et handicap », PUN, 2010, p. 27 Sur la distinction qui doit être faite entre échange, transfert unidirectionnel ou réciproque de données et partage qui permet de rendre les informations accessibles à plusieurs personnes

secret professionnel. Ceci serait un frein à la mise en place d'une liquidation intégrée des prestations au sein de l'assurance maladie, limitant l'efficacité des contrôles et augmentant les coûts de fonctionnement de la sécurité sociale pris en charge par les cotisants.

Le secret fait ainsi l'objet de nombreuses réflexions, la portée de certaines propositions allant jusqu'à le remettre totalement en cause.

Sous section 2 L'accès aux documents par l'assuré

La possibilité d'accès aux données et leur maîtrise dépend de textes généraux qui s'appliquent à l'ensemble des professionnels de santé.

La procédure de création d'un traitement de données à caractère personnel est définie par la loi du 6 janvier 1978 modifiée par la loi du 6 août 2004.⁴⁷⁴ Elle a, dans la ligne des directives 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données, profondément renouvelé les mécanismes de protection de la vie privée institués à l'origine par la loi du 6 janvier 1978 en limitant le champ des interventions a priori de la C.N.I.L. et en développant celui des contrôles a posteriori.⁴⁷⁵

Comme pour tout ce qui concerne l'accès aux dossiers médicaux, la possibilité de communication des pièces détenues par les services de l'assurance maladie aux assurés sociaux et aux ayants droit a été modifiée respectivement par la loi du 12 avril 2000⁴⁷⁶ et par la loi du 4 mars 2002.⁴⁷⁷ Il est essentiel de développer l'apport de ces deux lois sur le droit et les conditions d'accès aux documents médicaux détenus par les services médicaux de l'assurance maladie en nous inspirant principalement de l'analyse diffusée dans deux publications internes à l'assurance maladie.⁴⁷⁸

Précédemment aux dispositions actuelles, la loi du 6 janvier 1978⁴⁷⁹ ne permettait l'accès à des informations à caractère médical, pour l'exercice du droit d'accès de l'intéressé, que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désignait à cet effet. Les mêmes conditions étaient retrouvées dans la loi du 17 juillet 1978⁴⁸⁰ et la loi du 3 janvier 1979.⁴⁸¹

La loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations du 12 avril 2000 a développé la notion de communication des documents administratifs.

⁴⁷³ BENEVISE J.-F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local Les médecins conseils de la sécurité sociale*, Rapport n° RM2006-140A, Septembre 2006

⁴⁷⁴ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004

⁴⁷⁵ Courrier juridique des affaires sociales et des sports, n° 84, septembre octobre 2010

⁴⁷⁶ Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, JO du 13/04/2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations

⁴⁷⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, JO du 05/03/2002

⁴⁷⁸ Circulaire CNAMTS n° 74/2002 du 14 mai 2002, non publiée et LR DSM-56/2003 du 26/09/2003 reprenant l'ensemble des dispositions applicables suite à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, non publiée

⁴⁷⁹ Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

⁴⁸⁰ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public

⁴⁸¹ Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives

Lorsqu'il y a risque d'atteinte au secret de la vie privée ou au secret professionnel, elle a limité strictement cette communication aux seules personnes intéressées.

La loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé a modifié le code de la santé publique et permet l'accès direct, pour les assurés sociaux qui le demandent, aux documents médicaux détenus par les professionnels et établissements de santé et non plus seulement par l'intermédiaire de leur médecin.

Dans un souci d'harmonisation, la loi a modifié dans le même temps, par son article 14, l'article 40 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés et l'article 6 II de la loi du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public⁴⁸².

Les articles essentiels dans l'analyse du droit donné au patient à un regard sur les soins qui lui sont apportés et à l'accès à l'information sur son état de santé ont été cités plus avant. On rappelle qu'il s'agit tout d'abord de l'article L. 1111-7 alinéa 1 du code de la santé publique, de l'article L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale et de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique.

La loi formalise une interaction déjà reconnue par la jurisprudence⁴⁸³ entre obligation d'information par le médecin⁴⁸⁴ et volonté du malade.

Le contenu de l'information a priori doit être complet et porter à la fois sur l'état de santé du malade et son évolution prévisible mais aussi comporter une présentation des actes préconisés, leurs éventuelles alternatives, leurs avantages, inconvénients et risques respectifs.⁴⁸⁵ L'information doit être transmise sous une forme «*simple, intelligible et loyale*»⁴⁸⁶ qui permet la formation de la volonté du malade.

Cette volonté du malade d'accéder d'une façon adaptée à ses connaissances médicales⁴⁸⁷ peut s'opposer ou s'associer à la dissimulation limitant l'étendue de l'information.

⁴⁸² Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 modifiée portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public

⁴⁸³ Les évolutions ont été multiples à la recherche d'une information équilibrée allant des risques normalement prévisibles et risque graves quoique exceptionnels aux risques fréquents ou graves normalement prévisibles

⁴⁸⁴ VIALLA F., THIAM A., « L'accès au dossier médical », pp. 161-178 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p. citant CE, 23 avril 1997, n° 138786 (O. Dupuy, La gestion des informations relatives au patient, LEH 2005, p. 59, note 5) nécessité d'assistance par un médecin ; CE, 26 septembre 2005, n° 270234 (AJDA, 13 févr. 2006, p. 308, note J.-P. Markus ; Rev. Droit & Santé, 2006, n° 11, p. 297, note E. Giorgetti-de Saint Jean ; « Les recommandations de bonnes pratiques parfois susceptibles de recours », Dr. adm. 2005, n° 11, comm. 162 ; JCP G 2005, n° 42, IV, 3300 ; « Modalités de communication du dossier médical », JCP A 2005, n° 41, act. 621 ; Gaz. Pal., 2006, jsp., n° 101). Plus spécifiquement pour l'accès à un dossier relevant de la psychiatrie CE, 10 avril 2009, n° 28973 (Rev. Droit & Santé 2009, n° 30, obs. F. Violla; CE, 10 avril 2009, n° 289794 (JCP A 2009, « Conditions de communication d'un dossier psychiatrique », n° 17, act. n° 500 ; Rev. Droit & Santé 2009, n° 30, obs. F. Viala à trouver) et ibid. pp. 176-178, 253 et s. pour les conditions d'exception sur cet accès article L. 1111-7 Csp et R. 1111-5

⁴⁸⁵ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », Revue de droit sanitaire et social 2005 p. 423

⁴⁸⁶ Voir article R. 4127-35 du code de la santé publique

⁴⁸⁷ Art. R. 4127-35 du code de la santé publique « *Le médecin (...) Tout au long de la maladie (...) tient compte de la personnalité du patient dans ses explications et veille à leur compréhension.* »

Dans le sens de la limitation d'information à destination du malade, cette information est assurée par le médecin dans le respect des règles professionnelles qui lui sont applicables.⁴⁸⁸ Le renvoi au code de déontologie pérennise de la sorte implicitement une pratique antérieure⁴⁸⁹ qui peut n'amener à « révéler qu'avec circonspection un pronostic fatal et l'autorise (le médecin⁴⁹⁰) à taire un diagnostic ou un pronostic graves dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience. Cette faculté de dissimulation, ouverte au médecin dans des conditions dont sa conscience est seule juge, est ainsi légitimée par sa finalité thérapeutique. »⁴⁹¹ Cette obligation d'information porte aussi a posteriori sur les risques nouvellement identifiés⁴⁹² ceci afin de limiter leurs conséquences sanitaires potentielles.⁴⁹³ Les autorités sanitaires disposent du pouvoir de mettre en demeure les professionnels, organismes et établissements de santé d'informer les personnes concernées⁴⁹⁴ lorsque cette information n'a pas été faite conformément aux dispositions de l'article L. 1111-2 du code de la santé publique.⁴⁹⁵

Il est clair que les dispositions présentées ci-dessus ne concernent pas directement les praticiens conseils qui ne fournissent pas des soins et ne bénéficient d'une transmission de données que dans les suites des demandes émanant des assurés sociaux par l'intermédiaire de leur praticien traitant. Celui-ci indique par exemple sur le formulaire du protocole de soins ou sur l'imprimé d'entente préalable la ou les pathologies nécessitant la réalisation des soins. Les praticiens conseils interviennent donc en second rang, l'information ayant déjà été transmise par leur médecin.

Une information portant sur des risques liés aux soins peut par contre relever du service du contrôle médical s'il apparaît que l'assuré n'a pas bénéficié de tout le droit auquel il pourrait prétendre.

Un exemple récent correspond au courrier adressé sur demande du ministère par la caisse nationale d'assurance maladie aux assurés ayant bénéficié de remboursements de Médiator®, ce médicament pouvant entraîner des complications particulières.

Le patient peut selon les termes propres de la loi refuser de lui-même l'information⁴⁹⁶ dans la limite des risques qu'il pourrait faire courir de lui-même à un tiers en cas de possibilité

⁴⁸⁸ Art. L. 4127-1 du code de la santé publique « Un code de déontologie, propre à chacune des professions de médecin, chirurgien-dentiste et sage-femme, préparé par le conseil national de l'ordre intéressé, est édicté sous la forme d'un décret en Conseil d'Etat. »

⁴⁸⁹ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », Revue de droit sanitaire et social 2005 p. 423

⁴⁹⁰ Art. R4127-35 du code de la sécurité sociale « (...) sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade (...). »

⁴⁹¹ Art. R4127-35 du code de la sécurité sociale « (...) mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite. »

⁴⁹² TABUTEAU D., « Sécurité sanitaire et droit de la santé », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 823

⁴⁹³ Art. L.1421-3-1 et L.1421-3-2 du code de la santé publique

⁴⁹⁴ Art. L. 1413-13 du code de la santé publique

⁴⁹⁵ FAVEREAU E., « Le journalisme, de l'information médicale à l'information santé », SEVE n° 9, Dossier Information et santé, janv. 2006

⁴⁹⁶ ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », Revue de droit sanitaire et social 2005 p. 423 « (...) la dissimulation n'est plus une faculté du médecin, c'est un droit du malade (...) ». « La parole du médecin est subordonnée au respect de la volonté du malade. Il en va de même de son silence. »

de contagion.⁴⁹⁷ Sur un plan pratique, il semble difficile d'envisager une application réelle de cette condition. En effet, comment un patient pourrait-il refuser une information médicale qu'il a lui-même recherchée et comment pourrait-il décider de limiter le contenu de cette information sans avoir déjà reçu une partie conséquente même limitée ? Pour maîtriser l'information, il faut l'avoir déjà reçue et il semble difficile d'envisager une naïveté totale du patient sur sa situation médicale. Un suivi régulier par un professionnel⁴⁹⁸ ou dans une structure spécialisée en cancérologie s'accommode t'il d'un diagnostic bénin ? Quoiqu'il en soit, cette possibilité semble rassurer potentiellement les intervenants de soins, ce qui justifie son existence.

Les dispositions du décret du 29 avril 2002⁴⁹⁹, décret pris en application de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique qui définit la nature des informations personnelles détenues par les professionnels, les établissements de santé ou un hébergeur agréé, ne concerne pas directement les services de l'assurance maladie. Celle-ci n'a pas été expressément citée par la loi et ne répond pas aux définitions légales d'établissement de santé ou d'hébergeur de données.⁵⁰⁰

L'origine des documents concernés par une éventuelle communication présente par contre un certain nombre de spécificités liées à la réglementation de la sécurité sociale.

§ 1 Les sources des documents soumis à communication

La transmission d'informations aux praticiens conseils sur les informations des assurés sociaux repose sur une autorisation légale prévue par l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale. Nous reproduisons ci-dessous ce texte du fait de son importance dans la pratique quotidienne du service du contrôle médical.

Article L. 315-1 du code de la sécurité sociale :

« I.-Le contrôle médical porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ainsi que des prestations prises en charge en application des articles L. 251-2 et L. 254-1 du code de l'action sociale et des familles.

II.-Le service du contrôle médical constate les abus en matière de soins, de prescription d'arrêt de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations. Lorsque l'activité de prescription d'arrêt de travail apparaît anormalement élevée au regard de la pratique constatée chez les professionnels de santé appartenant à la même profession, des contrôles systématiques de ces prescriptions sont mis en œuvre dans des conditions définies par la convention mentionnée à l'article L. 227-1. Lorsqu'un contrôle effectué par un médecin à la demande de l'employeur, en application du dernier alinéa de l'article 1er de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle, conclut

⁴⁹⁷ Art. L. 1111-2, alinéa 2, du code de la santé publique « La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission. »

⁴⁹⁸ Pour avoir entendu personnellement une « interview » d'un éminent cancérologue français nationalement reconnu qui affirmait n'avoir aucune difficulté pour annoncer un diagnostic à ses patients. Un tel spécialiste soigne-t-il fréquemment des gripes ou des lombalgies aiguës ?

⁴⁹⁹ Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002

⁵⁰⁰ Art. L. 1111-8 du code de la santé publique

à l'absence de justification d'un arrêt de travail, ce médecin transmet son avis au service du contrôle médical de la caisse. Si ce service conclut également, au vu de cet avis, à l'absence de justification de l'arrêt de travail, la caisse suspend le versement des indemnités journalières après en avoir informé l'assuré. (...) ;

IV.-Il procède également à l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des professionnels de santé dispensant des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie, de l'aide médicale de l'Etat ou de la prise en charge des soins urgents mentionnée à l'article L. 254-1 du code de l'action sociale et des familles, notamment au regard des règles définies par les conventions qui régissent leurs relations avec les organismes d'assurance maladie ou, en ce qui concerne les médecins, du règlement mentionné à l'article L. 162-14-2. La procédure d'analyse de l'activité se déroule dans le respect des droits de la défense selon des conditions définies par décret. Par l'ensemble des actions mentionnées au présent article, le service du contrôle médical concourt, dans les conditions prévues aux articles L. 183-1, L. 211-2-1 et au 5° de l'article L. 221-1, à la gestion du risque assurée par les caisses d'assurance maladie.

IV. bis.-Le service du contrôle médical s'assure de l'identité du patient à l'occasion des examens individuels qu'il réalise, en demandant à la personne concernée de présenter sa carte nationale d'identité ou tout autre document officiel comportant sa photographie.

V.-Les praticiens-conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret médical. »

Les articles L. 162-29 du code de la sécurité sociale pour les établissements de santé publics et L. 162-29-1 pour les établissements de santé privés associés à l'article R. 166-1 du code de la sécurité sociale⁵⁰¹ concernent l'accès aux données.

L'article L. 162-30-1 du code de la sécurité sociale et l'article L. 1112-2-2 du code de la santé publique précisent que « (...) les médecins conseils des organismes d'assurance maladie ont accès, dans le respect des règles de déontologie médicale, à ces informations lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de leurs missions. »⁵⁰²

Les demandes de communication peuvent concerner des informations formalisées détenues par le service médical et recueillies lors de l'activité des praticiens conseils conformément aux missions fixées par les articles du code de la sécurité sociale cités ci-dessus. Ces demandes peuvent émaner de plusieurs demandeurs.

§ 2 La demande de l'assuré social

L'information ou la non-information du patient dépendent soit du choix de l'intéressé de ne pas la recevoir, soit de circonstances objectives qui empêchent de la donner.⁵⁰³

⁵⁰¹ décret d'application n° 2006-307 du 16 mars 2006

⁵⁰² KULLING G., SCIORTINO V., « L'accès au dossier médical hospitalier par le médecin conseil de l'Assurance Maladie », Revue générale de droit médical, n° 37, décembre 2010, p. 229, Les études hospitalières

⁵⁰³ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

Initialement, la question qui était posée était de savoir s'il était possible de justifier la communication d'informations au patient sur sa demande.⁵⁰⁴

Il ne peut être omis l'avis fréquemment cité portant sur l'absence d'appartenance à quiconque, même pas le patient lui-même, du secret professionnel. S'appuyant sur l'absence initiale de précision de l'ancien article 378 du code pénal sur la question, certains ont pu penser que le secret pouvait être opposable au patient pour les informations le concernant en propre. Cette opinion a rapidement fait l'objet d'avis contraires tant de la loi, de la jurisprudence que de la doctrine.

1 L'assuré maîtrise la dérogation à la règle du secret

Conformément aux dispositions du code de la santé publique, l'assuré bénéficie d'un libre accès aux données personnelles de santé le concernant.

1-1 Un libre accès pour l'assuré

Les lois du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 40 « *Les informations à caractère médical* » et du 17 juillet 1978 relative à la liberté d'accès aux documents administratifs complétées par la loi du 11 juillet 1979, définissent un libre accès aux informations d'ordre personnel et médical pour les personnes concernées qui les demandent.

L'introduction du code de déontologie au sein de la partie réglementaire du code de la santé publique a complété ces conditions.⁵⁰⁵ Il avait déjà été défini l'impossibilité pour le professionnel de santé de s'opposer de façon systématique à une demande de son patient⁵⁰⁶, que ce soit par la jurisprudence⁵⁰⁷ que par la doctrine.⁵⁰⁸

Le principe de communication de documents médicaux directement aux assurés sociaux s'applique au service médical. En effet, les praticiens conseils, dans le cadre de leurs missions, sont dépositaires d'informations relatives à la santé des assurés et, à ce titre, visés par les nouvelles dispositions relatives au libre accès de toute personne aux données de santé la concernant.

⁵⁰⁴ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 64

⁵⁰⁵ Art. R. 4127-4 du code de la santé publique, « *Le secret professionnel, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* »

⁵⁰⁶ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 65

⁵⁰⁷ Cass. Soc. 01 juil. 72, J.C.P., 1972, IV, p. 92, G.P. 1973, 1, 22, « *L'obligation de respecter le secret médical est édictée dans l'intérêt du malade. Elle ne saurait être opposée à celui-ci quand la détermination de ses droits dépend des renseignements demandés.* »

⁵⁰⁸ VERON M., *Ibid.*, La responsabilité pénale, p. 83, « (...) *La question se pose de savoir si le médecin est tenu au secret à l'égard du malade lui-même. Aujourd'hui, la réponse négative est admise par la majorité des médecins et des juristes.* » Dans le même sens, FOUGERE C., « *Le secret médical et le malade (I)* », le concours médical, 21/09/85, 33, p. 3, « *Le médecin ne saurait se retrancher derrière l'article 378 pour refuser d'informer son patient, pas plus que celui-ci ne saurait poursuivre son médecin en correctionnelle pour lui avoir révélé son diagnostic ou son pronostic. La raison est bien simple : le malade n'est pas un tiers par rapport à son médecin et l'article 378 n'est pas applicable à leurs relations.* »

1-2 La possibilité de limiter la communication

La question importante à évoquer ici ne correspond pas à la nécessité de justifier la transmission d'information, la lecture des termes de l'article L. 1111-7 alinéa 1 du code de la santé publique ne laissant persister aucun doute⁵⁰⁹, mais bien à la possibilité de limiter cette communication.

1-2-1 L'assuré peut limiter la communication

La possibilité pour un assuré social de limiter l'accès aux informations concernant sa santé a fait l'objet de travaux dans lesquels la bonne foi est évoquée. L'argumentation principale, bien que reconnaissant le droit pour un assuré à maîtriser ces données, s'intéresse aussi à l'abus de droit. L'assuré ne doit pas « *abuser d'une faculté que lui confère la loi en l'utilisant à des fins pour lesquelles elle n'a pas été prévue, se servant ainsi de la loi pour atteindre un but non digne de protection.* »⁵¹⁰

L'administré devrait agir de bonne foi, fournir à l'administration des informations justes et fiables pour lui permettre de prendre des décisions valables et exactes. « *Une attitude contraire à la bonne foi devra être sanctionnée et les décisions obtenues en sa faveur pourront être révoquées en principe en tout temps.* »⁵¹¹

En retour, l'administration serait tenue, elle aussi, en retour à, agir en toute bonne foi. « (...) *les rapports entre l'administration et les administrés doivent être dominés par une confiance réciproque, et cette confiance doit être protégée.* »⁵¹² Le risque d'un abus de droit, abus de pouvoir administratif, sous prétexte d'intérêt général, reste important.⁵¹³

Dans la pratique, il est fréquent de voir cité, souvent à mauvais escient, l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ». Il est souvent opposé à l'assuré une réglementation tellement complexe que même les professionnels de ce droit peuvent hésiter.

A contrario, cette complexité ne devrait pas amener le juge à adapter l'application des textes dans un intérêt individuel, « *social* », parfois opposé à l'intérêt de la société.⁵¹⁴

⁵⁰⁹ Art. L. 1111-7 du code de la santé publique « *Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé, (...).* »

⁵¹⁰ KNAPP B., *Précis de droit administratif*, 4^{ème} éd. Bâle – Francfort sur le Main, 1991, p. 94, n° 507

⁵¹¹ DUC J.-L., « L'abus de droit et la bonne foi dans le domaine des assurances sociales selon la pratique du tribunal fédéral des assurances », p. 256 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁵¹² DUC J.-L., « L'abus de droit et la bonne foi dans le domaine des assurances sociales selon la pratique du tribunal fédéral des assurances », p. 257 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁵¹³ GUILLOT A., *Revue internationale de droit comparé*, Année 1964, Volume 16, Numéro 1, p. 231 – 233, à propos de Dubouis L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, 470 p.

⁵¹⁴ Voir sur ce point MERZ H., *Commentaire Bernois*, N° 60 ad art. 2 CC in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p. « *Bien que influencé par le principe de la bonne foi, le postulat selon lequel un droit doit être exercé en fonction de, et en conformité avec sa finalité ne saurait conduire à une orientation sociale des droits et obligations.* »

1-2-2 Les limites à la disposition du secret par l'assuré

Nous avons été amenés à évoquer la possibilité d'accès aux informations sur sa demande à un assuré social souffrant d'un trouble psychiatrique sérieux et qui représentait un risque pour ses soignants, notamment son médecin traitant qui avait utilisé des termes médicaux dans sa demande d'exonération pouvant provoquer une réaction du patient⁵¹⁵.

Cette possibilité de limitation du secret admet cependant plusieurs sens.

- Le patient peut ne pas avoir été mis au courant de la maladie dont il souffre⁵¹⁶. Il semble difficile d'envisager un refus de communication d'un patient à sa famille si celui-ci ne possède pas d'information à cacher. Le patient n'étant pas informé, ne peut faire le choix du refus de communication. Au contraire, le sentiment qu'il pourrait ressentir devant une impression qu'on lui cache quelque chose ne peut être déforable au respect de ses droits⁵¹⁷.
- Le code de santé publique prévoit dans son article L. 1111-2 que lorsque des tiers sont susceptibles d'être contaminés, le médecin non seulement est sensé ne pas pouvoir omettre le diagnostic fatal⁵¹⁸ mais en sus passer outre la volonté du malade d'ignorer le diagnostic et informer les proches des risques encourus, comme pour les maladies contagieuses comme le syndrome d'immunodéficience acquis (S.I.D.A.)⁵¹⁹.
- Le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès de la personne concernée, seule titulaire du droit.⁵²⁰ A contrario, il est affirmé que le secret ne s'éteint pas avec le décès du patient.
- Des informations confidentielles portant sur des tiers et figurant dans le dossier médical d'un assuré doivent être occultées préalablement à la communication de son dossier médical au demandeur.⁵²¹

⁵¹⁵ La simple évocation d'un trouble psychiatrique peut être rejetée par un patient

⁵¹⁶ Art. R. 4127-35 du code de la santé publique « (...) sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-7, dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, (...) »

⁵¹⁷ Sur le point du soupçon et du risque posé par le secret voir KOPP N., *Questions éthiques soulevées par la prise en charge de la maladie de Creutzfeld-Jakobs*, Thèse soutenue le 2 décembre 2002, Spécialité éthique médicale et biologique, Université René Descartes, Paris 5, p. 32

⁵¹⁸ Du fait de la conjonction des deux derniers alinéas de l'article R. 4127-35 du code de la santé publique « (...), un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans les cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination.(...) » et « (...) Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec circonspection, mais les proches doivent en être prévenus, sauf exception ou si le malade a préalablement interdit cette révélation ou désigné les tiers auxquels elle doit être faite. »

⁵¹⁹ FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII, p. 37

⁵²⁰ Cass. Civ. 1^{er}, 14 déc. 1999, concl. Av. gén. Cécile Petit : JCP 2000, II, 10241 ; Cass. crim., 20 oct. 1998 : D. 1999, 106, note Beignier ; JCP 99, II, 10044, note Loiseau, Paris, 6 mars 1998 : D. 1999, som. Com. 167, obs. T. Massis. B. Beignier, La vie privée : un droits des vivants, note sous civ. 1^{er}, 14 déc. 1999 et Versailles, 17 juin 1999, D. 2000, 372

⁵²¹ CADA 19 déc. 2002, Min. Fonction publ., réforme État et Aménagement territoire, n° 20024609-CCF: préc. note 28

La jurisprudence, puis la loi ont apporté des éléments quant au contenu et à la preuve et aux modalités de l'information.⁵²²

2 Le patient ne maîtrise pas la dérogation à la règle du secret

La communication est possible dans un certain nombre de situations qui ont en commun l'obligation d'intervenir dans l'intérêt du patient.

2-1 La communication aux proches

La famille, les proches du malade ou encore la personne de confiance lors d'un diagnostic ou de pronostic grave peuvent bénéficier de la communication d'informations lorsque ceci permet le soutien direct du malade.

Cette communication nécessite la vérification l'absence d'opposition du patient. En cas de refus de sa part, la communication reste impossible.

La loi du 4 mars 2002 a introduit dans la démarche de communication la personne de confiance qui peut être destinataire des informations de santé.⁵²³ Dans une lecture stricte du texte, si le malade est conscient et capable, la place de cette personne de confiance se limite à une mission d'assistance et d'accompagnement. Par contre, sur mandat exprès du patient, celle-ci, comme n'importe quelle autre personne mandatée, peut accéder aux informations au lieu et place du patient.

Ainsi, en ce qui concerne l'éventualité d'un patient ignorant certaines informations et qui pourrait faire l'objet d'une nécessité d'accompagnement vers la « découverte de la vérité », *« la présence d'une tierce personne lors de la consultation de certaines informations peut être recommandée par le médecin les ayant établies ou en étant dépositaire, pour des motifs tenant aux risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir à la personne concernée. Le refus de cette dernière ne fait pas obstacle à la communication de ces informations. »*⁵²⁴ Il ne s'agit bien évidemment pas d'empêcher la communication, mais bien de l'accompagner dans le cadre d'une prise en charge conjointe de l'ensemble des professionnels de santé.

Toute autre est la possibilité que définit la loi d'empêcher la communication dans certains cas particuliers. *« A titre exceptionnel, la consultation des informations recueillies, dans le cadre d'une hospitalisation sur demande d'un tiers ou d'une hospitalisation d'office, peut être subordonnée à la présence d'un médecin désigné par le demandeur en cas de risques d'une gravité particulière. En cas de refus du demandeur, la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie. Son avis s'impose au détenteur des informations comme au demandeur. »* Il ne s'agit plus de respecter les droits du patient,

⁵²² Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

⁵²³ Art. L. 1111-6, alinéa 1^{er} du code de la santé publique *« toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions »*

⁵²⁴ Art. L. 1111-2, al. 5 du code de la santé publique

droits qui dans les hospitalisations imposée sont protégés par d'autres articles du code de la santé publique, mais plutôt de préserver à la fois les tiers qui ont dû intervenir pour établir la demande et l'ensemble de la société des risques provoqués par une démence.

Nous sommes ainsi placés dans une situation qui relève actuellement des conditions de la loi du 5 mars 2007 réformant la protection juridique des majeurs et qui doit s'adapter aux conditions préexistantes dans le code civil.

2-2 Les personnes protégées

Les termes de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique en lien avec le décret 29 avril 2002⁵²⁵ définissant les conditions d'application de cette loi encadrent soit simplement, soit strictement⁵²⁶ cette communication dans certaines situations médicales particulières.

En théorie, la loi ne reconnaît pas au sens général aux personnes ne possédant pas toutes leurs capacités le droit d'effectuer un acte valable⁵²⁷, donc d'accéder directement aux données de santé les concernant. L'impossibilité de communiquer est reconnue par la jurisprudence.⁵²⁸ Il peut s'agir d'une incapacité mentale⁵²⁹ ou d'une incapacité juridique liée à l'âge pour des patients mineurs. Il peut s'agir aussi d'une impossibilité matérielle du fait de la non-compréhension d'une langue⁵³⁰ pouvant nécessiter une traduction en langue vernaculaire⁵³¹.

La comparaison de cette disposition avec d'autres textes montre que les difficultés ne peuvent être tranchées aussi simplement.

S'agissant des personnes majeures protégées⁵³², la loi rappelle l'obligation de protection de leurs droits, notamment en ce qui concerne le consentement⁵³³, et du respect de la dignité humaine⁵³⁴.

⁵²⁵ Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002

⁵²⁶ ⁵²⁶ Art. L. 1111-7 du code de la santé publique. « *Ce délai est porté à deux mois (...) lorsque la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie en application du quatrième alinéa. (...).* »

⁵²⁷ Art. 414-1 du code civil « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. (...).* »

⁵²⁸ Contra BICHERON F., « Majeur protégé », Cass. Civ. 1^{ère}, 13 janvier 2004, 01-16.823 (F-P), AJ Famille © Editions Dalloz 2009 et Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 2004, 01-00.333 (FS-P) ; Cass. Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, 00-16.305 (n° 707 FS-P+B), Pas de violation du secret professionnel suite à la remise au fils d'une patiente d'un certificat médical attestant que l'état de santé de celle-ci lui semble nécessiter l'ouverture d'une mesure de curatelle mais le médecin traitant doit se borner à donner son avis sur l'opportunité d'une mesure de protection sans livrer aucune information relative à l'état de santé de son patient

⁵²⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2000, Bull. 2000, I, n° 159, p. 103, pourvoi n° 98-18.513

⁵³⁰ KOPP N., « Autonomie et autonomies », in KOPP N., THOMAS-ANTERION C., RETHY M.-P., PIERRON J.-P., *Alzheimer et autonomie*, Médecine et Sciences Humaines, Les Belles Lettres, 2010, p. 38

⁵³¹ KOPP N., « Réflexions éthiques sur la prise en charge du Creutzfeld-Jakobs », p. 25, in KOPP N. (sous la direction de), RETHY M.-P., BRECET C., CHAPUIS F., *Ethique médicale interculturelle, Regards francophones*, Cultures et médecines, Ed. l'Harmattan, 2006, 218 p.

⁵³² Art. 425 du code civil « *Toute personne dans l'impossibilité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération, médicalement constatée, soit de ses facultés mentales, soit de ses facultés corporelles de nature à empêcher l'expression de sa volonté (...).* »

⁵³³ Art. 458 du code civil « *Sous réserve des dispositions particulières prévues par la loi, l'accomplissement des actes dont la nature implique un consentement strictement personnel ne peut jamais donner lieu à assistance ou représentation de la personne protégée.* »

La personne protégée prend seule les décisions le concernant dans la mesure où son état le permet⁵³⁵ mais ces dispositions ont fait l'objet d'adaptations destinées à permettre une coordination entre les textes. Ainsi, l'application de cette autonomie prévue par le code civil « ne peut avoir pour effet de déroger aux dispositions particulières prévues par le code de la santé publique (...) prévoyant l'intervention d'un représentant légal. »⁵³⁶

Il peut ainsi exister des différences de traitement en fonction des régimes de protection.

Les majeurs sous sauvegarde de justice⁵³⁷ ou curatelle ne peuvent se voir opposer aucune restriction à la maîtrise de l'accès aux données de santé les concernant.⁵³⁸

Les majeurs sous tutelle ne bénéficient que d'un droit limité.⁵³⁹ Ils ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décisions les concernant, d'une manière adaptée à leurs facultés de discernement⁵⁴⁰ et dans le respect des particularités liées à l'incapacité.⁵⁴¹ Ce droit n'est pas étendu à l'accès au dossier médical. « L'accès aux données de santé formalisées dans le dossier médical est une prérogative du tuteur. Le patient protégé par une mesure tutélaire ne peut même pas exercer le droit d'opposition à l'accès direct que le législateur reconnaît aux mineurs. »⁵⁴²

Il persiste la possibilité d'accès aux informations concernant un majeur sous tutelle sur demande de son représentant légal⁵⁴³ même s'il semble nécessaire de lui permettre d'exercer le même droit d'opposition que pour les mineurs.

2-3 La possibilité de recourir à un mandataire

Le Conseil d'Etat a rappelé dans une décision du 26 septembre 2005⁵⁴⁴ que les informations de santé peuvent être communiquées à une personne mandatée par le patient pouvant justifier de son identité et disposer d'un mandat exprès, c'est-à-dire dûment justifié.⁵⁴⁵

⁵³⁴ Art. 415 du code civil « Les personnes majeures reçoivent la protection de leur personne et de leurs biens (...). Cette protection est instaurée et assurée dans le respect des libertés individuelles, des droits fondamentaux et de la dignité de la personne. Elle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée. (...) »

⁵³⁵ Art. 459 du code civil « Hors les cas prévus à l'article 458 (soit la déclaration de naissance d'un enfant, sa reconnaissance, les actes de l'autorité parentale relatifs à la personne d'un enfant, la déclaration du choix ou du changement du nom d'un enfant et le consentement donné à sa propre adoption ou à celle de son enfant), la personne protégée prend seule les décisions relatives à sa personne dans la mesure où son état le permet. » La personne chargée de la protection du majeur ne peut, sauf urgence, « sans l'autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué, prendre une décision ayant pour effet de porter gravement atteinte (...) à l'intimité de sa vie privée. »

⁵³⁶ Art. 459-1 du code civil

⁵³⁷ Art. 435 du code civil « La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. (...) »

⁵³⁸ Ce qui exclut pour la partie présentée ci après la protection des incapables comme fondement de l'intervention de la personne de confiance

⁵³⁹ Art. L. 1111-2 du code de la santé publique

⁵⁴⁰ Art. L. 1111-2, al. 5 du code de la santé publique

⁵⁴¹ COELHO J., *Hospitalisations psychiatriques sous contrainte*, Ed. Les Etudes Hospitalières, coll. « Tout savoir », le délai est porté à deux mois lorsque la commission départementale des hospitalisations psychiatriques est saisie dans le cadre d'une hospitalisation sous contrainte

⁵⁴² COELHO J., « Dossier médical et rôle de l'avocat dans la procédure d'accès par le patient ou ses ayants droit », *Actualité Juridique Famille* 2007 p. 472, Editions Dalloz 2009

⁵⁴³ Accès aux informations personnelles de santé détenues par un professionnel ou un établissement de santé., Rapport établi par le Conseil national de l'Ordre des médecins, 17 mai 2002

⁵⁴⁴ CE 26 sept. 2005, *Conseil National de l'Ordre des Médecin*, n° 270234, D. 2005. IR, 2545 ; AJDA 2005. 1873 ; *ibid.* 2006. 308, note J.-P. Markus . V. S. Czuwak, Modalités de communication du dossier médical :

La désignation du mandataire incombe aux représentants légaux du patient incapable mineur ou majeur sous tutelle et aux ayants droit si le patient est décédé.⁵⁴⁶
Peut aussi être concernée la personne de confiance que l'assuré aura désignée.⁵⁴⁷

La question de la possibilité pour un avocat d'obtenir transmission du dossier de son client dans le cadre d'un mandat général doit être évoquée.

2-3-1 Le mandat donné à un avocat

Le cas particulier du mandat donné à un avocat peut être évoqué. En effet, certaines demandes de communication d'informations peuvent émaner d'avocats qui évoquent fréquemment le mandat général défini par l'association des articles 4 et 6 de la loi du 31 décembre 1971.⁵⁴⁸

Suite à ces textes et au titre d'auxiliaire de justice, un avocat peut poser des actes juridiques au nom et pour le compte de son client. Il est considéré comme habilité à assister et représenter ses clients en justice sans avoir à justifier d'un mandat écrit, sous réserve des exceptions prévues par les textes légaux et réglementaires.

Ceci étant précisé, des questions se posent au moment de la mise en œuvre du droit d'accès aux informations de santé formalisées dans le dossier médical. La première est certainement de savoir si le patient ou ses ayants droit peuvent mandater un tiers et a fortiori un avocat pour accéder au dossier médical à leur lieu et place.

La seconde est de déterminer si le mandat peut être présumé ou s'il doit être express.

L'avocat peut remplir des missions diverses. Il assiste, conseille, représente, défend son client⁵⁴⁹ dans « l'intérêt supérieur » de la justice qui ne peut se concevoir sans avocat.⁵⁵⁰
« La confidentialité des communications entre les avocats et leurs clients (doit) être protégée au titre du droit de l'Union ».⁵⁵¹

commentaire de l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 septembre 2005, Gestions Hospitalières, n° 450, nov. 2005, p. 739 et D. Cristol, Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des recommandations de bonne pratique, RDSS, n° 2006. 53

⁵⁴⁵ COELHO J., « Dossier médical et rôle de l'avocat dans la procédure d'accès par le patient ou ses ayants droit », Actualité Juridique Famille 2007 p. 472, Editions Dalloz 2009 La décision rappelle que la personne mandatée ne peut avoir de conflit d'intérêts et défendre d'autres intérêts que ceux du mandant et il est recommandé de rappeler au mandant le caractère personnel des informations qui seront communiquées à la personne mandatée.

⁵⁴⁶ COELHO J., « Dossier médical et rôle de l'avocat dans la procédure d'accès par le patient ou ses ayants droit », Actualité Juridique Famille 2007 p. 472, Editions Dalloz 2009

⁵⁴⁷ Art. L. 1111-6 du code de la santé publique. « Toute personne majeure peut désigner une personne de confiance qui peut être un parent, un proche ou le médecin traitant, et qui sera consultée au cas où elle-même serait hors d'état d'exprimer sa volonté et de recevoir l'information nécessaire à cette fin. Cette désignation est faite par écrit. Elle est révocable à tout moment. Si le malade le souhaite, la personne de confiance l'accompagne dans ses démarches et assiste aux entretiens médicaux afin de l'aider dans ses décisions [...] ».

⁵⁴⁸ Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

⁵⁴⁹ REPIQUET Y., Après l'arrêt Akzo Nobel, Gazette du Palais, 21 septembre 2010 n° 264, p. 16

⁵⁵⁰ CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, consid. 42

⁵⁵¹ CJUE, 14 sept. 2010, n° C-550/07, consid. 70

Le secret professionnel est donc une obligation pour l'avocat et une protection pour le client. Ce secret s'impose envers tous les tiers, même lorsqu'il existe un lien entre le tiers, le client et l'avocat. C'est le cas notamment d'une assurance défense et recours missionnant l'avocat.⁵⁵² De même, un avocat peut assister et représenter autrui devant les administrations publiques⁵⁵³.

Il est de plus en plus fréquent qu'un avocat demande à recevoir communication du dossier médical de son client ou affirme le représenter lors d'une demande de transmission à un médecin nommément désigné. Il estime ne pas avoir à justifier d'un mandat.

Pour nous cette affirmation générale doit être tempérée selon les conditions des cas d'espèce concernés.

Ainsi, l'article 6 de la loi suscitée précise que l'assistance devant une administration publique est possible sous réserve des dispositions législatives et réglementaires. Or les dispositions du code de déontologie médicale définissent clairement les devoirs d'un médecin dans la protection des données concernant une personne malade et il n'existe pas d'exercice médical qui échappe à l'obligation de respecter le secret professionnel dont le médecin est dépositaire et le malade seul propriétaire.

On retrouve cette notion dans l'article L. 1110-4 du code de la santé publique qui, en utilisant spécifiquement les termes de secret prévoit que « *Toute personne prise en charge par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation, expressément prévus par la loi, ce secret couvre l'ensemble des informations concernant la personne venues à la connaissance du professionnel de santé, de tout membre du personnel de ces établissements ou organismes et de toute autre personne en relation, de par ses activités, avec ces établissements ou organismes. Il s'impose à tout professionnel de santé, ainsi qu'à tous les professionnels intervenant dans le système de santé.* »

2-3-2 Une présomption de mandat

De nombreux textes excluent la présomption de mandat. Nous prendrons pour exemple la notion évoquée ci-dessus du mandat de l'avocat.

Ainsi l'article 576 du code de procédure pénale exige la justification personnelle d'un pouvoir spécial pour un pourvoi en cassation.⁵⁵⁴ De même, un mandat de négociation, de

⁵⁵² Cass. Crim. 27 octobre 2004, 04-81.513, Bull. 2004 n°259, p.969 au sujet d'un procès pénal. L'avocat ne peut rien révéler à un tiers (l'assurance), même à la demande de son client assuré

⁵⁵³ Article 6 de la loi n°71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, modifié par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990, JORF du 5 janvier 1991

⁵⁵⁴ Article 576 Cpp « *La déclaration de pourvoi doit être faite au greffier de la juridiction qui a rendu la décision attaquée. Elle doit être signée par le greffier et par le demandeur en cassation lui-même ou par un avoué près la juridiction qui a statué, ou par un fondé de pouvoir spécial ; dans ce dernier cas, le pouvoir est annexé à l'acte dressé par le greffier. Si le déclarant ne peut signer, le greffier en fera mention. Elle est inscrite sur un registre public, à ce destiné et toute personne a le droit de s'en faire délivrer une copie.* » confirmé par Cass. Crim., 16 novembre 1999, n° 97-84424 99-80858, Publié au bulletin criminel 1999 N° 258 p. 808

conciliation⁵⁵⁵, d'action⁵⁵⁶, de transaction et de signature au nom et pour le compte d'un client et qui engage irrévocablement ce dernier par une proposition ou une offre de contracter doit être spécifique et ne peut avoir un caractère général.⁵⁵⁷

Lorsque le mandat comporte le pouvoir de disposer de fonds, effets ou valeurs ou d'aliéner les biens du mandant, il y a nécessité d'une stipulation expresse ou une autorisation spéciale et écrite du mandant.

L'article 8 du décret du 12 juillet 2005 relatif aux règles déontologiques de la profession d'Avocat⁵⁵⁸ pose en principe que « *l'avocat doit justifier d'un mandat écrit sauf dans les cas où la loi ou le règlement en présume l'existence.* »

A contrario, en droit fiscal, aucune disposition législative ou réglementaire applicable au ne subordonne la possibilité pour un avocat de représenter un contribuable à la justification du mandat qu'il a reçu.⁵⁵⁹

De même il serait difficilement acceptable d'aller à l'opposé des droits garantis par l'article 6-1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme (C.E.D.H.) qui évoque le droit à un défenseur et à un procès équitable et donc la possibilité même d'être d'entendre un défenseur en l'absence de la partie.⁵⁶⁰

En définitive, il semble utile de suivre un avis de la Commission de déontologie de la conférence des bâtonniers en date du 9 septembre 2009 qui précise que « *bien qu'étant dispensé de justifier de son mandat auprès d'une juridiction, si le mandat est contesté, l'avocat doit pouvoir justifier par tout moyen de son mandat.* » En effet, la présomption de mandat est une présomption simple qui supporte la preuve contraire⁵⁶¹. Elle ne correspond pas à une dispense de détenir un mandat mais bien de le présenter spontanément sauf contestation.⁵⁶²

L'avocat semble donc justifié, s'il possède un mandat, à demander la transmission de toutes données concernant son client dans le cadre strict du contentieux pour lequel il intervient. Le praticien conseil du service du contrôle médical, qui possède l'information et est lié par le

⁵⁵⁵ Articles 3 et 4 du décret 2008-715 du 18 juillet 2008 modifiant les règles applicables à la conciliation devant le conseil de prud'hommes en cas d'absence du mandant

⁵⁵⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 14 décembre 2000, n° 98-14949, Publié au bulletin 2000 II N° 172 p. 122 A propos d'une action en réponse au titre de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 par un mis en cause

⁵⁵⁷ Voir sur ce point le droit du travail et la conciliation prud'homale dans le décret 2008-715 du 18 juillet 2008 et l'article R. 1453-1 du code du travail complété par les articles R. 1454-12 et R. 1454-13 et qui impose la comparaison personnelle des parties et l'impossibilité pour l'Avocat de les représenter sans motif légitime

⁵⁵⁸ Décret 2005-790 du 12 juillet 2005

⁵⁵⁹ Avis du Conseil d'Etat statuant au contentieux, 8^{ème} et 3^{ème} sous-sections réunies, 5 juin 2002, n° 242862, Inédit au recueil Lebon, « (...) sous réserve des dispositions législatives et réglementaires excluant l'application d'un tel principe dans les cas particuliers qu'elles déterminent, les avocats ont qualité pour représenter leurs clients devant les administrations publiques sans avoir à justifier du mandat qu'ils sont réputés avoir reçu de ces derniers dès lors qu'ils déclarent agir pour leur compte. » Mais les organismes de protection sociale ne sont à ce jour pas des administrations publiques mais bien des organismes privés effectuant un service public. Leur contentieux ne relève d'ailleurs pas du droit administratif.

⁵⁶⁰ Confirmé par Cass. Crim. Assemblée Plénière 2 mars 2001 N° 00-81388

⁵⁶¹ Cass. Com. 19 octobre 1993 Bull. Civ. IV n° 339

⁵⁶² L'Article 416 alinéa 1 du code de Procédure Civile définit comme principe que « *Quiconque entend représenter ou assister une partie doit justifier qu'il en a reçu le mandat ou la mission* ». Mais il admet comme exception que « *l'avocat ou l'avoué est toutefois dispensé d'en justifier.* »

secret, semble justifié à demander la preuve de l'existence d'un mandat dans les cas où il est placé en situation de protection du secret.

2-4 Demande provenant d'un tiers

Il arrive fréquemment qu'un tiers soit amené à intervenir dans la démarche de soins et, plus spécifiquement en ce qui concerne notre travail dans les procédures administratives au sein des régimes de protection sociale.

2-4-1 La demande de transmission en l'absence d'accord de l'assuré

Il peut s'agir d'intervenir dans l'intérêt du patient, celui-ci étant vivant mais n'étant pas apte à intervenir. L'intérêt de la famille peut alors se confondre avec celui du patient. Contrairement aux stipulations du code de déontologie médicale⁵⁶³ qui limite la transmission aux cas dans lesquels le patient n'est pas en état de s'exprimer, la doctrine semble estimer que le secret doit être révélé à la famille.⁵⁶⁴

Cela sous-tend que l'intérêt de la famille se conjugue ici avec l'intérêt du malade.⁵⁶⁵ Notre expérience professionnelle nous fait suivre Loiret lorsqu'il estime que ce n'est pas toujours le cas, des conflits pouvant même exister entre membres proches de cette famille sur la notion de révélation du secret, notamment dans les cas de succession complexe.⁵⁶⁶

2-4-2 Les titulaires de l'autorité parentale

Pour les demandes concernant une personne mineure⁵⁶⁷, le droit d'accès direct aux informations concernant le mineur est exercé par le ou les titulaires de l'autorité parentale. Celui-ci peut s'opposer à cette communication^{568,569}, notamment lorsqu'il a reçu des soins sans leur consentement ou, s'il ne s'oppose pas, demander que cet accès ait lieu par l'intermédiaire d'un médecin, les informations étant, au choix du titulaire de l'autorité parentale, adressées au médecin qu'il a désigné ou consultées sur place en présence de ce médecin.⁵⁷⁰

⁵⁶³ Art. R. 4127-51 du code de la santé publique « *Le médecin ne doit pas s'immiscer sans raison professionnelle dans les affaires de famille ni dans la vie privée de ses patients.* »

⁵⁶⁴ FOUGERE L., « Le secret médical et le malade (II) », *Concours médical*, 28/09/85, 107-34, p. 3, 227, « *La communauté d'intérêts et de sentiments sanctionnée par le droit civil ne permet pas de considérer comme des tiers les membres de la famille du malade.* » Dans le même sens FLECHEZUX G., note sous Cass. crim. 17/06/80, J.C.P. 82, II, 19721, « *Encore faut-il qu'il y ait un consentement au moins tacite du malade ou que ce dernier soit dans l'incapacité de donner un consentement éclairé (à une intervention médicale).* »

⁵⁶⁵ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 112

⁵⁶⁶ Pour des informations personnelles non médicales, ne sont pas considérés comme « personnes intéressées » mais comme des tiers à qui la communication peut être refusée, un ex-conjoint CADA 17 oct. 1996, *Sous-Préfet Draguignan*: n° 1996336 ; un frère, CADA 19 févr. 1987, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer*: n° 1987020

⁵⁶⁷ Art. L.1111-7 du code de la santé publique

⁵⁶⁸ Art. 6, 3ème alinéa du décret n° 2002-637 du 29 avril 2002

⁵⁶⁹ Voir l'article L. 1111-5 du code de la santé publique qui permet la mise en œuvre de soins sans autorisation du représentant légal pour un mineur si ce dernier s'oppose à la transmission d'informations

⁵⁷⁰ Accès aux informations personnelles de santé détenues par un professionnel ou un établissement de santé., Rapport établi par le Conseil national de l'Ordre des médecins, 17 mai 2002

Le médecin détenant les données devra s'efforcer de convaincre le mineur d'accepter la communication des informations mais il ne peut aller au-delà d'une opposition confirmée.⁵⁷¹

La gestion de telles situations est complexe au sein de l'assurance maladie.

Certaines situations posent difficultés principalement du fait de la coexistence des sources d'informations disponibles au sein de l'assurance maladie. Les éléments détenus par le service du contrôle médical concernent des informations médicales et personnelles. Les données détenues par les services administratifs portent sur les situations administratives telles que les exonérations du ticket modérateur, les invalidités, etc.

La position du praticien conseil est particulière. Il peut faire l'objet de demande émanant d'un assuré social pour transmission d'informations concernant un ayant droit au sens juridique du code de la sécurité sociale. Cela devrait correspondre au titulaire de l'exercice de l'autorité parentale pour les mineurs ou au représentant reconnu de la personne protégée mais on doit constater que la vérification des liens administratifs est complexe.

On pourrait évoquer la possibilité pour une mineure d'obtenir une interruption de grossesse sans l'accord de ses parents et donc de ne pas voir ceux-ci obtenir l'information grâce à l'examen de son dossier.

Dans la pratique, la question ne se pose pas. Le service du contrôle médical ne possède pas ces données, les actes concernés ne faisant pas l'objet de démarches d'autorisation. Au niveau administratif, le remboursement des établissements réalisant l'acte se fait sous forme anonyme sans possibilité de retrouver l'identité de la personne.

Se pose théoriquement⁵⁷² la question d'une demande portant sur un dossier dans lequel il a été reconnu une exonération du ticket modérateur pour des soins consécutifs aux sévices subis par les mineurs⁵⁷³.

Moralement, serait-il acceptable qu'un assuré responsable de tels actes sur un de ses ayant droits puisse obtenir des informations sur le mineur ?

Il appartient au praticien conseil auprès de qui une demande de communication a été faite de rechercher auprès du praticien traitant si le mineur a manifesté son opposition au droit d'accès, tout particulièrement quand il y a eu traitement sans l'accord des parents.⁵⁷⁴

Néanmoins la question reste complexe pratiquement. Comment demander l'avis du mineur sans que ses parents soient informés de la démarche ? Nous ne possédons pas de réponse sur ce point qui ne s'est heureusement jamais présenté à notre connaissance.

⁵⁷¹ Art. L. 1111-2 du code de la santé publique « (...) Les droits des mineurs ou des majeurs sous tutelle mentionnés au présent article sont exercés, selon les cas, par les titulaires de l'autorité parentale ou par le tuteur. Ceux-ci reçoivent l'information prévue par le présent article, sous réserve des dispositions de l'article L. 1111-5. Les intéressés ont le droit de recevoir eux-mêmes une information et de participer à la prise de décision les concernant, d'une manière adaptée soit à leur degré de maturité s'agissant des mineurs, soit à leurs facultés de discernement s'agissant des majeurs sous tutelle (...). »

⁵⁷² Nous n'avons heureusement jamais entendu évoquer un tel cas en pratique

⁵⁷³ L'article L. 322-3 15 concerne les mineurs victimes d'actes prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal

⁵⁷⁴ Le refus de communication a comme voie de recours la Commission d'Accès aux Documents Administratifs

3 Commissions et fonds d'indemnisation

Il doit être évoqué les situations dans lesquelles la loi a défini la possibilité de transmission de données sans l'accord explicite de l'assuré. L'assuré peut en effet avoir intérêt à ce qu'il existe une communication sans son accord lorsque que celle-ci relève de la bonne gestion de son dossier.

C'est le cas de la transmission par les services médicaux de données à destination de la Commission régionale de conciliation et d'indemnisation des patients victimes d'accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales (C.R.C.I.). C'est le patient qui est à l'origine de la demande mais il ne relève pas de sa compétence de mettre en œuvre la transmission d'informations qui doit être directe.

C'est aussi le cas pour la gestion des maladies professionnelles lors de l'intervention des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles.

3-1 La Commission régionale de conciliation et d'indemnisation

La loi du 4 mars 2002 dans son article 98 a mis en place un dispositif d'indemnisation spécifique des patients victimes d'accidents médicaux, des affections iatrogènes et infections nosocomiales, système destiné à favoriser le règlement amiable de ce type de sinistres⁵⁷⁵. La loi permet à toute personne s'estimant victime d'un accident médical⁵⁷⁶ de saisir une Commission régionale de conciliation et d'indemnisation.

Dès lors que la victime présente un dommage qui atteint un certain seuil de gravité, la commission doit « *émettre un avis sur les circonstances, les causes, la nature et l'étendue des dommages ainsi que sur le régime d'indemnisation applicable* »⁵⁷⁷ avec selon les cas, possibilité d'intervention de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (O.N.I.A.M.) qui est l'organisme chargé d'indemniser les victimes d'accidents médicaux non fautifs ou par l'assureur du responsable.⁵⁷⁸

La commission devant se prononcer en fonction des documents fournis par le demandeur, peut décider de diligenter une expertise médicale dont le rapport d'expertise est transmis à chacun de ses membres avant la réunion. La C.R.C.I. peut obtenir communication de tout document y compris d'ordre médical, chaque partie concernée recevant copie des documents communiqués. Dans ces conditions, le praticien conseil est amené, en cas de demande et dans l'intérêt de l'assuré afin qu'il puisse bénéficier d'une juste indemnisation, à communiquer les éléments en sa possession.

⁵⁷⁵ DESIDERI P., « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », PA200212212, Petites affiches, 19 juin 2002 n° 122, P. 67

⁵⁷⁶ LEMAIRE P., « Les droits de la défense du patient devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation » [*Les droits des usagers des secteurs sanitaires et social : bilan et perspectives*], Rev. Génér. Dr. Méd., n° 32, pp. 91-95, sept. 2009

⁵⁷⁷ BEJUI-HUGUES H., BESIERES-ROQUES I., « Evaluation et réparation de dommages corporels à la suite d'un accident : quelques notions », Actualité Juridique Famille 2004 p. 305, Editions Dalloz 2009

⁵⁷⁸ Art. L. 1142-14 et L. 1142-17 code de la santé publique

La loi du 4 mars 2002 rappelle que le secret professionnel n'est pas opposable à l'expert médical dans le cadre de la mission, celui-ci étant tenu au devoir de réserve et au secret professionnel.⁵⁷⁹

L'avis, le rapport d'expertise et tous les documents communiqués par le demandeur sont ensuite transmis dans le respect du secret médical, à l'assureur et/ou à l'O.N.I.A.M. chargés de faire une offre. La caisse primaire d'assurance maladie fait aussi l'objet de l'envoi de la décision, l'expertise étant envoyée spécifiquement au praticien conseil du service du contrôle médical.⁵⁸⁰

Cette information concerne aussi la Commission nationale des accidents médicaux qui peut accéder, dans des conditions permettant d'assurer le respect du secret médical à l'égard des tiers déterminées par un décret en Conseil d'État, aux données non anonymisées détenues par les commissions régionales⁵⁸¹, afin de remplir une mission d'harmonisation des pratiques.⁵⁸²

3-2 Le Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante (F.I.V.A.)

La loi prévoit la communication des informations par les services de l'assurance maladie directement aux experts du F.I.V.A. sans nécessité de consentement de l'assuré.

3-3 Le Fonds de Garantie des assurances obligatoires de dommages (F.G.A.O.)

Contrairement au Fonds d'Indemnisation des Victimes de l'Amiante F.I.V.A. pour lequel un texte prévoit la communication des informations, il n'existe aucun texte pour le F.G.A.O. et la Commission d'Indemnisation des Victimes d'Infractions (C.I.V.I.).

Le Fonds de Garantie des assurances obligatoires de dommages a été créé initialement pour indemniser les victimes d'accidents de la circulation, dont les auteurs étaient soit non assurés, soit non identifiés. Ses compétences ont été progressivement élargies jusqu'à la gestion du Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions (F.G.T.I.).

Dans chaque département, au sein de chaque Tribunal de Grande Instance, la C.I.V.I. statue sur les demandes d'indemnisation présentées par les victimes d'infractions ou leurs ayants droit.

3-4 Le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles

La gestion des demandes de reconnaissance des maladies professionnelles peut, dans certains cas, faire l'objet d'un avis du comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles (C.R.R.M.P.) constitué de professionnels de santé. Il y a alors transmission

⁵⁷⁹ Incidences pratiques de la loi sur l'expertise technique concernant les accidents médicaux, les affections iatrogènes et les infections nosocomiales, Petites affiches, 19 juin 2002 n° 122, P. 87, PA200212214

⁵⁸⁰ Les avis sont des documents administratifs mais ne sont pas communicables à des tiers tels qu'universitaires et chercheurs CADA 1^{er} avr. 2004, *Directeur de l'ONIAM*, avis n° 200041039: *AJDA 2004. 1115; ibid. 1257, tribune Cadeau* hormis possibilité de communication des protocoles transactionnels signés par l'Office national d'indemnisation, après occultation des mentions identifiant les victimes

⁵⁸¹ Art. L. 1142-10 du code de la santé publique

⁵⁸² Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 13 mai 2009, NOR : *BCFX0824886L* suite à une proposition de loi de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures déposée par Monsieur J.-L., WARSMANN, Document mis en distribution le 5 août 2008. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2008. N° 1085

systématique et spontanée à ce comité de l'ensemble du dossier constitué par la caisse primaire d'assurance maladie et le service du contrôle médical. Ce dernier communique au comité les éléments médicaux qu'il possède et concernant la demande⁵⁸³.

L'assuré n'est donc pas à l'origine de la demande de transmission, il en est seulement informé mais, étant à l'origine de la demande de reconnaissance d'une maladie professionnelle, il est supposé donner son accord. En cas de refus, sa demande ne pourrait aboutir.

Dans ces cas, on estime pouvoir valider cette communication directe. En effet, même s'il ne fait pas la demande initiale, l'assuré est informé de la démarche qui relève de l'organisation des administrations concernées et c'est dans son strict intérêt que celle-ci est réalisée. L'absence de transmission empêcherait toute indemnisation.

4 L'absence de communication dans l'intérêt du malade

Le champ d'application de l'article R. 2147-35 du code de la santé publique, ancien article 35 du code de déontologie médicale, est large et prévoit que « (...) *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves, sauf dans le cas où l'affection dont il est atteint expose les tiers à un risque de contamination* ». Le médecin apprécie en conscience la nécessité de taire ou non la réalité ou d'adapter le mode de transmission de l'information.

La question doit être posée de l'articulation entre le texte de portée législative obligeant le médecin à fournir l'information, sauf exceptions prévues par d'autres textes de loi et le code de la santé publique dont les articles sont de portée réglementaire. Soit il existe une incompatibilité entre les deux textes, le plus ancien résultant d'un décret se trouvant tacitement abrogé, soit le texte réglementaire qui concerne la déontologie n'a pas été modifié afin de laisser aux médecins une marge d'appréciation pour exercer leur devoir humainement et en conscience.⁵⁸⁴

Les précisions successives encadrant ce droit accordé au professionnel de santé tant par la loi⁵⁸⁵ que par la jurisprudence⁵⁸⁶ ainsi que l'absence de décisions des juridictions disciplinaires de l'Ordre, dont nous rappelons qu'elles font l'objet d'une validation par le Conseil d'Etat en tant qu'instance de cassation, nous amènent à suivre les arguments de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter. Elle envisage la volonté du législateur de laisser coexister ces deux possibilités. L'évaluation de la justification du non-respect éventuel du droit à l'information relève du pouvoir du juge de première instance sous le contrôle des juridictions supérieures.

Pour respecter la déontologie, le médecin détenteur de l'information peut toujours, conformément à la loi, recommander la présence d'une tierce personne lors de la

⁵⁸³ Le fonctionnement du C.R.R.M.P. est développé dans le chapitre 3 Certaines particularités de la communication dans le régime accident du travail et maladies professionnelles

⁵⁸⁴ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

⁵⁸⁵ Lois dites Leonetti du 22 avril 2005

⁵⁸⁶ Cass. civ. 1re., 18 juillet 2000, Bull. 2000, I, n° 227, p. 149, pourvoi n° 99-10.886

communication pour des motifs tenant aux « *risques que leur connaissance sans accompagnement ferait courir au patient.* »⁵⁸⁷ La communication doit avoir lieu dans les délais prévus que le patient ait exprimé son acceptation ou son refus de suivre la recommandation entraîne une réponse portant sur l'absence de possibilité de transmission.

En revanche, dès lors que le médecin est tenu d'une « *obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient* », cela signifie qu'en tant que professionnel il doit lui communiquer un certain nombre de renseignements pour permettre à ce dernier de faire un choix. Le patient doit être mis en situation de prendre une décision en fonction de ses intérêts.⁵⁸⁸ C'est lui qui les détermine et apprécie la manière dont il entend qu'ils soient servis. Aussi l'information doit-elle avoir un contenu précis⁵⁸⁹ et c'est au professionnel de faire la preuve qu'il l'a donnée.⁵⁹⁰

Dans chacune des situations visées ci-après en cas de doute, notamment lorsque le praticien conseil suspecte que le patient n'est pas totalement informé de son état de santé, et pour prévenir toute difficulté, il est prévu qu'il doit prendre contact avec le praticien traitant conformément aux dispositions des codes de déontologie afin de convenir conjointement des modalités de communication.⁵⁹¹ Le praticien conseil peut ainsi suggérer au patient qui demande à accéder à son dossier de désigner un médecin intermédiaire. Cette précaution ne peut toutefois lui être imposée.

§ 3 La notion d'information

L'article L. 1111-2 du code de la santé publique pose le principe de l'exercice du devoir d'information, en prévoit les modalités et toutes les exigences pesant sur le médecin quand il doit recueillir le consentement du patient après avoir rempli son obligation d'information. Cette obligation est une condition du consentement libre et éclairé dont une jurisprudence maintenant fixée a posé les règles relatives à sa nature. L'information doit être claire, honnête, appropriée. Il est admis qu'une information claire est une information intelligible, facile à comprendre, qu'une information honnête est une information loyale et qu'une information appropriée est celle qui est adaptée à la situation du patient.

⁵⁸⁷ Accès aux informations personnelles de santé détenues par un professionnel ou un établissement de santé., Rapport établi par le Conseil national de l'Ordre des médecins, 17 mai 2002

⁵⁸⁸ DURAND-ZALESKI I., *L'information du patient : du consentement éclairé à la décision partagée*. Paris : Flammarion Médecine-Sciences, 1999

⁵⁸⁹ Art. L. 1111-2 du code de la santé

⁵⁹⁰ HIRSCH E., *La relation médecin-malade face aux exigences de l'information*. Paris, Doin, 1999.

⁵⁹¹ Art. R. 4127-103 du code de la santé publique « Sauf dispositions contraires prévues par la loi, le médecin chargé du contrôle ne doit pas s'immiscer dans le traitement ni le modifier. Si, à l'occasion d'un examen, il se trouve en désaccord avec le médecin traitant sur le diagnostic, le pronostic ou s'il lui apparaît qu'un élément important et utile à la conduite du traitement semble avoir échappé à son confrère, il doit le lui signaler personnellement. En cas de difficultés à ce sujet, il peut en faire part au conseil départemental de l'Ordre. » et art. R. 4127-253 du code de la santé publique pour la déontologie des chirurgiens dentistes

1 La teneur de l'information

Même si l'étude de l'information médicale dans le cadre d'une démarche de soins n'entre pas directement dans le champ de l'activité du service du contrôle médical, il est important d'en présenter les différents aspects. Les praticiens conseils doivent respecter les obligations prévues dans leur code de déontologie au cours de leurs missions qui les amènent à recevoir les assurés sociaux.

1-1 L'information sur les soins

L'information porte aujourd'hui sur les risques inhérents à la mise en œuvre de soins qui, en eux-mêmes, seraient susceptibles de faire l'objet d'une responsabilité pour faute prouvée.⁵⁹² Le contenu de l'obligation d'information n'a cessé de s'élargir.⁵⁹³ Concernant d'abord les risques graves⁵⁹⁴, le médecin n'est pas dispensé de cette obligation «*par le seul fait que ces risques ne se réalisent qu'exceptionnellement*»⁵⁹⁵ dès que «*l'acte médical envisagé(...) comporte des risques connus de décès ou d'invalidité, le patient doit être informé dans des conditions qui permettent de recueillir son consentement éclairé et si cette information n'est pas requise en cas d'urgence, d'impossibilité, de refus du patient d'être informé, la seule circonstance que les risques ne se réalisent qu'exceptionnellement ne dispense pas les praticiens de leur obligation.*»⁵⁹⁶ Par la suite, s'ajoutent aux risques graves tous les inconvénients de l'opération, la chirurgie esthétique nécessitant une obligation de résultats et donc d'information renforcée.⁵⁹⁷

Suite à l'étude des difficultés portant sur la communication des données, la question doit être évoquée des caractéristiques des informations pouvant faire l'objet de transmission par le service du contrôle médical.

Toute information médicale apportée dans le cadre d'une communication entre un patient et un professionnel de santé doit être loyale, claire et appropriée.⁵⁹⁸

*« Une information loyale est une information honnête, une information claire est une information intelligible, facile à comprendre et une information appropriée est une information adaptée à la situation du patient. »*⁵⁹⁹ Ces trois termes conjugués définissent les qualités requises de l'information donnée par le médecin.

⁵⁹² Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

⁵⁹³ La loi du 4 mars 2002 créant l'article L. 1111-7 du code de la santé publique parle des risques «*fréquents ou graves normalement prévisibles*»

⁵⁹⁴ Cass. Civ. 1ere, 27 mai 1998, Bull. 1998, I, n° 187, p. 126, pourvoi n° 96-19.161

⁵⁹⁵ Cass. Civ. 1ere, 7 octobre 1998, Bull. 1988, I, n° 291, p. 202, pourvoi n° 97-10.267

⁵⁹⁶ C. E., 5 janvier 2000, n° 181899, publié au Recueil Lebon

⁵⁹⁷ Cass. Civ. 1re 17 février 1998, Bull. 1998, I, n° 67, p. 45, pourvoi n° 95-21.715 confirmé par l'article L. 6322-22 du code de la santé publique

⁵⁹⁸ Art. R. 4127-35 du code de la santé publique «*le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille, une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose* ».

⁵⁹⁹ THOUVENIN D., *Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients*, Annexe du Rapport HAS Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, mars 2000, p. 23

« Ils impliquent que les renseignements fournis au patient soient appuyés sur des connaissances établies, que ceux-ci doivent lui être expliqués de telle façon qu'il les comprenne, enfin que le médecin ne saurait se borner à lui donner des informations générales, mais doit adapter l'information à la situation propre à la personne soignée. »⁶⁰⁰

1-2 Les limites éventuelles de l'information

La Cour de cassation a précisé que le médecin est tenu de donner une information au patient *« hormis le cas d'urgence, d'impossibilité ou de refus du patient d'être informé »*.⁶⁰¹ En cas de risque vital, le patient n'étant pas en état de s'exprimer, les soins s'imposent⁶⁰² et le médecin ne peut rester inactif, la famille proche ou la personne de confiance désignée pouvant être consultés. Une même situation se retrouve lorsque l'évolution d'une situation chirurgicale au cours de la réalisation d'un acte nécessite une adaptation des soins, le patient n'étant pas temporairement apte à recevoir l'information. Il n'est pas d'usage en France de *« réveiller »* un patient au cours d'une intervention afin de lui demander l'accord de réalisation d'actes complémentaires jugés nécessaires. Une information la plus complète possible devrait, pas contre, avoir été réalisée avant l'intervention si elle ne relevait pas de l'urgence.

Cette décision souligne l'aspect défensif et protecteur de la conception de l'obligation d'information pour le médecin qui ne pourra se voir reprocher une absence d'information à un patient qui a exprimé son droit au refus d'être informé, la compétence décisionnelle étant donnée au patient par l'article L. 1111-2 du code de la santé publique.⁶⁰³

1-3 L'origine de l'information

La Commission d'accès aux documents administratifs donne une définition *« extensive de la notion de documents administratifs, à la fois par la liste des documents, par la forme (écrite, sonore, visuelle, informatisée) qu'ils peuvent revêtir, et par leur caractère administratif, puisqu'ils peuvent émaner de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public. »*⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Recommandations Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, A.N.A.E.S. / Service des recommandations et références professionnelles / Mars 2000 p.10 : *« Pour assurer la qualité de l'information contenue dans les documents écrits diffusés au patient, il est recommandé que cette information soit :*

1°- hiérarchisée, repose sur des données validées, et présente les bénéfices attendus des soins envisagés avant l'énoncé des inconvénients et des risques éventuels(...)

2°- synthétique et claire, (...) ;

3°- compréhensible pour le plus grand nombre de patients, ce qui implique de soumettre pour avis les projets de documents à des patients, notamment par l'intermédiaire de leurs associations, voire même de les faire participer à leur élaboration. Il s'agit de s'assurer que les informations sont comprises, sinon de les modifier en conséquence ;

4°- validée, par exemple par les sociétés savantes, selon des critères de qualité reconnus (par exemple, critères de qualité des recommandations professionnelles utilisés par l'ANAES). »

⁶⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 7 oct. 1998

⁶⁰² Art. L. 1111-4 et R. 4127-9 du code de la santé publique

⁶⁰³ Art. L. 1111-2 du code de la santé publique : *« (...) La volonté d'une personne d'être tenue dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic doit être respectée, sauf lorsque des tiers sont exposés à un risque de transmission.(...) »*

⁶⁰⁴ COSTA J.-P., *« La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) »*, RFDA 1996 p. 184 RFDA © Editions Dalloz 2009

1-3-1 Les documents

L'article 1^{er} de la loi du 17 juillet 1978 précise que les documents sont « *tous dossiers, rapports, études, comptes rendus, procès-verbaux, statistiques, directives, instructions, circulaires, notes et réponses ministérielles qui comportent une interprétation du droit positif ou une description des procédures administratives, avis, prévisions et décisions* ». Cette définition est valable quel qu'en soit la forme écrite, digitale ou numérique et quel qu'en soit le support.

Toutefois, quel que soit son support, un document n'est communicable que sous sa forme définitive. Lorsqu'un document présente un caractère préparatoire à une publication ultérieure ou à processus de décision, la possibilité à communication est suspendue jusqu'à la fin de la démarche.

1-3-2 Les documents administratifs

Ont un caractère administratif tous les documents produits ou détenus par une administration publique tels que les administrations d'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes privés chargés de la gestion d'un service public lorsque ces documents sont liés à la gestion de ce service public.

L'éventail est large et concerne tout texte s'imposant au citoyen, c'est-à-dire tout texte ayant force obligatoire, que tout citoyen doit respecter et dont il doit pouvoir prendre connaissance selon l'adage *Nul n'est censé ignorer la loi*.⁶⁰⁵ Il s'agit notamment du droit communautaire, de la Constitution, des lois et textes assimilés comme les ordonnances, des décrets, des arrêtés ministériels, préfectoraux et municipaux, des circulaires ministérielles et de tous les actes réglementaires des collectivités locales.

Dans le même sens, certains auteurs⁶⁰⁶ évoquent la notion de données publiques émanant du secteur public pris dans son sens le plus large tel que les administrations et les entreprises de droit privé chargées d'une mission de service public comme l'Assurance maladie

En conséquence, il faut considérer qu'il existe des données publiques qui ne sont pas des documents administratifs dont notamment les documents parlementaires.

Les documents dont la communication serait susceptible de porter atteinte à certains intérêts ne peuvent être communiqués⁶⁰⁷ en raison du caractère sensible de leur contenu.⁶⁰⁸ On

⁶⁰⁵ FROCHOT D., « Les données publiques, les documents administratifs et les autres », Les Infostratèges <http://www.les-infostrateges.com>, 5 p., Publié le 16/11/2003

⁶⁰⁶ FROCHOT D., « Les données publiques, les documents administratifs et les autres, Les Infostratèges » <http://www.les-infostrateges.com>, 5 p., Publié le 16/11/2003

⁶⁰⁷ L'occultation des éléments posant difficulté permet la communication

⁶⁰⁸ Art. 6 paragraphe I de la loi du 17 juillet 1978

peut citer le secret des délibérations du gouvernement et des autorités responsables relevant du pouvoir exécutif⁶⁰⁹ :

- Le secret de la défense nationale ;
- Le secret de la conduite de la politique extérieure ;
- La monnaie et le crédit public ;
- La sûreté de l'Etat, la sécurité publique, la sécurité des personnes ;
- Le déroulement des procédures engagées devant les juridictions ou les opérations préalables à de telles procédures ;
- La recherche des infractions fiscales et douanières ;
- Les autres secrets protégés par la loi pour des cas expressément cités.

1-3-3 Les documents médicaux

Plus spécifiquement pour notre sujet, au sens de la loi du 17 juillet 1978, les documents médicaux constituent des documents administratifs nominatifs communicables aux intéressés, par l'intermédiaire du médecin qu'ils choisissent, sans que le secret médical puisse être opposé⁶¹⁰ et sans que les demandes de communication ne soient nécessairement motivées, aucun intérêt à agir n'étant exigé.⁶¹¹ En application des articles 6 et 6 bis de la loi, ces mêmes documents médicaux ne sont pas communicables à des tiers.

Néanmoins, on rappelle que la loi sur la démocratie sanitaire évoquée ci-dessus a élargi l'accès direct à l'assuré social sans obligation d'intervention intermédiaire par le médecin traitant.

1-3-4 Les intervenants ayant élaborés les documents

Les documents concernés par une éventuelle transmission peuvent avoir été élaborés par de multiples intervenants.

Les documents élaborés directement par le praticien conseil ou à sa demande

Dans le cadre des avis sur prestations, le service médical détient un certain nombre d'informations recueillies par le praticien conseil et regroupées dans une observation motivant son avis, dans un rapport d'invalidité ou un rapport d'évaluation d'incapacité partielle suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle. Les documents ainsi élaborés sont transmissibles à l'assuré sur sa demande.

C'est le cas également des rapports d'avis sapiteur ou d'expertise que ce soit en risque maladie ou en accident de travail.

⁶⁰⁹ La loi du 17 juillet 1978 excluant des documents administratifs certains documents à raison de leurs auteurs comme les assemblées parlementaires, pouvoir législatif, dans le cadre du principe de séparation des pouvoirs

⁶¹⁰ COSTA J.-P., « La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) », RFDA 1996 p. 184 RFDA © Editions Dalloz 2009

⁶¹¹ L'article 10 de la loi exclu la possibilité de reproduire, de diffuser ou d'utiliser à des fins commerciales les documents communiqués

Les documents élaborés conjointement avec le praticien traitant

Les dossiers peuvent contenir des documents élaborés conjointement avec le praticien traitant comme, par exemple, le protocole de soins, le rapport médical de retraite par inaptitude ou le protocole de soins post consolidation en risque accident du travail ou une maladie professionnelle. Ces documents sont transmissibles à l'assuré sur sa demande.

Les documents élaborés par d'autres professionnels de santé extérieurs à l'institution intervenant dans les soins

Les dossiers peuvent contenir aussi des informations élaborées par d'autres professionnels de santé extérieurs à l'institution et dont le service médical est destinataire. C'est le cas de la lettre ou du certificat du praticien qui est éventuellement à l'origine de la demande de prestation, des correspondances échangées entre professionnels de santé ou des pièces relatives aux soins comme le compte rendu d'hospitalisation ou le compte rendu opératoire. Ces documents sont transmissibles à l'assuré sur sa demande. L'arrêté du 15 avril 2008 relatif au contenu du livret d'accueil des établissements de santé rappelle les droits de la personne hospitalisée notamment en ce qui concerne les conditions d'accès aux informations de santé mentionnées à l'article L. 1111-7 du code de la santé publique et à l'arrêté du 5 mars 2004.⁶¹²

1-4 La forme de la transmission de l'information

La transmission d'informations ne peut être limitée par un formalisme particulier.

1-4-1 L'absence de forme de transmission de l'information

Les moyens de la transmission de l'information sont sans importance, tout moyen pouvant être utilisé.⁶¹³ Certaines situations particulières peuvent être prises en compte comme l'urgence liée à l'état de santé du patient⁶¹⁴ voire les risques d'atteinte aux droits fondamentaux de l'individu lors d'une hospitalisation psychiatrique.⁶¹⁵

La possibilité de communication d'informations orales dans des situations de soins⁶¹⁶ est conforme au code de la santé publique.⁶¹⁷ C'est le cas de l'article L. 1110-4 alinéa 6.⁶¹⁸

⁶¹² Modifié par l'arrêté du 3 janvier 2007

⁶¹³ Art. 1112-69 code de la santé publique « (...) par tous moyens appropriés (...) ».

⁶¹⁴ Art. R. 4127-35, alinéa 3, du code de la santé publique « un pronostic fatal (...) »

⁶¹⁵ Art. L. 3213-9 du code de la santé publique

⁶¹⁶ Sous condition toujours d'absence d'opposition du patient, à tout moment et qu'elle que soit sa forme orale ou écrite

⁶¹⁷ La communication sur la santé du patient est exclusivement ouverte à la famille, aux proches et à la personne de confiance dès lors que celui-ci y consent

⁶¹⁸ Art. L. 1110-4 al. 6 du code de la santé publique « (...) en cas de diagnostic ou de pronostic grave, le secret médical ne s'oppose pas à ce que la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance [...] reçoivent les informations nécessaires destinées à leur permettre d'apporter un soutien direct à celle-ci, sauf opposition de sa part »

Conformément aux conditions de cet article, la loi autorise la famille, les proches de la personne malade ou la personne de confiance à recevoir les informations leur permettant de lui apporter un soutien direct.⁶¹⁹

Les notions d'urgence et de pronostic vital s'associent évidemment à une communication rapide et ouverte, immédiate pour laquelle un support courrier ne saurait être adapté

L'article R. 4127-35 alinéa 3 du code de la santé publique pose l'exigence de communication avec la famille et les proches en cas de pronostic fatal.

L'article R. 1112-15 du code de la santé publique prévoit que la famille ou les proches des malades ou blessés hospitalisés en urgence doivent être prévenus⁶²⁰, les mêmes conditions étant spécifiquement rappelées pour les hospitalisations en milieu de soins « *psychiatriques* »⁶²¹.

L'article R. 1112-69 alinéa 1er du même code pose les mêmes principes en cas d'aggravation de l'état du malade ou de son décès⁶²² les possibilités de rencontre avec les professionnels pouvant donner ces informations devant être portées à la connaissance de tous.⁶²³

1-4-2 L'indifférence du moyen en cas de violation du secret

Il a été signalé que les moyens de la transmission de l'information étaient sans importance. Cette affirmation est vraie lorsque la transmission respecte la loi.

La question pourrait se poser lorsque la loi n'est pas respectée.

En matière de violation du secret, le moyen matériel est indifférent. La révélation peut être orale et s'être produite au cours d'une conversation ou de tout échange⁶²⁴ même avec l'entourage proche de celui qui révèle l'information.⁶²⁵ Elle peut être de forme écrite quel qu'en soit le support, qu'il reste limité à l'intimité, par exemple lettre ou certificat ou qu'il y ait publicité dans un livre ou un article de presse.

L'infraction est un délit instantané, consommé dès la première révélation. « *La révélation punissable ne suppose pas une divulgation. Le délit est constitué lorsque la violation du secret bénéficie à une personne unique.* »^{626 627}

Il existe des demandes exprimées sous forme orale, immédiate⁶²⁸, et qui ne laissent pas systématiquement un temps suffisant à la réflexion du détenteur de l'information.

⁶¹⁹ COELHO J., La communication d'informations de santé aux tiers, Actualité Juridique Famille 2008 p. 204, Editions Dalloz 2009

⁶²⁰ Art. R. 4127-35 du code de la santé publique, les informations doivent être délivrées avec circonspection

⁶²¹ Art. L. 3213-9 du code de la santé publique

⁶²² Art. R. 1112-69 al. 1 du code de la santé publique « (...) la famille ou les proches sont prévenus dès que possible et par tous moyens appropriés de celui-ci »

⁶²³ Art. R. 1112-44 du code de la santé publique

⁶²⁴ CA Paris, 15 mai 2001, Juris-Data n° 148683

⁶²⁵ CA Dijon, 18 nov. 1999, BICC n° 522, § 1181

⁶²⁶ Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 192

⁶²⁷ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

⁶²⁸ « A l'instant même » Le petit Larousse compact, 1996, p. 534

Cela peut être notamment le cas lors de la tenue des commissions de recours amiables (C.R.A.), voies de recours pour les décisions défavorables d'ordre administratif, et dans lesquelles siègent des représentants élus au sein des conseils des caisses primaires. Un certain nombre de demandes peuvent faire l'objet d'une information médicale visant à établir la justification médicale d'une prestation et à éclairer les membres de la C.R.A. sur certaines conditions particulières permettant une décision équitable respectant la réglementation. Un soin particulier doit être apporté à préserver le secret professionnel, les informations médicales devant rester anonymes.

1-5 Situations particulières

Plusieurs cas présentant des particularités dans la gestion de la communication des dossiers aux assurés sociaux sont à signaler.

1-5-1 Informations recueillies lors d'une analyse d'activité d'un professionnel de santé

L'analyse d'activité d'un professionnel de santé peut amener le praticien conseil à émettre un avis sur la qualité du service médical rendu, éventuellement après l'examen d'assurés. Ces informations, portant directement sur l'activité et/ou le comportement du professionnel, donc d'un tiers, ne sont pas communicables à l'assuré. En effet, les informations portant sur l'activité du professionnel de santé ne sont alors pas recueillies dans l'intérêt du patient, même si elles peuvent concerner son état de santé. Seules le sont les constatations médicales individuelles le concernant faites par le praticien conseil lors de la rédaction de l'observation.

Cette absence de communication doit s'associer à une information lorsqu'une complication est susceptible de survenir sans que l'assuré en soit préalablement informé contrairement à son droit.

1-5-2 Informations recueillies auprès d'un assuré social convoqué à sa demande

La demande d'un assuré social d'être convoqué par le service médical pour avis sur le traitement effectué par un professionnel de santé et ses conséquences comme une réclamation contre le système de santé, une recherche de responsabilité en cas de iatrogénie, doit être traitée de la même façon avec communication limitée aux constatations médicales du praticien conseil.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins interrogé sur la communication de ces éléments médicaux recommande, afin de respecter la déontologie, d'informer le professionnel de santé de la démarche entreprise par l'assuré et de le convier à apporter toute explication qu'il jugera nécessaire et utile. L'assuré social devra être informé de l'échange d'informations avec le professionnel de santé concerné.

1-6 L'intervention de la C.A.D.A.

Néanmoins, ces principes ont connu des tempéraments en lien avec les décisions de la Commission d'accès aux documents administratifs. Créée par l'article 5 de la loi du 17 juillet 1978, elle a pour objet de «*veiller au respect de la liberté d'accès aux documents administratifs*».

Bien qu'initialement dépourvue de pouvoir de décision et de sanction, bénéficiant d'un triple pouvoir d'avis sur demande d'un administré, de conseil aux autorités compétentes et de proposition quant aux modifications utiles des textes relatifs à la communication des documents administratifs, elle a été très rapidement rangée par la doctrine au nombre des autorités administratives indépendantes⁶²⁹ dont le champ de compétence peut parfois entrer en compétition avec celui de la C.N.I.L.⁶³⁰

La Commission a tout d'abord clarifié la notion de documents administratifs, «*à la fois par la liste des documents, par la forme (écrite, sonore, visuelle, informatisée) qu'ils peuvent revêtir, et par leur caractère administratif, puisqu'ils peuvent émaner de l'Etat, des collectivités locales, des établissements publics et des organismes, fussent-ils de droit privé, chargés de la gestion d'un service public.*»⁶³¹ Elle a exclu les documents préparatoires ou les documents juridictionnels.

Elle a exclu de l'obligation de communication les éléments détenus par une administration au titre d'une compétence de contrôle sur d'autres administrations ou d'une personne privée.⁶³² Ce sont alors ces administrations ou ces personnes privées qui sont dans l'obligation de communiquer. On pourrait envisager comme exemple, les liens existant entre A.R.S. et assurance maladie, les services de l'Etat ayant depuis longtemps un pouvoir de contrôle⁶³³. C'est cette dernière que serait soumise à l'obligation.

De la même façon, elle a assoupli par sa «*jurisprudence*» l'accès pour un tiers au dossier médical d'un proche décédé, tout en la soumettant à trois conditions :

- l'absence de litige connu par l'administration entre les ayants droit du défunt à ce sujet ;
- l'absence d'opposition du défunt exprimée formellement de son vivant ;
- l'assurance par le médecin traitant qu'aucun secret dont il aurait été dépositaire ne figure dans ce dossier.

L'accès aux documents administratifs médicaux reste un accès indirect permettant une démarche d'accompagnement.

⁶²⁹ COSTA J.-P., « La Commission d'accès aux documents administratifs » (CADA), RFDA 1996 p. 184 RFDA © Editions Dalloz 2009

⁶³⁰ Certaines propositions actuelles visent à la fusion de ces deux commissions

⁶³¹ COSTA J.-P., « La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) », RFDA 1996 p. 184 RFDA © Editions Dalloz 2009

⁶³² Comme par exemple des règlements intérieurs des entreprises détenus par les inspecteurs du travail

⁶³³ Ce contrôle a longtemps été limité à la validation a posteriori des actes

2 Les personnes pouvant accéder aux informations administratives

Toute personne physique ou morale, sans condition de nationalité, peut demander communication d'un document, sans avoir à préciser les motifs de sa demande ou à justifier d'un quelconque intérêt pour agir. Un document concernant une autre personne ne peut faire l'objet d'une diffusion.

Les documents communiqués par l'administration sont destinés à l'usage personnel du bénéficiaire et ne peuvent être utilisés à des fins commerciales⁶³⁴ mais l'administration concernée ne peut contrôler l'usage qui en réellement fait. Son seul pouvoir initial est de rappeler l'interdiction de la loi.

Le droit d'accès s'exerce, selon le souhait de l'intéressé, soit par consultation gratuite sur place, sauf si les impératifs de conservation du document s'y opposent, soit par délivrance d'une copie sur papier ou sur un support informatique identique à celui utilisé par l'administration.⁶³⁵

Il doit être noté la différence existant entre la législation découlant de la loi de 2004 et définissant un accès direct pour un patient à son dossier médical et les conditions émanant des lois contemporaines du 17 juillet 1978, de la loi du 4 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, et de celle du 3 janvier 1979 relative aux archives. La conjonction de ces lois pose des difficultés.

La loi du 17 juillet 1978 concernant les liens existant entre administration et administré est intéressante à étudier en ce qu'elle a introduit pour la première fois la possibilité pour un administré d'accéder aux données détenues par une administration le concernant. Cette loi, bien que contenant des éléments qui semblent devoir faire l'objet d'évolutions pour s'adapter à des lois ultérieures, notamment celle de 2004, contient des apports essentiels dans le cadre de notre travail. En effet, il peut être posé la question de l'application des conditions de cette loi pour le service du contrôle médical en lieu et place de la loi de 2004.

Dans cette dernière, la communication de données concerne très clairement le dossier médical du patient. Ce dossier pourrait être conçu comme limité au dossier de soins. Or même si l'on peut lier, par une construction intellectuelle évidente, soins et prise en charge par l'assurance maladie, cette prise en charge étant pour la plupart des assurés sociaux en France essentielle pour accéder aux soins, on doit relever que les praticiens conseils ont une interdiction conventionnelle et déontologique de pratiquer la médecine de soins. Le service du contrôle médical n'intervient donc pas à ce titre dans les soins.

La reconnaissance d'un secret partagé nécessaire pour la maîtrise sociale par le conseil national de l'Ordre des médecins semble être un argument à l'appui de cette hypothèse. Pourquoi y aurait-il nécessité de définir un secret partagé dans l'intérêt de l'assuré si ce partage était évident dans une démarche de soins au sein d'une équipe médicale ?

Nous pensons que le fondement de l'obligation de communication par le service du contrôle médical de pièces qu'il détient relève plutôt de la loi du 17 juillet 1978.

⁶³⁴ Art. 10 de la loi du 17 juillet 1978

⁶³⁵ Art. 4 de la loi du 17 juillet 1978

Dans cette loi, la règle est que l'administration sollicitée par un usager doit obligatoirement communiquer les documents administratifs qu'elle détient et ce même lorsqu'elle n'en est pas l'auteur, ceci sans que le demandeur ne soit amené à démontrer un droit à agir. C'est le cas lorsque les documents émanent d'une autre administration parfois étrangère⁶³⁶ ou d'une personne privée.

Une distinction doit être faite lorsque l'administration est destinataire des documents lorsqu'elle remplit une mission de contrôle ou de tutelle. Les conditions de la loi du 17 juillet 1978 s'appliquent alors. Lorsque le document émane d'une administration elle-même soumise à la loi de 1978, c'est cette dernière administration qui doit communiquer.⁶³⁷ Si le document émane d'une personne privée, le document ne prend pas le caractère d'un document administratif. La Commission d'accès aux documents administratifs se déclare incompétente pour connaître de la demande.⁶³⁸

La compétence de la C.A.D.A. cède en théorie le pas tant à la C.N.I.L. lorsque les documents concernés sont constitués de fichiers, quel qu'en soient les supports, qu'aux directeurs départementaux des Archives pour l'application de la loi du 3 janvier 1979 sans qu'il soit défini de doctrine d'ensemble ni d'intervention d'un organisme régulateur.

3 La justification de l'obligation d'information par le praticien conseil

La place particulière que possède actuellement le praticien conseil de l'Assurance Maladie doit faire l'objet d'une analyse de sa justification en ce qui concerne la communication d'information. On peut rejeter l'hypothèse d'un lien contractuel dans le cadre de l'organisation actuelle des organismes de sécurité sociale. Ce rejet pourrait ne pas être aussi systématique s'il y avait évolution des systèmes de protection.

3-1 L'absence de lien contractuel

On peut rappeler que la notion de secret a été historiquement liée, lors d'une première étape, à la thèse contractuelle développée dans un esprit libéral individualiste caractéristique du XIX^{ème} siècle et qui correspondait à la rédaction initiale de l'article 378 de l'ancien code pénal. Cet article évoquait le professionnel de santé comme « *dépositaire des secrets qu'on (lui) a confié* ». Il avait pour but de « *sanctionner la violation d'un contrat formé entre le praticien et son client.* »⁶³⁹.

L'intérêt du patient primait et permettait la sanction de la révélation du secret sans l'accord du patient.⁶⁴⁰

Un des principaux exemples régulièrement cités à l'appui de cette théorie correspond au célèbre arrêt Watelet qui a vu la violation du secret par un médecin. Le Docteur Bastien Lepage, ami d'un grand peintre, le sieur Watelet, a été attaqué par un article de journal sur sa

⁶³⁶ C'est le cas lors de demandes de prestation concernant des assurés sociaux résidants définitivement dans un autre pays

⁶³⁷ Par exemple une délibération d'une collectivité

⁶³⁸ Par exemple des règlements intérieurs des entreprises détenus par les inspecteurs du travail

⁶³⁹ MAYAUD Y., Ibid, p. 597 et s.

⁶⁴⁰ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 101

pratique médicale concernant les soins qu'il lui avait apportés.⁶⁴¹ Le médecin avait répliqué par une lettre ouverte dans une autre publication en défendant sa position par la révélation de la maladie fatale dont souffrait son patient et ami.

Il s'ensuivit un contentieux au cours duquel la chambre criminelle a rendu une décision avec l'attendu suivant : « *Attendu que cette disposition est générale et absolue et qu'elle punit toute révélation du secret professionnel, sans qu'il soit nécessaire d'établir à la charge du révélateur l'intention de nuire (...) que ce but de sécurité et de protection ne serait pas atteint si la loi se bornait à réprimer les révélations dues à la malveillance en laissant toutes les autres impunies, que le délit existe dès que la révélation a été faite avec connaissance indépendamment de toute intention de nuire.* »⁶⁴²

Dans le même temps, cette théorie sous tendait la possibilité pour ce professionnel de se voir autorisé à divulguer le secret par le patient lui-même qui en était propriétaire.⁶⁴³ On pouvait relever que « *le caractère contractuel du secret implique logiquement la liberté pour le patient d'en disposer, donc d'en délier le médecin.* »⁶⁴⁴, le consentement de la personne qui s'est confié suffisant à exclure l'application des peines de l'article 378 du code pénal.⁶⁴⁵

La situation persiste lors de la révélation par écrit par le médecin dans un certificat d'informations sur demande du patient « *mais il ne faut pas en déduire que le médecin est, pour l'avenir, relevé de tout secret quant au contenu des certificats qu'il a délivrés.* »⁶⁴⁶

Dans le sens contraire⁶⁴⁷, on relevait les avis de Legeais qui écrivait : « *Une telle manière de voir restreignait beaucoup trop la portée de la Loi ; comme s'il elle n'avait pas d'autre raison d'être que de protéger un intérêt privé, l'intérêt de la personne qui s'est confié au professionnel.* »

De la protection de l'intérêt privé de l'individu découlait une obligation générale et absolue.⁶⁴⁸

La thèse de la possession du secret par le patient se heurtait à la réalité. Le ministère public pouvait toujours poursuivre un médecin pour violation du secret même sans plainte déposée par le patient. Cette même thèse s'opposait à la vision extrême de certains professionnels d'un secret n'appartenant à personne, même pas au patient, la violation du secret étant considérée comme relevant d'un délit social. « *Le bénéficiaire du secret ne peut y renoncer et le confident ne peut être levé du secret par la personne qui le lui a confié.* »⁶⁴⁹

La question restait posée de définir le contrat correspondant à cette théorie.

⁶⁴¹ Nous ne précisons pas la pathologie concernée ni les soins précités, étant professionnel de santé et donc concerné par le secret médical qui ne s'éteint pas même après la disparition du patient

⁶⁴² Arrêt Watelet, trib. Correctionnel Seine, 11/03/1885 confirmé par C.A. de Paris le 5/05/1885, pourvoi rejeté par Cass. crim. Le 19/12/1885. Trois décisions in D. 1886, I, 347

⁶⁴³ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 104

⁶⁴⁴ SAVATIER R. et autres, *Traité de droit médical*, Ed. Librairies techniques, 1956, p. 275

⁶⁴⁵ RASSAT M.L., VOUIN R. ; *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1983, p. 347

⁶⁴⁶ KORNPROBST L., *Ibid.*, p.79

⁶⁴⁷ LEGEAIS R., *Jurisl. Dalloz, droit pénal : violation du secret médical*, 2, 1972, n° 15

⁶⁴⁸ Cass. Crim. 5/06/1985, S., 1886, I, 86 ; D. 1886, I, 37 ; *Concours médical* 19/07/1986, 108-29

⁶⁴⁹ GARCON E., *code pénal annoté*, édition refondue par ROUSSELOT, PATTIN, ANCEL, 1956

« Le contenu du contrat de dépôt portant en principe sur des choses mobilières destinées à être restituées, la doctrine s'accordait sur l'idée de contrat innomé, aux termes duquel une personne ne se confie à une autre qu'à la condition expresse que le confident ne révélera cette confiance à quiconque. »⁶⁵⁰ La seule justification de la loi pénale étant de protéger l'intérêt privé du titulaire du secret, son consentement faisait disparaître le délit.

Actuellement cette théorie du fondement contractuel est abandonnée et la transmission de données fait l'objet de dispositions législatives.

La loi, notamment dans son article L. 315-1 du code de la sécurité sociale, a prévu le droit d'accès à l'information à destination du praticien conseil.

Elle n'a par contre pas envisagé les éléments constitutifs de cette communication à destination de l'assuré social. Or toute éventuelle modification du statut⁶⁵¹ des praticiens conseils peut avoir un effet sur la question. Une convention collective, conclue entre employeur et syndicats représentatifs du personnel et pouvant être dénoncée par toute partie, même validée par un ministère, a-t-elle le même effet protecteur qu'un statut de rang réglementaire ?

Dans le cadre d'un contrat libéral de soins existant entre patient et professionnel de santé, l'obligation d'information pèse sur tout médecin « (...) aussi bien sur le médecin prescripteur que sur celui qui réalise la prescription ».⁶⁵²

Dans les recommandations rédigées par Madame la professeure Dominique Thouvenin⁶⁵³, intégrées dans le rapport de la Haute Autorité de Santé (H.A.S.), il apparaît une similitude entre l'ensemble des professions relevant d'un contrat de prestation de services. « Actuellement tous les professionnels sont considérés comme tenus, vis-à-vis de leurs clients, de cette obligation qui revêt, selon les secteurs d'activité, des formes diverses, mais qui concerne aussi bien les prestataires de services matériels que les professionnels de la vente, les constructeurs, les assureurs, les agents immobiliers, agents d'affaires, agences de voyages, les notaires, les avocats, les banquiers, etc. »⁶⁵⁴

Comme il l'a déjà été souligné, cette obligation d'information a fait l'objet d'un revirement de jurisprudence par laquelle « Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d'une obligation particulière d'information doit rapporter la preuve de l'exécution de cette obligation ».⁶⁵⁵

⁶⁵⁰ PERRAUD CHARMANTIER, « le secret professionnel, ses limites, ses abus », Ibid., p. 227 et s.

⁶⁵¹ Nous utilisons ce terme générique, même si actuellement les praticiens conseils de l'Assurance Maladie relèvent d'une convention collective de droit privé

⁶⁵² Cass. 1re civ., 14 oct. 1997, JCP 1997, éd. G., II, rapport P. Sargos ; G. Viney, JCP 1997, éd. G., I, 4068, n° 6 à 10

⁶⁵³ THOUVENIN D., *Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients*, Annexe du Rapport HAS Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, mars 2000, p. 22

⁶⁵⁴ Cass. 1re civ., 29 avril 1997 relatif à un avocat « L'obligation qui consiste pour le médecin à informer le malade sur son état de santé ainsi que sur les soins et les investigations qu'il propose est avant tout une norme déontologique. Cette norme d'origine professionnelle a acquis le statut d'une véritable obligation civile depuis que la jurisprudence l'a insérée, à titre accessoire, dans le contrat médical, sur le fondement de l'article 1135 du code civil. Le contenu et l'étendue de cette obligation d'information ont été consacrés par la loi du 4 mars 2002, relative au droit des malades et à la qualité du système de santé. »

⁶⁵⁵ BACACHE M., « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », Dossier Droit de la santé, *la santé devant la Cour de cassation* ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, p. 1908 reprenant dans sa note 1 Rougé-Maillart., Sousset N., Penneau M., influence de la loi du 4 mars 2002 sur la jurisprudence récente en matière d'information du patient, Med. et droit 2006, 64

Ces obligations ont ouvert la porte à l'application de certaines conditions du droit de la consommation au droit de la santé.⁶⁵⁶ Un déséquilibre marqué entre pouvoir du patient et pouvoir du professionnel de santé était en effet reconnu⁶⁵⁷ et l'obligation à l'information a été précocement retenu comme outil de protection du consommateur et compensation du déséquilibre naturel d'information qui l'oppose au professionnel⁶⁵⁸. Cette obligation d'information trouve son fondement « *dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine.* »⁶⁵⁹

Pour intéressante qu'elle puisse être, cette analyse ne peut s'appliquer aux praticiens conseils qui n'ont pas de lien contractuel avec l'assuré social dont il contrôle la demande de prestation. Il est d'ailleurs très intéressant de rapprocher la position particulière des professionnels de santé intervenant au sein du service du contrôle médical au titre d'une administration même relevant du droit privé.

Reprenant l'analyse de Marion Girer portant sur la remise en cause du dogme du « *contrat médical* »⁶⁶⁰, il semble évident que la relation existant entre contrôleur et contrôlé qui ne peut relever directement d'une démarche de soins ne peut relever d'un lien contractuel.⁶⁶¹ Cette relation relève du niveau réglementaire et répond à une qualification institutionnelle⁶⁶² structurée plus par le code de la sécurité sociale que par le code de la santé publique.

⁶⁵⁶ Voir notamment CE, 27 avril 1998, n° 184473 et n° 184557, Cornette de Saint-Cyr (Lebon, p. 177 ; Contrats Conc. Consom., 1999, comm., n° 15, p. 22, note G. Raymond ; Contrats Conc. Consom., 1999, chron., p. 4, note A. Cathelineau) publicité des prix des actes médicaux et chirurgicaux à visée esthétique in ROUSSET G., Droit de la consommation et droit de la santé, pp. 325-338 in VIALLA F. sous la direction de, Les grandes décisions du droit médical, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p.

⁶⁵⁷ « *Les contrats entre professionnels et consommateurs remontent en effet à la nuit des temps, et avec eux le risque de déséquilibre qu'ils engendrent. Les professionnels ont toujours eu une supériorité économique sur les consommateurs, du fait des informations dont ils disposent et de la compétence qu'ils possèdent. Ils sont naturellement tentés de profiter de leur supériorité, et la règle de droit tend, ici comme ailleurs, à protéger le contractant en situation de faiblesse.* » in CALAIS-AULOY (J.), « Un code, un droit », in CALAIS-AULOY (J.), CAUSSE (H.), (dir.), « Après le code de la consommation, grands problèmes choisis » : actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, 156 p., p. 13

⁶⁵⁸ ROUSSET G., L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, Thèse en droit, 25 octobre 2007, p. 81

⁶⁵⁹ Cass. Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, *Bull. civ.* 2001, n° 249 ; *RTDciv.* 2002, p. 176, note R. LIBCHABER ; *RTDciv.* 2002, p. 507, note J. MESTRE et B. FAGES ; *D.* 2001, 3 470, rapp. P. SARGOS, note D. THOUVENIN ; *Gaz. Pal.*, 2001, jurispr., p. 1818, note J. GUIGUE ; CLEMENT (C.), « Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité », *Petites Affiches*, 6 déc. 2001, p. 15. In ROUSSET G., L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé, Thèse en droit, 25 octobre 2007, p. 183

⁶⁶⁰ Voir sur ce point les décisions citées in GIRER M., « Relation de soins et lien contractuel », pp. 310-324 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p. Cass. req., 18 juin 1835, Thouret Noroy (S. 1835, I, p. 401, concl. M. Dupin), Cass. civ., mercier, Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix (D. 1945, jurispr., p. 217), Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-19301 (Bull. civ., I, n° 380 ; D. 2008, jurispr. P. 192, note P. Sargos. L. Neyret, « *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels* », D. 2008, chron., p. 804 ; RGDM 2008, n° 27, p. 376, note M. Girer ; Rev. Droit & Santé n° 22, mars 2008, p. 213, note K. Morel)

⁶⁶¹ On rappelle que le Conseil de l'Ordre des médecins, dans ses commentaires à définit un secret partagé dans l'intérêt social de l'assuré. cette construction n'aurait pas été utile s'il s'était agi d'une relation de soins

⁶⁶² GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 806 p. La démonstration de l'insuffisance de la définition du contrat médical, notamment en milieu hospitalier, en dehors des relations en consultations privées pour ce qui concerne les aspects pratiques organisationnels, forme un faisceau d'indices convergents en défaveur de la qualification contractuelle de la relation de soins.

Toute autre serait la situation si une modification de la législation, suivant en cela les réflexions regroupées dans son rapport par le Docteur Dorme, transformait le médecin traitant en dispensateur d'avis pour exonération. Ce praticien pourrait alors se voir appliqué les obligations d'ordre contractuel.

3-2 Un fonctionnement administratif

Dans la situation actuelle, il existe pour le service du contrôle médical, même si l'assurance maladie relève d'un droit privé, un fonctionnement administratif qui se rapproche du droit public.

L'analyse du droit à communication à destination de l'assuré doit être proche de celui présent au sein des établissements de santé. En effet, dans les hôpitaux, le patient est un usager du service public. Il est soumis à un régime juridique préétabli, régi à la fois par les principes généraux applicables à tout usager du service public et par les textes applicables à l'établissement où il séjourne et qui fixent son organisation et son fonctionnement.⁶⁶³ Dans ce cadre, « *c'est l'organisation qui prime et non pas la relation individuelle médecin-patient, ce qui a pour conséquence que les règles relatives à l'information ne concernent pas les seuls médecins* »⁶⁶⁴. Il nous semble possible de rapprocher les pratiques des deux administrations concernées.

Il existe une obligation positive sur les établissements de santé de veiller à la mise en œuvre effective des droits du patient⁶⁶⁵. Dans le cas qui nous intéresse, cette obligation propre à l'administration l'amène à délivrer des informations sur la réglementation qui lui est applicable et sur le contenu et la motivation de ses décisions mais aussi sur le contenu des dossiers qu'elle a constitué, notamment les dossiers de santé. Actuellement, au sein de l'assurance maladie, elle s'associe à une obligation qui pèse sur tous les médecins et les autres professionnels de santé, dans les conditions fixées par le code de déontologie. Cette information porte à l'hôpital sur leur état, les traitements et soins proposés. Il s'agit des informations sur les pathologies qui ont fait l'objet d'une prestation et sur l'ensemble du contenu du dossier constitué.

L'intérêt de cette analyse est qu'elle permet de conclure, quel que soit le devenir de la fonction de praticien conseil au sein des organismes de protection sociale, au maintien de la justification de communication d'information même en l'absence de professionnel de santé.⁶⁶⁶

Nous ne développerons pas, dans ce travail, l'ensemble des réflexions portant sur le contenu de l'information et sur la notion de risque « normalement prévisible » ou de « réalisation exceptionnelle », l'étude précitée étant à même de clarifier la situation.

⁶⁶³ Nous excluons de notre analyse la relation du patient avec le médecin pouvant exister dans le secteur privé et qui relève du contrat déjà étudié plus avant

⁶⁶⁴ THOUVENIN D., *Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients*, Annexe du Rapport HAS Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, mars 2000, p. 26

⁶⁶⁵ Ordonnance n° 96-346 du 24 avril 1996 « *les règles de fonctionnement des établissements de santé propres à faire assurer le respect des droits et obligations des patients hospitalisés sont définies par voie réglementaire* ».

⁶⁶⁶ Dossier Droit de la santé, la santé devant la Cour de cassation ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008 coordonné par F. Dreifuss-Netter, Rec. Dalloz 2008, n° 28

Sous section 3 La place du praticien conseil dans l'obligation d'information

En revanche, il nous semble important de chercher si cette obligation d'information régie par les articles L. 1111-1 à L. 1111-9 du code de la santé publique du chapitre 1er du titre 1er du livre I « *Information des usagers du système de santé et expression de leur volonté* » s'applique aux praticiens conseils. En effet, ceux-ci sont nécessairement destinataires d'information lors de la gestion des demandes de prestations.

La nécessité de gérer dans les délais impartis les demandes des usagers suppose une organisation adaptée des services.

Un exemple correspond à la nécessité de conserver une information sur la date d'arrivée des courriers. Même si ces courriers portent la mention d'un secret, ils sont ouverts par un agent administratif, qui bien que tenu aux obligations de discrétion et de secret, reste hors de tout contrôle réel et effectif du médecin responsable de la confidentialité de son courrier.

Néanmoins peut-on exiger actuellement d'un professionnel de santé qu'il ouvre lui-même son courrier, qu'il le rédige et le saisisse grâce à un traitement de texte et gère l'ensemble des ses dossiers personnellement pour éviter tout risque de communication ? Certains auteurs proposent un système de double enveloppe - l'une contenant la demande, l'autre, les informations médicales - et la mise en œuvre d'une gestion sécurisée des courriers électroniques.

Nous sommes amenés à évoquer la question d'obligation d'information sur les risques des actes de soins par le praticien conseil. Existe-t'il une telle obligation dans l'activité du service du contrôle médical ?

§ 1 L'absence d'obligation d'information sur les risques des actes de soins

Dans un premier temps, une réponse négative s'appuie sur l'analyse de la jurisprudence antérieure à la loi du 4 mars 2007 qui montre que seule la pratique de soins est concernée. Le professionnel de santé soignant peut voir sa responsabilité présumée s'il ne peut apporter la preuve de l'exécution de son obligation d'information loyale, claire et appropriée sur les risques des soins ou investigations proposées.⁶⁶⁷ Cette jurisprudence a été reprise par la loi du 4 mars 2002.

L'absence de participation des praticiens conseils à la démarche de soins semble les exclure de cette obligation d'information du fait de l'absence possible de dommage effectif direct et donc de préjudice. Le professionnel sur qui repose l'obligation est celui qui propose l'acte réalisé ou le réalise. La responsabilité médicale reste par principe une responsabilité pour faute, la réparation d'un dommage nécessitant la preuve d'une faute technique à l'origine du dommage.⁶⁶⁸

⁶⁶⁷ Civ 1er, 25 févr. 1997, Bull. civ. I, n° 75 ; D. 1997, Somm. 319, obs. J. Penneau ; J.C.P. G 1997, I, 4025, obs. G. Viney ; R.T.D. civ. 1997, 434, obs. P. Jourdain ; Gaz. Pal. 1997 I, 274, rapp. P. Sargos, note Guigue ; R.D.S.S 1997, 288, obs. L. Dubouis ; Rapport annuel de la Cour de cassation 1997, p. 271

⁶⁶⁸ P. BACACHE M., « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », Dossier Droit de la santé, la santé devant la Cour de cassation ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, p. 1909

La réponse à cette interrogation est apportée par le contenu de la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 février 1990. Le médecin « *qui manque à son obligation d'éclairer son patient sur les conséquences éventuelles du choix de celui-ci d'accepter l'opération qu'il lui propose, prive seulement l'intéressé d'une chance d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé, perte qui constitue un préjudice distinct des atteintes corporelles résultant de ladite opération* » peut voir sa responsabilité recherchée.⁶⁶⁹
Cette décision confirme les limites de la responsabilité de communication d'information aux professionnels de santé dans un cadre thérapeutique strict ce qui exclut son application à l'activité du service du contrôle médical.⁶⁷⁰

Néanmoins, en s'inspirant de l'évolution de la jurisprudence visant à faciliter l'administration de la preuve, il nous semble utile de rechercher la possibilité d'indemniser un préjudice distinct du dommage corporel. Le praticien conseil ne réalisant pas d'acte thérapeutique pourrait-il voir sa responsabilité engagée et sur quel préjudice ?

§ 2 La responsabilité du salarié de l'Assurance Maladie

Les agents des organismes de Sécurité Sociale accomplissant une mission de service public doivent respecter l'intérêt général avant tout intérêt particulier.⁶⁷¹ Ainsi les éventuels abus d'autorité commis contre une personne contrôlée peuvent l'objet de sanctions.

La responsabilité du salarié de l'Assurance Maladie ainsi que celle de l'organisme, risque d'être engagée lors de l'exercice d'une mission de contrôle.
Cette responsabilité peut être, de façon générale, pénale notamment en ce qui concerne l'absence de respect du secret professionnel, civile mais aussi spéciale et disciplinaire.

Une distinction doit être faite entre faute rentrant dans l'exercice normal de la profession ou de la fonction et faute devant en être exclue.

1 La responsabilité pénale

Il n'est pas utile de rappeler, à ce stade de notre travail, que les conditions de l'article 226-13 du code pénal concernant la violation du secret professionnel s'appliquent à l'ensemble des salariés amenés à connaître des secrets.

⁶⁶⁹ Cass. civ. 1er, 7 fév. 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, Somm. 183, obs. J. Penneau ; R.T.D. civ. 1992 109, obs. P. Jourdain

⁶⁷⁰ BACACHE M., « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », Dossier Droit de la santé, *la santé devant la Cour de cassation*, colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, note 37 p. 1912 citant S. Hocquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gaz. Pal. 10 septembre 1998, 1121 ; M. Penneau, D. 1999, Jur. 50 ; S. Porchy, Line causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient, D. 1998, Chron. 379 ; F. Alt-Maes, Gaz. Pal. 14 déc. 2003, 3639 ; Y. Lambert-Faivre, Droit du dommage corporel, Dalloz 2004, n° 591-2

⁶⁷¹ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 40

D'autres comportements anormaux peuvent faire l'objet de sanctions pénales. C'est le cas notamment de l'atteinte au secret des correspondances par une personne chargée d'une mission de service public avec détournement, suppression ou ouverture de correspondances ou la révélation de leur contenu.⁶⁷²

En pratique, il est clair que le regard que portent les professionnels de santé sur l'implication de la justice dans les pratiques médicales n'est pas systématiquement positif. La plupart des professionnels ressentent une pression accentuée et évoquent une judiciarisation de leur activité. De nombreuses prescriptions, de nombreux actes seraient en fait superflus, destinés à protéger les professionnels de santé d'éventuels recours.⁶⁷³

En ce qui concerne l'évolution annuelle des plaintes pénales, les différentes statistiques disponibles et portant sur le volume des contentieux démontrent qu'en ce qui concerne le domaine pénal, il existe une certaine stabilité des plaintes portant sur la violation du secret professionnel alors qu'il y a accroissement du nombre total de plaintes, notamment celles qui concernent les atteintes à la personne.

Statistiques du ministère de la justice concernant les plaintes, dénonciations et procès-verbaux parvenus au parquet pendant une année

| | Plaintes | Taux croissance | Atteintes à la personne | Taux croissance | Violation du secret professionnel | Taux croissance |
|-------------|-----------------|------------------------|--------------------------------|------------------------|--|------------------------|
| 2006 | 3 447 851 | | 694 895 | | 270 | |
| 2007 | 3 496 798 | 1,4 % | 700 521 | 0,8 % | 251 | - 18 % |
| 2008 | 3 508 244 | 0,3 % | 712 099 | 1,6 % | 278 | 10,7 % |

S'il y a évolution des statistiques, celles-ci concernent plus la sinistralité, c'est à dire la recherche par une personne se considérant comme victime, d'une reconnaissance et d'une indemnisation, plutôt qu'une judiciarisation avec recours devant les tribunaux.⁶⁷⁴ Ainsi si l'on peut constater un accroissement de l'intervention des assureurs pour des recours⁶⁷⁵, on ne

⁶⁷² Art. 432-9 du code pénal « *Le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public, agissant dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'ordonner, de commettre ou de faciliter, hors les cas prévus par la loi, le détournement, la suppression ou l'ouverture de correspondances ou la révélation du contenu de ces correspondances, est puni de trois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende* ».

⁶⁷³ GOEDERT M., *L'image du procès dans les yeux du médecin, Mémoire* En vue de l'obtention du Diplôme d'études approfondies de Droit privé sous la direction de M. Bruno Py, Maître de conférences à l'Université Nancy 2, Université Nancy 2, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Année Universitaire 2003-2004, 98 p.

⁶⁷⁴ GRIBEAUVAL, J.-P., « Judiciarisation de la médecine : réalité ou idée reçues », *Ouvertures, La Revue Prescrire*, Juillet 2010/Tome 30 n° 321, pp. 536-540

⁶⁷⁵ GRIBEAUVAL, J.-P., « Judiciarisation de la médecine : réalité ou idée reçues », *Ouvertures, La Revue Prescrire*, Juillet 2010/Tome 30 n° 321, p. 538-539 avec « Croissance de 0,8 % en 1985 à 1,9 % en 2002 puis récemment 2,5 % pour le Groupement des Assurances et Mutuelles Médicales réunissant le Sou médical et la Mutuelle d'Assurance du Corps Sanitaire Français assurant 70 % des médecins libéraux », le rapport de l'ONIAM relatif au premier semestre 2009 montre une stabilité des demandes faites auprès des CRCI (environ 4 000 par an) depuis 2003

retrouve pas la même évolution dans les statistiques de recours devant l'O.N.I.A.M., ni dans celle du contentieux pénal⁶⁷⁶ ou du contentieux administratif.⁶⁷⁷

La comparaison des divers comportements dans certains pays⁶⁷⁸ démontre que la différence principale repose probablement sur les possibilités de réparation. Tous les états pratiquent la réparation après procès. Certains ne sanctionnent que des préjudices en lien avec une faute.⁶⁷⁹ Certains pratiquent la réparation sans faute dans le cadre structuré de commission telle qu'existe le système français avec mise en œuvre de procédures amiables d'indemnisation des accidents médicaux permettant notamment l'indemnisation dans certaines conditions de l'aléa thérapeutique⁶⁸⁰, même en cas d'accident non fautif.⁶⁸¹ Une reconnaissance de dommages, éventuellement associée à une réparation par la société, semblerait désamorcer un certain nombre de contentieux.

Certains auteurs évoquent même un comportement opportuniste des assureurs⁶⁸² visant à justifier l'évolution des primes d'assurance des professionnels de santé par des informations amenant les intervenants à évoquer une évolution péjorative des pratiques contentieuses, évolution fréquemment comparée à celle des Etats-Unis d'Amérique.⁶⁸³

2 La responsabilité civile

Il coexiste classiquement dans le droit civil plusieurs types de responsabilités pouvant faire l'objet de recherche par un assuré social.

2-1 La notion de faute détachable du service

La responsabilité civile personnelle du contrôleur ne peut être mise en cause que pour une faute personnelle détachable de ses fonctions⁶⁸⁴. L'action en dommages et intérêts ne peut être déclenchée que devant les juridictions de l'ordre judiciaire.⁶⁸⁵

⁶⁷⁶ BERTELLA-GEOFFROY, *ibid.* in numéro spécial « Droit et santé », *Gazette du Palais*, 2007

⁶⁷⁷ BERTELLA-GEOFFROY, *ibid.* in numéro spécial « Droit et santé », *Gazette du Palais*, 2007, p. 55

⁶⁷⁸ LAUDE A., « Les nouveaux défis des professions de santé La judiciarisation en France, sur la trace des États-Unis ? », *Les tribunes de la santé* n° 26 — printemps 2010, p. 49-59

⁶⁷⁹ BURGELIN J.-F., « La judiciarisation de la médecine », 9 p., Site <http://infodoc.inserm.fr> consulté le 22 avril 2010 notamment « *(s'ils) se compliquent de négligence, de légèreté ou d'ignorance des choses qu'on devrait nécessairement savoir, la responsabilité de droit commun est encourue et la compétence de la justice est ouverte.* »

⁶⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 2010, pourvoi n° 09-11270, « *Il résulte du rapprochement des articles L. 1142-1 et L. 1142-18 du code de la santé publique que ne peuvent être exclus du bénéfice de la réparation au titre de la solidarité nationale les préjudices, non indemnisés, ayant pour seule origine un accident non fautif.* »

⁶⁸¹ *contra* LEGOUX A., Défaut d'information du patient : concurrence de l'Oniam et de la responsabilité civile, GP20100325012, *Gazette du Palais*, 25 mars 2010 n° 84, P. 10 qui estime que le débat ne se situe pas au niveau de la faute

⁶⁸² KYSER D. A. et coll., « Les Etats-Unis et la santé. Mythe et réalité des erreurs médicales : pourquoi la crise des assurances n'est pas une crise de la judiciarisation » *Sève – Les tribunes de la santé*, 2008, (19), 59-81

⁶⁸³ LATTILL F. et coll., « Pour une maîtrise médicalisée des préjudices liés aux soins » *Pratique et Organisation des Soins*, 2008, 39 (4), 331-339 qui précise qu'aux Etats-Unis d'Amérique, la situation est très variable d'un Etat à un autre avec des taux de procès variant de 1 à 20

⁶⁸⁴ Cass. 1^{ère} Civ. 6 janvier 2004 n°01-15.357 et 13 avril 1999 n°97-16.171

⁶⁸⁵ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 46

L'importance des missions de contrôle risquant de voir rechercher, pour toute décision administrative et pour tout avis médical, la responsabilité du salarié, les juridictions reconnaissent la nécessité d'une particulière gravité de la faute personnelle.⁶⁸⁶

2-2 *La faute relevant du service*

La compétence de juridiction concernant les recours en responsabilité des agents administratifs n'a jamais soulevé de difficulté, la faute reprochée en lien avec la fonction liée au service prenant son origine dans l'application de la législation et de la réglementation de la sécurité sociale. Cette compétence relève de la juridiction de sécurité sociale⁶⁸⁷, soit le tribunal de la sécurité sociale en première instance.

La même question de la compétence de juridiction pour les fautes reprochées aux praticiens conseils a fait l'objet d'une controverse prolongée. En effet, le service du contrôle médical étant un établissement public national administratif, l'Assurance Maladie estimait que les contentieux relatifs à l'activité des praticiens conseils relevaient des juridictions administratives. Par la suite, le Tribunal de Conflits (T.C.) a clairement affirmé « *le différend qui oppose un assuré à un praticien conseil ne relève pas, par nature, d'un contentieux autre que celui de la sécurité sociale* »⁶⁸⁸ soit le Tribunal des affaires de sécurité sociale.

3 Le risque de sanction disciplinaire

La notion de sanction disciplinaire correspond à deux acceptions. Il peut s'agir de sanctions internes dans le cadre du droit du travail et de sanctions externes disciplinaires par les juridictions professionnelles.

3-1 *Sanction disciplinaire interne*

La mise en cause de la responsabilité civile ou pénale d'un salarié peut l'amener à une sanction disciplinaire⁶⁸⁹, voire conduire à son licenciement si les faits commis par le salarié lui sont imputables et sont fondés sur des éléments objectifs.⁶⁹⁰

3-2 *Sanction disciplinaire ordinale*

En ce qui concerne les praticiens conseils il peut être envisagé en sus une action disciplinaire devant le Conseil de l'Ordre.⁶⁹¹ Cette possibilité est très strictement encadrée par le code de la santé publique qui limite le droit à saisie au ministre chargé de la santé, au représentant de l'Etat dans le département ou au procureur de la République.⁶⁹²

⁶⁸⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2006, n°04-20.416, Dans le cas d'espèce, La Cour sanctionne l'absence de vigilance de la Caisse du fait de précédents personnels

⁶⁸⁷ Cass. Soc. 28 mai 1986, n°84-17.556

⁶⁸⁸ Tribunal des Conflits, 20 novembre 2006, n°06-03.53

⁶⁸⁹ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 39

⁶⁹⁰ Cass. soc. 21 septembre 2006, n°05-41.155

⁶⁹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, n°95-12.576

⁶⁹² Art. L. 4124-2 du code de la Santé Publique « (...) *les médecins, les chirurgiens dentistes ou les sages-femmes chargés d'un service public et inscrits au tableau de l'ordre ne peuvent être traduits devant le conseil*

4 La responsabilité médicale

Les premiers arrêts publiés relatifs à la responsabilité d'un médecin du fait d'un défaut d'information datent de 1906.⁶⁹³

L'obligation d'information a d'abord été mise en œuvre par la jurisprudence dans le domaine de la responsabilité médicale afin de remédier à l'absence de l'obligation de sécurité de résultat.⁶⁹⁴ Le malade, non informé des risques de l'intervention, n'a pas été en état de donner son consentement et aurait pu éviter la survenance du dommage.

Certains auteurs évoquent « *un émiettement bien connu, une prolifération des variétés de préjudices réparables* »^{695 696} dans le cadre d'une idéologie de la réparation, conduisant à « *altérer, voire à évincer, en la matière le rôle de la responsabilité civile elle-même* »⁶⁹⁷.

Une association fréquente entre défaut d'information et perte de chance affirmée doit nous amener à évoquer la possibilité de réparation du préjudice lié au seul manquement au devoir d'information. Le manquement du médecin à son devoir d'information causerait un préjudice indemnisable au patient.⁶⁹⁸

La jurisprudence actuelle de la Cour semble écarter ce préjudice dans la mesure où le risque réalisé pendant des soins était inhérent au geste médical, considéré comme urgent et sans alternative. Le caractère nécessaire de l'intervention, propre à ce cas d'espèce, conduirait à ne pas admettre la perte de chance qui suppose qu'une conscience éclairée puisse encore renoncer à l'intervention. Celle-ci étant inévitable, seul subsiste un préjudice de principe du fait de la faute d'humanisme liée à l'absence de respect du devoir d'information.⁶⁹⁹

Actuellement la cour suprême reconnaît l'existence d'un préjudice possible pour absence d'information⁷⁰⁰ mais n'a pas donné à ce principe une pleine autonomie. Elle ne considère pas

régional ou interrégional, à l'occasion des actes de leur fonction publique, que par le ministre chargé de la santé, le représentant de l'Etat dans le département ou le procureur de la République »

⁶⁹³ Trib. civ. Château-Thierry, 14 févr. 1906 ; CA Paris, 8 mars 1906 ; CA Aix-en-Provence, 22 oct. 1906

⁶⁹⁴ Nous ne ferons qu'évoquer l'accès direct aux informations par l'assuré sur Internet Voir sur ce point GORI R., La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi », *Champ Psychosomatique* 2006/2, n°42, p. 62

⁶⁹⁵ LE TOURNEAU P., *Responsabilité Droit de la responsabilité et des contrats*, 2008/2009, n°s 1500 et s.

⁶⁹⁶ Voir sur ce point l'apparition d'un préjudice d'angoisse, issu de la conscience d'être porteur d'une sonde cardiaque potentiellement dangereuse CA Paris, 12 sept. 2008, n° 05-15-716, n° 05-15-717, n° 05-15-719, n° 05-15-720, n° 05-15-721, n° 05-15-722, n° 05-15-723 et n° 05-15-733 ; BANDON-TOURRET D. et GORNY A., Le préjudice indemnisable dans le contentieux des sondes cardiaques : vers l'indemnisation du préjudice d'angoisse ?, *JCP E* 2008. 2253

⁶⁹⁷ SAVAUX É., SCHÜTZ R.-N., « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz*, 2004, p. 271 et s.

⁶⁹⁸ PORCHY S., « Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient », *D.* 1998, chron. p.379 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, *D.* 1985, 281, note F. Bouvier ; CA Bordeaux, 24 sept. 2002, *Juris-Data* n°191554

⁶⁹⁹ LEGOUX A., « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », *Gazette du Palais*, 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{ère} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a. visant l'article 1382 du code civil

⁷⁰⁰ « (...) en statuant ainsi, quand le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé (...). »

le défaut d'information comme une faute technique médicale propre⁷⁰¹ et ne répare le défaut d'information que sur le fondement de la perte de chance qui aurait pu être évitée.⁷⁰²

Une intervention considérée comme nécessaire et utile ne semble pas, dans les faits, donner au patient la liberté de la refuser. « *L'absence d'information devient, en quelque sorte, indifférente sur les conséquences de l'intervention et n'a donc pas à être indemnisée indépendamment d'un préjudice matériel éventuel. Le préjudice moral ou, plus précisément, la spécificité de ce préjudice, n'est pas reconnue de manière autonome.* »⁷⁰³

Il semble difficile d'admettre cette position dans l'état d'avancement actuel de la jurisprudence.

En effet, plusieurs points sont à envisager.⁷⁰⁴

Tout d'abord, sur le fondement du problème, il y a confusion entre les différents types de préjudices. La faute d'humanisme⁷⁰⁵ est fondée sur une obligation constitutionnelle de respect de la personne humaine, l'indemnisation d'un préjudice moral correspond à droit patrimonial.

En pratique, il est difficile de démontrer un lien de cause à effet entre l'acte médical ayant provoqué l'atteinte corporelle et le préjudice matériel qui y est attaché et le défaut d'information. Il persiste toujours inconsciemment la notion de faute⁷⁰⁶ dans une pratique médicale, un défaut d'information évident associé à geste thérapeutique irréprochable ne pouvant pas amener une indemnisation du fait de l'absence de préjudice.

Sauf à faire émerger un droit autonome de type droit moral pouvant éventuellement faire l'objet d'une reconnaissance morale sans indemnisation pécuniaire, la constatation par une décision de justice de la violation de la règle invoquée constitue en soi une satisfaction équitable. Cette position est parfois utilisée en pratique par la Cour européenne des droits de l'Homme.

Devant des décisions contradictoires sur ce point⁷⁰⁷, la Cour de cassation a déjà évoqué cette difficulté. Dans son rapport de l'année 2007, l'étude consacrée à la faute d'humanisme soulignait la difficulté « *à concilier le principe d'une indemnisation pour faute avec*

⁷⁰¹ « (...) accident dont la survenance n'était pas imputable à une faute (du chirurgien) à l'encontre duquel avait été exclusivement retenu un manquement à son devoir d'information (...) »

⁷⁰² « (...) on devait considérer que, compte tenu de la gravité du problème cardiaque, de son évolution rapide, et du caractère relativement faible du risque encouru, présenté par les experts comme un risque rare, le patient se serait fait opérer, même si [le médecin] l'avait avisé d'une possibilité de complication ; qu'il ne pouvait donc être soutenu que le défaut d'information avait fait perdre au patient une chance de ne pas subir la pathologie dont il a été atteint (...) »

⁷⁰³ LEGOUX A., « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », Gazette du Palais, 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a. visant l'article 1382 du code civil

⁷⁰⁴ LEGOUX A., « Consécration du défaut d'information comme faute autonome », Gazette du Palais, 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a.

⁷⁰⁵ MULLER B., « Les fautes techniques et les fautes d'humanisme dans la jurisprudence de la Cour de Cassation », pp. 519-531 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p. régime initié par l'arrêt Mercier Cass. civ., 20 mai 1936

⁷⁰⁶ Voir sur la notion de faute KAMKAR C., *Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale*. Thèse pour le doctorat en droit, Présentée et soutenue publiquement le 27 octobre 2006, Université Jean Moulin Lyon III, Faculté de droit (IFROSS), 377 p.

⁷⁰⁷ Voir sur ce point Cass. Civ.1^{ère}, 21 février 2006, n° 02-19066 et l'évolution de la jurisprudence dans le cadre de l'information du crédit bancaire qui reconnaît un droit à indemnisation, le préjudice semblant plus facile à évaluer

l'émergence - que l'on pourrait déduire de l'article 16-3 du code civil et des dispositions nombreuses de la loi du 4 mars 2002 concernant l'obligation d'information - d'un droit personnel à être informé et associé pleinement aux décisions portant atteinte à l'inviolabilité de son propre corps. La véritable sanction de l'obligation d'information pourrait alors être appréciée indépendamment de la notion de perte de chance. Cette orientation soutenue par une partie de la doctrine, semble pour l'heure bien éloignée des solutions jurisprudentielles (...). »⁷⁰⁸

4-1 La responsabilité en l'absence d'actes de soins

La recherche d'un préjudice distinct du dommage corporel s'est orientée vers la perte de chance et vers le préjudice moral.

Il n'est pas possible d'envisager la recherche de responsabilité des praticiens conseils pour cette raison dans le cadre d'une prise en charge médicale et de soins.

On pourrait, à l'inverse, envisager la recherche d'une responsabilité lors d'un refus de prestation après gestion d'une demande d'entente préalable. L'assuré pourrait estimer qu'il n'a pas pu bénéficier de soins qu'il estimait être nécessaire.

Un exemple a été constitué par un contentieux initié par le père d'un enfant qui s'était vu refuser la prise en charge de soins orthodontistes. Un tribunal des affaires de sécurité sociale, après avoir considéré que des soins étaient justifiés, a sanctionné la Caisse nationale d'assurance maladie en estimant que le retard de soins avait été préjudiciable à l'enfant.

4-1-1 La perte de chance

La perte de chance est depuis longtemps consacrée par la jurisprudence du Conseil d'État⁷⁰⁹, puis a été reprise et développée par la Cour de cassation à partir de l'arrêt du 14 décembre 1965⁷¹⁰. Il s'agit de « réparer la perte de chance qu'aurait eu le patient de ne pas subir l'intervention ou les soins, s'il avait été correctement informé des risques. ». Elle permet la reconnaissance d'une responsabilité, en dépit de l'absence de faute technique, pour violation de l'obligation d'information. En « échange » de l'allègement de la charge de la preuve pour la victime du dommage, elle n'autorise qu'une indemnisation partielle des différents chefs du préjudice qui correspondent aux chances qu'aurait réellement eu le patient d'opposer un refus à la proposition d'acte. Dans les cas où la pathologie à traiter présente, par elle-même, un risque d'évolution vitale grave et majeur ou une évolutivité rapide, le juge peut estimer que le patient aurait accepté l'acte. Le montant de l'indemnisation est alors d'autant plus limité que les chances de refus étaient faibles. A l'inverse, une pathologie d'évolution longue et bénigne pouvant aboutir à un éventuel refus d'intervention thérapeutique, un défaut d'information pourra aboutir à une indemnisation d'un montant plus élevé, voire intégral du préjudice.

⁷⁰⁸ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter, p. 230, *La santé dans la jurisprudence de la Cour de cassation*

⁷⁰⁹ CE, 24 avr. 1965, Hôpital-Hospice de Voiron, Lebon, p. 259 ; CE 21 décembre 2007, Centre hospitalier de Vienne, n° 289328 : RDSS 2008, 567, obs. D. Cristol ; AJDA 2008, 235, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau

⁷¹⁰ Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1965 : Bull. civ. 1965, I, n° 707 ; JCP G 1966, II, 14752, note R. Savatier

La perte d'une chance de survie peut être indemnisée dès lors qu'elle présente un caractère direct et certain⁷¹¹, chaque fois qu'est constatée la disparition d'une éventualité favorable⁷¹². Il faut un lien de causalité entre la faute du médecin, fait générateur de responsabilité⁷¹³, et la perte de chance de survie même si des incertitudes subsistent sur l'évolution de la maladie.

Le juge peut se référer à plusieurs théories de la causalité comme l'équivalence des conditions ou la causalité adéquate.

- Dans l'équivalence des conditions, toutes les conditions nécessaires à la réalisation du dommage peuvent être considérées comme réalisées. Tous les faits doivent être associés pour être la cause de réalisation du dommage.⁷¹⁴
- Dans la causalité adéquate, seule théorie pouvant s'appliquer à la perte de chance, le juge, détermine, parmi les différentes causes possibles du dommage, celle qu'il faut retenir en se fondant sur le déroulement habituel et attendu des faits et en le comparant à ce qui s'est effectivement réalisé.⁷¹⁵

La Cour de cassation exerce un contrôle étendu sur les motivations et le bien-fondé de ce lien de causalité entre la faute et la perte d'une chance d'éviter un dommage de façon certaine. Pour admettre le lien de causalité, la Cour de cassation affirme que cette dernière doit être certaine. Il n'est pas tenu compte du dommage réalisé dont on n'est pas certain qu'il ne se serait pas produit si la faute n'avait été commise. Ce qui est pris en compte c'est l'existence d'une perte de chance de l'éviter le dommage.

Le dommage doit être caractérisé, « *l'existence d'une perte de chance (devant être) certaine et en relation directe avec la faute retenue* ». ⁷¹⁶

La question peut être posée de savoir s'il est envisageable d'étendre le champ d'application de cette perte de chance à l'activité des praticiens conseils.

Sur cette question, la décision de la première chambre civile de la Cour de cassation du 7 février 1990 précédemment citée semble conserver toute sa portée. La perte de chance ne concerne actuellement que la prise en charge thérapeutique d'un patient, ce qui exclut l'activité des praticiens conseil.

4-1-2 Le droit à l'information, nouveau droit subjectif,

⁷¹¹ AY E, Clarification de la notion de la perte d'une chance de survie par la Cour de cassation, (Cass. 1re civ., 14 oct. 2010), PA201100306, Petites affiches, 05 janvier 2011 n° 3, p. 7

A propos de Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-69195 C X c/M. Y

⁷¹² Cass. crim., 18 mars 1975 : Bull. crim. 1975, n° 79, p. 223

⁷¹³ BORE J., « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable » : JCP G 1974, n° 2620, § 41

⁷¹⁴ VINEY G., JOURDAIN P., « Les conditions de la responsabilité », LGDJ, 2006, n°s 339 et s

⁷¹⁵ VINEY G., JOURDAIN P., « Les conditions de la responsabilité », LGDJ, 2006, n° 340-1

⁷¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 15 juin 2004, n° 02-12192

D'un tout autre intérêt est la recherche par la doctrine des possibilités de reconnaissance d'un nouveau droit subjectif, préjudice moral devant l'absence de dommage physique évaluable, le droit à l'information. Le droit pour un patient d'être « *correctement informé de son état de santé, des traitements et des soins envisagés ainsi que des risques qui y sont rattachés* ».

La protection de ce droit repose sur la possibilité de sa maîtrise par la personne et donc par la nécessité d'encadrement des pratiques par l'obligation de respect du consentement.

4-2 Responsabilité et droit à l'information

Le droit à l'information sous tend deux responsabilités opposées : la responsabilité du refus de communication et la responsabilité d'une transmission illégale, ne respectant pas les droits de l'assuré.

4-2-1 Une atteinte à la dignité humaine

Ce droit à l'information, droit au respect de la dignité de la personne et appartenant à la catégorie des droits de la personnalité est consacré par l'article 16 du code civil⁷¹⁷. Il a rang de principe constitutionnel⁷¹⁸ et est intégré par la Cour de cassation.⁷¹⁹ Le devoir d'information « *trouve son fondement dans l'exigence du respect du principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité de la personne humaine* ».

Il y aurait donc possibilité de reconnaissance d'un droit à réparation dès lors que le défaut d'information serait constitué, portant automatiquement atteinte à la dignité du patient. Cette hypothèse a été soutenue en ce qui concerne le respect de la vie privée par la Cour de cassation⁷²⁰. L'extension de cette reconnaissance à l'ensemble des droits de la personne humaine semblerait abusive. Madame Bacache dans son intervention rappelle qu'alors il pourrait y avoir sanction même sans dommage, opposition entre l'ensemble des libertés en présence et risque de dérive de ce qui concerne la notion de préjudice.⁷²¹

Sur un plan plus quotidien, même s'il ne concerne pas les praticiens conseils, il est essentiel de signaler le risque d'atteinte grave au contrat de soins passé entre le patient et son thérapeute. La possibilité de sanction en cas d'échange d'information avec les proches du patient et avec les autres professionnels de santé, alors que la déontologie l'autorise et que la pratique le recommande, amènerait nécessairement les professionnels de santé, quels qu'ils soient, à restreindre leur communication à l'ensemble des intervenants. Il pourrait u avoir

⁷¹⁷ Cons. Const. 27 juill. 1994, D. 1995, Jur. 237 ; R.F.D.A. 1994, 1019, note B. Mathieu

⁷¹⁸ Cass. Civ. 1er, 9 oct. 2001, G.A.J.C., 2007, n° 11, obs. F. Terré et Y. Lequette ; D. 2001. Jur. 3470, rapport P.

⁷¹⁹ Sargos, note D. Thouvenin ; J.C.P. G. 2002, II, 10045, note O. Cachard ; R.T.D. civ. 2002, 176, obs. R. Libchaber, 507, obs. J. Mestre et B. Farges

⁷²⁰ Civ. 1er, 5 nov. 1996, D. 1997, Jur. 403, note S. Laulom ; R.T.D. civ. 1997, 632, obs. J. Hauser ; G.A.J.C. 2007, n° 20, obs. Hauser ; Civ. 1er, 25 fév. 1997, J.C.P. G 1997, II, 22873, note J. Ravanis ; D. 1997, I.R. 93. « *La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation.* »

⁷²¹ En ce sens voir Crédeville A. E., « Non à la dérive des préjudices », in BACACHE M., *Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance* ; Dossier Droit de la santé, la santé devant la Cour de cassation ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, p. 1914

tentation de constituer systématiquement des preuves, ce qui irait à l'opposé de la démocratie sanitaire actuellement prônée par la loi.⁷²²

En ce qui concerne les praticiens conseils, il semble s'associer plusieurs situations déjà trouvées chez d'autres professionnels de soins.⁷²³

Dans leur pratique quotidienne, ils possèdent une indépendance technique professionnelle qui concerne leurs avis⁷²⁴, même dans le cadre de leur activité de salarié⁷²⁵. Il leur est impossible non seulement d'aliéner leur indépendance professionnelle⁷²⁶ mais encore de limiter cette indépendance.⁷²⁷

Les évolutions de la jurisprudence concernant les médecins salariés, même s'ils concernent des praticiens en milieu de soins hospitalier⁷²⁸, semblent pouvoir concerner les praticiens conseils et « *le médecin salarié qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui est impartie par l'établissement de santé privé n'engage pas sa responsabilité à l'égard du patient.* »⁷²⁹

Ceci exclut évidemment la situation dans laquelle une infraction pénale intentionnelle a été commise ayant porté préjudice à un tiers, fût-ce sur l'ordre du commettant, qu'elle fasse l'objet d'une sanction pénale⁷³⁰ ou non.⁷³¹ Le préposé condamné engage sa responsabilité

⁷²² Loi du 4 mars 2002

⁷²³ BONIJOLY O., VIALLA F., « La responsabilité du fait du médecin salarié », pp. 563-572 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p.

⁷²⁴ T. confi., 14 février 2000, n° 00-02929 (Bull. civ. N° 2 ; D. 2000, IR, p. 138 ; JCP G 2001, II, 10584, note J. Hardy, L'« indépendance professionnelle dont bénéficie le médecin dans l'indépendance de son art (...) est au nombre des principes généraux du droit [...] »

⁷²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 13 novembre 2002, n° 00-22432 (Bull. civ. I, n° 263 ; D. 2003, p. 583, note S. Deis-Beauquesne ; JCP G 2003, II, 10096, note M. Billiau ; Gaz. Pal. 2003, p. 1000, note F. Chabas ; LPA 29 mai 2003, note Barbiéri) « indépendance professionnelle intangible dont bénéficie le médecin, même salarié, dans l'exercice de son art. »

⁷²⁶ Art. R. 4127-5 du code de la santé publique « *Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.* »

⁷²⁷ Art. R. 4127-95 du code de la santé publique « *Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat ou un statut à un autre médecin, une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions.*

En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical de la part du médecin, de l'entreprise ou de l'organisme qui l'emploie. Il doit toujours agir, en priorité, dans l'intérêt de la santé publique et dans l'intérêt des personnes et de leur sécurité au sein des entreprises ou des collectivités où il exerce. »

⁷²⁸ « *N'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui a été impartie par son commettant.* » Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, « Costedoat », Bull. civ. N° 2 ; R. p. 257 et 315 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 217 ; BICC 15 avril 2000, concl. Kessous, note Ponroy ; D. 2000, p. 673, note Brun et somm. P. 467, obs. Delebecque ; JCP G 2000, II, n° 10295, concl. Kessous, note Billiau, JCP G 2^{ooo} n° 26241, I, p. 1244, obs. Viney ; Gaz. Pal., 2002, II, 1462, note Rinaldi

⁷²⁹ Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 2004, n° 01-17908 (Gaz. Pal., janv. 2005, n° 27 ; LPA, 20 février 2006, n° 36, G. Faure, M. Dauray-Fauveau, E. Revaux, F. Jamay, I. Callies, G. Guerlin, C. Manouil, I. Muller-Quoy ; JCP G 2005, II, 10020, note D. Duval-Arnould, S. Prochy-Simon ; F. Vialla, « subordination ou indépendance », Rev. Droit & santé, 2005, n° 4, p. 103 ; RTD civ., 2005, p. 143, obs. P. Jourdain ; D. 2005, p. 143, note F. Chabas ; D. 2005, p. 407, note J. Penneau

⁷³⁰ Cass. Ass. Plén., 14 déc. 2001, n° 00-82066

⁷³¹ Cass. crim., 7 avr. 2004 ; Bull. crim. 2004, n° 94

civile à l'égard de la victime et il persiste une possibilité d'action récursoire contre l'assureur de l'employeur⁷³² si une stipulation du contrat est prévue.

4-2-2 La sanction de la violation du droit à l'information

La jurisprudence actuelle laisse aux juges du fond la responsabilité de se prononcer sur le sujet mais conserve l'obligation de préjudice. « *La violation de l'obligation d'information incombant au praticien ne peut être sanctionnée qu'autant qu'il en résulte un préjudice dont l'existence est souverainement constatée par les juges du fond.* »⁷³³

Elle a en revanche déjà sanctionné l'indemnisation d'une violation d'une obligation d'information au titre d'un préjudice moral isolé en précisant que seule la perte de chance peut intervenir. « *La violation d'une obligation d'information ne peut être sanctionnée qu'au titre de la perte de chance subie par le patient d'échapper, par une décision peut être plus judicieuse, au risque qui s'est finalement réalisé.* »⁷³⁴

La position a été confirmée par l'arrêt du 6 décembre 2007 qui décide que « *le seul préjudice indemnisable à la suite du non-respect de l'obligation d'information du médecin, laquelle a pour objet d'obtenir le consentement éclairé du patient, est la perte d'une chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé. Dès lors, viole les articles R. 4127-36 du code de la santé publique et 1382 du code civil l'arrêt qui, après avoir écarté toute perte de chance d'échapper au risque qui s'est réalisé, alloue au malade une indemnité au titre du préjudice moral éprouvé par lui du fait du manquement à l'obligation d'information au motif que le malade non-informé n'avait pu anticiper le risque qui s'est réalisé.* »⁷³⁵

On peut donc considérer qu'actuellement la démarche est stabilisée vers un rejet de reconnaissance d'une responsabilité pour violation d'un droit subjectif autonome, peut être dans l'attente d'une éventuelle évolution de la jurisprudence.

Section 2 Le consentement à la transmission de données de santé

La notion de consentement a fait l'objet de très nombreux travaux. Le champ des analyses concernait le plus souvent la relation thérapeutique.

Dans le cadre des soins, le consentement de la personne examinée ou soignée doit être recherché dans tous les cas.⁷³⁶

Il nous semble intéressant de reprendre l'analyse de Lokiec⁷³⁷ en ce qu'elle cherche à définir le fondement du consentement du patient sur la notion de décision médicale.⁷³⁸

⁷³² Même si cette possibilité n'est pas prévue par article L. 121-12 code des assurances Cass. 1^{ère} civ., 12 juill. 2007, F. Violla, Rev. Droit & santé, 2007, n° 20, p. 730 ; X Leducq, Gaz. Pal. 2008, n° 101 ; J.-F. Barbiéri, LPA, 2007, n° 248 ; J. Kullmann, RGDA, 2008, n° 2008-1 ; S. Hocquet-Berg, JCP G 2007, II, 10162

⁷³³ Civ. 1er, 13 nov. 2002, Bull. civ. I, n° 265 ; R.T.D. civ. 2003 98, obs. P. Jourdain ; D. 2002, I.R. 3188 et Bull. civ. I, n° 266 ; R.T.D. civ. 2003, 98, obs. P. Jourdain

⁷³⁴ Civ. 1er, 7 déc. 2004, Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2005, Pan. 409, obs. J. Penneau

⁷³⁵ Civ 1er, 6 déc. 2007 ; D. 2008, Jur. 192, note P. Sargos et Chron. 804 note L. Neyret

⁷³⁶ Art. R. 4127-36 du code de la santé publique

Etudiant tant le bien-fondé de la décision médicale que son mode d'élaboration, cet auteur identifie deux processus de décisions avec d'un côté celle du patient, de l'autre celle du médecin. Il estime que les évolutions des lois les plus récentes transfèrent vers le patient le pouvoir de décision en matière de soins, introduisant des stipulations telles que l'article L. 1111-4 du code de la santé publique, en vertu duquel « *toute personne prend, avec le professionnel de santé et compte tenu des informations et des préconisations qu'il lui fournit, les décisions concernant sa santé* ».

Il l'explique par « *la tentation de ramener le rapport médical dans le giron des techniques traditionnelles du droit privé, au premier rang desquelles figure le contrat.* »

Or, en opposition avec la théorie qui fait du contrat le support du lien existant entre patient et professionnel de santé, l'auteur estime que « *la prise de décision en matière médicale se résume pourtant très difficilement en un simple accord de volontés entre le patient et son médecin.* »⁷³⁹

Sous section 1 Le consentement du patient

Afin de comprendre l'importance du consentement au sein du sujet de la communication et du secret professionnel, il est important d'en développer l'analyse, même si l'ensemble des références utilisées porte en fait sur des situations de soins, situation exclue de notre sujet précis du secret au sein des organismes de protection sociale.

Le texte suivant reprend de nombreux axes de réflexion du professeur Barret dans son article du 7 février 2007 disponible sur Internet.

§ 1 Le fondement de l'obligation du consentement

L'obligation du consentement a été développée dans le cadre du respect des droits de l'Homme pour les soins et les risques d'atteinte à la personne.

1 les textes fondamentaux

On peut signaler l'existence de nombreux textes qui font coexister les principes de consentement et d'information. Mais cette obligation correspond le plus souvent à une situation de soins ;

La Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine du Conseil de l'Europe du 4 avril 1997 indique en son article 5 : « *Une intervention dans le domaine de la santé ne peut être effectuée qu'après que la personne concernée y a donné son consentement libre et éclairé. Cette personne reçoit préalablement une information adéquate quant au but et à la nature de l'intervention ainsi que quant à ses conséquences et ses risques* ».

⁷³⁷ LOKIEC P., « La décision médicale », RTD civ. 2004.641

⁷³⁸ RICOEUR P., *Prise de décision judiciaire et médicale, Le juste et l'éthique médicale*, Médecine et droit, 1999.1

⁷³⁹ LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical », *Revue de droit sanitaire et social* 2006 p. 865

La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme de l'Unesco du 11 novembre 1997 proclame en son article 5, concernant la recherche, le traitement ou le diagnostic portant sur le génome d'un individu : « *Dans tous les cas, le consentement préalable, libre et éclairé de l'intéressé sera recueilli* ».

La Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme de l'Unesco du 19 octobre 2005 proclame en son article 6 : « *Toute intervention médicale [...] ne doit être mise en œuvre qu'avec le consentement préalable, libre et éclairé de la personne concernée, fondé sur des informations suffisantes* ».

En droit national, la **Cour de cassation** avait reconnu de manière ancienne le principe qu'un médecin « *est tenu, sauf cas de force majeure, d'obtenir le consentement du malade avant de pratiquer une opération [...]* »⁷⁴⁰

Le **code civil** consacre dans son livre I^{er} « *Des personnes* » un chapitre 2 intitulé « *Du respect du corps humain* ». Son article 16-3 précise que « *Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement (...)* » et prévoit le cas où il peut être passé outre, si « *son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consenti* ». Il pose comme principe : « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain* ».

Ce principe se trouve formalisé dans l'article L. 1111-2 du **code de la santé publique** : « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé. Cette information porte sur les différentes investigations, traitements ou actions de prévention qui sont proposés, leur utilité, leur urgence éventuelle, leurs conséquences, les risques fréquents ou graves normalement prévisibles qu'ils comportent ainsi que sur les autres solutions possibles et sur les conséquences prévisibles en cas de refus* ».

Enfin, le code de déontologie médicale formule la même obligation dans l'article R. 4127-35 du code de la santé publique « *Le médecin doit à la personne qu'il examine, qu'il soigne ou qu'il conseille une information loyale, claire et appropriée sur son état, les investigations et les soins qu'il lui propose (...)* ».

2 Un principe constitutionnel

Il est défini un principe constitutionnel d'information dans le cadre de la sauvegarde de la dignité de la personne humaine.⁷⁴¹ Un des éléments fondamentaux qui permet la protection de ce droit repose sur la maîtrise de l'information par la personne qui doit donner son accord en cas de transmission.

L'arrêt Teyssier rendu le 8 janvier 1942 par la première chambre civile⁷⁴² de la Cour de cassation posait le principe que le médecin a une obligation qui a pour but de donner au patient les renseignements sans lesquels son consentement ne serait pas éclairé, et ce, au nom du respect dû à la personne humaine.

⁷⁴⁰ Un arrêt du 28 janvier 1942

⁷⁴¹ Cons. Const., décision du 27 juillet 1994 rendue relativement à la loi du 29 juillet ; Cass. Civ. I^{ère}, 9 octobre 2001, Bull. 2001, I, n° 249, p. 157, pourvoi n° 00-14.564

⁷⁴² Cass. Civ. I^{ère}, Req., 8 janvier 1942, DC. 1942. J. 63 ; Gaz. Pal. 1942-1, p. 177

La reconnaissance du principe du respect de la personne humaine a été consacrée par le législateur par plusieurs lois en ce qui concerne le respect du corps humain. C'est le cas de la loi du 29 juillet 1994⁷⁴³ relative au respect du corps humain⁷⁴⁴ modifié partiellement par celle du 27 juillet 1999.^{745 746}

Dès avant l'avis du Conseil constitutionnel, le code de déontologie médicale, dans sa version résultant du décret du 6 décembre 1995⁷⁴⁷, édictait l'obligation pour le médecin de recueillir le consentement du patient.

L'article L. 1111-4 du code de la santé publique pose le principe du consentement. « (...) *Aucun acte médical ni aucun traitement ne peut être pratiqué sans le consentement libre et éclairé de la personne et ce consentement peut être retiré à tout moment* ».

La loi pénale revêtant un caractère d'ordre public, le consentement de la victime n'est pas, en général, considéré comme un fait justificatif. Ce principe connaît toutefois des exceptions, pour certains intérêts disponibles tel le patrimoine ou les droits subjectifs. Il n'y a pas vol quand le possesseur d'un bien accepte de s'en dessaisir librement et en connaissance de cause, le consentement de la victime pouvant ainsi faire disparaître l'infraction.

Il semble utile de rappeler la notion de consentement en droit pénal qui envisage les faits justificatifs et qui nous permettra de poser la question ultérieurement de la dépenalisation de la violation du secret.

En ce qui concerne le secret professionnel, le seul fait justificatif est donc représenté par l'intérêt pour la victime de sa violation.

Dans le code civil, la loi du 29 juillet 1994 relative au respect du corps et modifié par l'article 70 de la loi du 27 juillet 1998⁷⁴⁸ portant création d'une couverture maladie universelle, a clarifié la notion de consentement aux soins.⁷⁴⁹

2 La notion de consentement en droit français

On rappelle que la notion de consentement du patient se situe à un carrefour majeur des problèmes juridiques liés à l'exercice médical. Sur le plan civil, le consentement est un élément fondateur du contrat au sens général⁷⁵⁰ mais encore faut-il, sur le plan pénal, que

⁷⁴³ Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994

⁷⁴⁴ Art. 16 du code civil « *La loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité humaine et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie.* »

⁷⁴⁵ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1999

⁷⁴⁶ Art. 16-3 du code civil « *il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* »

⁷⁴⁷ Art. R. 4127-35, R. 4127-36, R. 4127-41 et R. 4127-52 du code de la santé publique

⁷⁴⁸ Loi n° 99-641 du 27 juillet 1998

⁷⁴⁹ Art. 16-3 du code civil « *Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir.* »

⁷⁵⁰ ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire/lettre_c/lettre_c_cons.htm

l'action auquel il s'applique soit légitime pour que cette intervention soit pénalement justifiée.⁷⁵¹

La notion de consentement en droit français et notamment dans le domaine de la santé suppose une double compétence, celle de pouvoir comprendre et celle de se déterminer librement. Dans le domaine du soin, le consentement peut être consécutif à un accord synallagmatique visant au traitement optimal ou à l'autorisation donnée d'accomplir un acte qui dépasse dans le seul intérêt individuel de la personne.

On rappelle que pour pouvoir comprendre et en corollaire faire un choix éclairé, il faut être informé des conséquences possibles du choix.

Cette analyse rapide nous a permis d'évoquer la construction de la conception du consentement mais, se rapportant aux soins, elle ne peut être considérée comme incontournable dans le cadre de notre travail. Celui-ci porte en effet sur l'activité des praticiens conseils qui n'effectuent aucun soin.

Il doit donc être envisagé les spécificités de la notion de consentement au sien de l'assurance maladie.

§ 2 Le consentement dans la relation thérapeutique

Il semble nécessaire d'analyser cette situation qui est un des fondements de la justification de la détention de l'information. Néanmoins elle ne concerne pas les praticiens conseils.

L'article L. 1111-17 du code de la santé publique évoque la possibilité de communication à un autre médecin que le médecin traitant dans le cadre d'un consentement éclairé.⁷⁵² Ce médecin peut être coordonnateur de soins.⁷⁵³

Le dossier pharmaceutique fait l'objet du consentement prévu dans l'article L. 1111-23 du code de la santé publique.⁷⁵⁴

Le consentement a une place majeure dans l'ensemble des textes qui organisent la recherche biomédicale, ce consentement devant être libre, éclairé⁷⁵⁵ et donné par écrit.⁷⁵⁶ Il doit être

⁷⁵¹ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

⁷⁵² Art. L. 1111-17 du code de la santé publique « (...) II.-Le professionnel de santé recueille, après avoir informé la personne concernée, son consentement pour qu'un autre professionnel de santé à qui il serait nécessaire de confier une partie de la prestation accède à son dossier médical personnel et l'alimente. »

⁷⁵³ Art. L. 1111-15 du code de la santé publique

⁷⁵⁴ Art. L. 1111-23 du code de la santé publique « Afin de favoriser la coordination, la qualité, la continuité des soins et la sécurité de la dispensation des médicaments, produits et objets définis à l'article L. 4211-1, il est créé, pour chaque bénéficiaire de l'assurance maladie, avec son consentement, un dossier pharmaceutique. (...) »

⁷⁵⁵ Que ce soit avant, pendant la recherche, mais aussi après sur les résultats obtenus Art. L. 1122-1 du code de la santé publique

⁷⁵⁶ Art. L. 1122-1-1 du code de la santé publique « Aucune recherche biomédicale ne peut être pratiquée sur une personne sans son consentement libre et éclairé, recueilli après que lui a été délivrée l'information prévue à l'article L. 1122-1. Le consentement est donné par écrit ou, en cas d'impossibilité, attesté par un tiers. Ce dernier doit être totalement indépendant de l'investigateur et du promoteur (...). » Voir aussi art. D. 6321-3 du code de la santé publique pour la mise en œuvre d'un document d'information signé par le patient dans les réseaux de santé

associé non seulement au droit de refuser la recherche, mais aussi de reprendre tout accord qui aurait pu être précédemment donné.⁷⁵⁷

L'affiliation obligatoire en France de toute personne exerçant une activité rémunératrice ne fait pas porter l'intervention des services de protection sociale ainsi que l'obligation d'information sur le consentement de l'assuré. Cette obligation relève des stipulations du code de la sécurité sociale qui confie à l'Assurance Maladie un rôle général d'information.

L'informatisation des données de santé reçoit selon un sondage un accueil favorable de la part des Français qui sont nombreux à être convaincus de l'intérêt pour mieux soigner du développement de l'informatisation des données de santé (80 %). Ceci est vrai à la condition que soit systématiquement recueilli leur consentement préalable (88 %).⁷⁵⁸

Sous section 2 Le formalisme du consentement pour la transmission des données

Doit être évoquée la notion de consentement, non pas comme on l'évoque plus haut pour une situation de soins mais bien dans le sens d'une autorisation de transmission des données par la personne concernée par le secret elle-même .

§ 1 la forme du consentement

La notion s'entend comme manifestation de volonté⁷⁵⁹ de chacune des parties⁷⁶⁰ dans le cadre d'un accord⁷⁶¹ ou d'un acte de volonté non équivoque à assumer certaines obligations⁷⁶².

L'expression de la volonté des parties ne saurait, toutefois, être productrice d'effets juridiques, économiques ou sociaux si elle n'est pas extériorisée. Sans cette extériorisation, l'acte est vicié, la personne devant être considérée comme n'ayant pas exprimé son consentement.⁷⁶³

La manifestation de leur volonté pour être valable doit être manifeste⁷⁶⁴, libre, éclairée.

⁷⁵⁷ Art. L. 1122-1 du code de la santé publique « (...) Il informe la personne dont le consentement est sollicité de son droit de refuser de participer à une recherche ou de retirer son consentement à tout moment sans encourir aucune responsabilité ni aucun préjudice de ce fait. (...) »

⁷⁵⁸ Sondage LH2 réalisé pour le CISS les 6 et 7 février 2009 par téléphone auprès d'un échantillon de 1 052 personnes représentatif de la population française âgée de 15 ans et plus (méthode des quotas), Le Collectif Interassociatif Sur la Santé (CISS), 10, villa Bosquet - 75007 Paris, Tél. : 01.40.56.01.49 - Fax : 01.47.34.93.27 - secretariat@leciss.org

⁷⁵⁹ Directive 95/146/CE article 2 : Aux fins de la présente directive, on entend par :

h) « consentement de la personne concernée » par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. »

⁷⁶⁰ CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, Tome 4, Paris, Thémis, P.U.F., 1992 ; TERRE F., SIMMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 5ème éd., Paris, Précis Dalloz, 1993p.75

⁷⁶¹ A rapprocher du terme d'« agreement » utilisé par l'*Uniform Computer Information Transaction Act UCITA*, « bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances, including course of performance, course of dealing, and usage of trade as provided in this [Act]. » (Section 102(a)(4)), <http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ucita/cital0st.htm>

⁷⁶² BAUDOIN J.-L., JOBIN P.-G., *Les obligations*, 5ème éd., Cowansville, Les Editions Yvon Blais Inc., 1998, p. 177

⁷⁶³ CHASSIGNEUX C., *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, Thèse, Université Panthéon-Assas (PARIS II) Droit - Économie - Sciences Sociales et Université de Montréal, présentée et soutenue publiquement le 3 juillet 2003, Paris, p. 146

Ces notions signifient que les parties au contrat, et plus particulièrement le consommateur, doivent pouvoir exprimer leur accord en dehors de toute contrainte⁷⁶⁵ et en connaissance de cause⁷⁶⁶. Qu'en est-il de la liberté du contractant dans le cadre de la prise en charge des soins par un organisme de protection sociale. La dépendance liée à une nécessité de santé peut-elle coexister avec une réelle liberté ?

L'accord doit être donné à des fins spécifiques⁷⁶⁷, préalable à toute collecte, communication ou utilisation et provenir de la personne concernée.

1 Un formalisme contraint

Le consentement doit être express, univoque et indiscutable. Cela ne signifie pas qu'une forme écrite soit nécessaire⁷⁶⁸ mais la question de la preuve du consentement informé, libre, spécifique reste posée⁷⁶⁹.

La question de la forme du consentement explicite ou implicite doit être posée devant l'opposition apparente entre le consensualisme et le formalisme contractuel. Il y a aussi opposition apparente entre d'une part la liberté théorique des parties de choisir la façon dont s'exprimera le consentement et d'autre part la définition prédéterminée du formalisme dans un contrat, le plus souvent par écrit.⁷⁷⁰

Cette opposition est retrouvée dans la Directive 95/46/CE qui évoque dans son article 2 « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée » associée à l'annexe 1 de la Loi C-6 article 4.3.7. « Le consentement peut revêtir différentes formes, par exemple :

a) on peut se servir d'un formulaire de demande de renseignements pour obtenir le consentement, recueillir des informations et informer la personne de l'utilisation qui sera faite des renseignements. En remplissant le formulaire et en le signant, la personne donne son consentement à la collecte de renseignements et aux usages précisés.

b) on peut prévoir une case où la personne pourra indiquer en cochant qu'elle refuse que ses nom et adresse soient communiqués à d'autres organisations. Si la personne ne coche pas la case, il sera présumé qu'elle consent à ce que les renseignements soient communiqués à des tiers⁷⁷¹

⁷⁶⁴ C'est-à-dire évident et indéniable

⁷⁶⁵ Sur les vices du consentement voir Jean CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, Sème éd., Paris, Précis Dalloz, 2000, pp. 178 et suiv. ; TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, Sème éd., Paris, Précis Dalloz, 2000, pp. 311 et suiv. ; CHAUVEL P., *Le vice du consentement*, Thèse, Paris II, 1981

⁷⁶⁶ Information sur les renseignements collectés, les finalités de la collecte, les personnes qui auront accès à cette information, les mesures de sécurité mises en place, les droits de la personne quant à ses données

⁷⁶⁷ L'internaute accepte seulement les finalités déclarées par le commerçant électronique au moment de la collecte, mais qu'en est il de la possibilité de contrôle du respect de cet engagement initial

⁷⁶⁸ Voir sur ce point la question des « click-wrap consent » informatiques dans lesquels une case cochée valide le consentement, l'accès au programme étant refusée lorsque la case n'est pas cochée

⁷⁶⁹ PIERRE-BEAUSSE C., *La protection des données personnelles*, éd. promoculture, 2005, pp. 76 et s.

⁷⁷⁰ CHASSIGNEUX C., *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, Thèse, Université Panthéon-Assas (PARIS II) Droit - Économie - Sciences Sociales et Université de Montréal, présentée et soutenue publiquement le 3 juillet 2003, Paris

⁷⁷¹ L'« opt out » désigne la possibilité offerte à la personne concernée, supposé consentir à la collecte de ses données, de ne pas participer à une collecte de données personnelles. L'« opt in », plus protectrice en termes de respect de la vie privée, désigne la possibilité de participer, au cas par cas, à la collecte de ses données

- c) le consentement peut être donné de vive voix lorsque les renseignements sont recueillis par téléphone, ou
d) le consentement peut être donné au moment où le produit ou le service est utilisé. »

Devant ces difficultés liées notamment à la multiplication des partages, des échanges et des hébergements de données la Conférence nationale de santé constate que les formes répétitives de recueil de consentement présentent un danger d'évolution défavorable de respect de l'exigence de consentement.

Elle propose d'unifier « le régime de consentement à la collecte, au traitement, à l'échange et à l'hébergement des données de façon à ce qu'il soit aisément compréhensible par les usagers et commode à exprimer, y compris quand ce mode de consentement est dématérialisé. »⁷⁷²

2 La preuve du consentement

La question de la preuve dans les technologies de l'information a été évoquée par la loi du 13 mars 2000⁷⁷³ portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique et son décret d'application du 30 mars 2001⁷⁷⁴ afin de permettre de garantir l'authenticité et la fiabilité des documents.

Les principes généraux de la gestion des documents d'archives s'appliquent à tous les formats de documents.

2-1 La dématérialisation

Les documents numériques soulèvent des problèmes particuliers liés notamment à la nécessité de mettre en œuvre une dématérialisation et du fait de leur absence d'existence physique. Le seul élément « solide » palpable correspond au support de leur conservation.

La dématérialisation couvre deux notions distinctes qui sont la numérisation et la non-matérialisation⁷⁷⁵.

La **numérisation** qui consiste à transformer un support physique préexistant dont l'exploitation ultérieure peut-être assurée soit par le format image obtenu qui est une copie fidèle de l'original, sauf erreur matérielle, soit au moyen d'un logiciel de reconnaissance de caractères. Elle impose la scannérisation des documents par des agents spécifiquement affectés à cette tâche avec un risque portant sur la confidentialité des données. L'utilisation d'un matériel de haute technicité adapté au nombre souvent important de documents à traiter permet de considérer que ce risque reste théorique.

La **non-matérialisation** consiste à remplacer des supports physiques antérieurs par l'enregistrement de données informatiques disponibles dans une chaîne de traitement

⁷⁷² Conférence Nationale de Santé, Avis sur les données de santé informatisées, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, 11 p.

⁷⁷³ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000

⁷⁷⁴ Décret d'application n° 2001-272 du 30 mars 2001

⁷⁷⁵ BERTRAND Y., STEINMANN B., LUCIANI D., BERBINAU J., LEYMARIE L., RIAC C., *Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale*, Mission d'audit de modernisation, Novembre 2006, p. 5

favorisant les échanges immatériels entre systèmes fonctionnels. Cela permet une transmission quasi instantanée des informations sans traitement préalable à l'exploitation mais nécessite la mise en œuvre de systèmes de protection.

L'utilisation de ces outils de dématérialisation est donc associée avec des outils de protection des données qui sont des outils d'authentification et de chiffrement.

L'authentification peut être réalisée par l'utilisation de cartes professionnelles identifiées associées à une signature électronique qui peut faire l'objet d'un chiffrement. La loi valide le procédé de la signature électronique, le juge pouvant être amené à trancher les conflits de preuve en déterminant par tout moyens la preuve la plus vraisemblable de l'identité de l'auteur de l'acte et de son adhésion au contenu de l'acte. Il y a ainsi contrôle d'identité et d'intégrité⁷⁷⁶.

La signature électronique reste un outil essentiel de traçabilité des interventions des divers partenaires à la communication permettant la recherche d'éventuelles responsabilités.

Le **chiffrement-cryptologie** correspond à un ensemble de moyens permettant de rendre une information inintelligible, puis la restituer dans son état premier, le plus souvent grâce à une clé, donnée numérique permettant de lancer des algorithmes arithmétiques. Il y a ainsi protection du secret des correspondances émises par voie de télécommunication, secret garanti depuis la loi du 10 juillet 1991.

2-2 L'archivage

Un système de gestion de documents d'archives correspond à un ensemble de programmes utilisé pour suivre et stocker les documents. Il ne se limite pas à une base de gestion mais doit s'associer un niveau de sécurité défini et des fonctionnalités de contrôle permanent du maintien de sécurité, du respect des caractéristiques définies par les concepteurs du système, notamment la conservation et les durées au terme desquelles les documents d'archives peuvent ou doivent être détruits et de la traçabilité de l'accès ajustée aux besoins des gestionnaires de documents d'archives.

Cette traçabilité fait l'objet d'une définition dans un texte communautaire⁷⁷⁷ où elle apparaît comme une norme organisationnelle, une aptitude à retrouver l'origine, l'utilisation, la localisation d'une activité au moyen d'une identification enregistrée⁷⁷⁸.

Contrairement aux documents d'archives papier qui peuvent faire l'objet d'une protection physique par « *enfermement* » dans des locaux ou mobiliers sécurisés, la gestion de la sécurité des ces bases est facilitée par l'obligation de disponibilité pour la lecture de l'association d'outil (hardware), de programmes logiciels adaptés (software) et d'un accès structuré (réseau).

⁷⁷⁶ BERTRAND Y., STEINMANN B., LUCIANI D., BERBINAU J., LEYMARIE L., RIAC C., *Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale*, Mission d'audit de modernisation, Novembre 2006, p. 5

⁷⁷⁷ Norme ISO 8402

⁷⁷⁸ CAMMAS G., Traçabilité et protection des communications

§ 2 Les spécificités du consentement au sein de l'assurance maladie

*« L'asymétrie du couple médecin-malade dans la relation thérapeutique conditionne le consentement du malade. Fondé sur le principe de dignité, il doit être précédé d'une information ce qui n'exclut pas les cas particuliers. »*⁷⁷⁹

On rappelle qu'il n'existe pas de relation thérapeutique dans la pratique des praticiens conseils.

1 La place des praticiens conseils

On doit rappeler en effet que l'intervention des praticiens conseils lors de contrôle ne peut rentrer dans une démarche de consentement. Si l'assuré peut initier une demande de prestation auprès de l'Assurance Maladie, il ne décide pas du mode de contrôle et n'en maîtrise d'ailleurs pas le déroulement. Il ne choisit pas l'intervenant qui va mettre en œuvre ce contrôle et n'est pas systématiquement informé des conséquences.

Le principe de l'intervention des personnels travaillant au sein des organismes de protection sociale, assurance maladie obligatoire est défini dans l'article L. 161-29 du code de la sécurité sociale.⁷⁸⁰

Le personnel des organismes d'assurance maladie est soumis à l'obligation de secret dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code pénal. Il peut être dérogé à cette obligation pour transmettre des données à des fins de recherche dans le domaine de la santé lorsque les modalités de réalisation de ces recherches nécessitent de disposer d'éléments d'identification directe ou indirecte des personnes concernées. Ces éléments sont recueillis dans le respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Après utilisation des données, les éléments d'identification des personnes concernées doivent être détruits.

2 Le consentement tacite à la gestion informatisée des données

L'hébergement des données de santé à caractère personnel, recueillies ou produites à l'occasion des activités de prévention, de diagnostic ou de soins, auprès de personnes

⁷⁷⁹ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

⁷⁸⁰ Art. L. 161-29 du code de la sécurité sociale *« Dans l'intérêt de la santé publique et en vue de contribuer à la maîtrise des dépenses d'assurance maladie, (...). Sous réserve des dispositions de l'alinéa suivant, le personnel des organismes d'assurance maladie a connaissance, dans le cadre de ses fonctions et pour la durée nécessaire à leur accomplissement, des numéros de code des pathologies diagnostiquées, des actes effectués et des prestations servies au bénéfice d'une personne déterminée, y compris lorsque ces prestations sont établies à partir des données mentionnées aux articles L. 6113-7 et L. 6113-8 du code de la santé publique, tels qu'ils figurent sur le support utilisé pour la transmission prévue au premier alinéa ou dans les données issues du traitement susmentionné.*

Seuls les praticiens-conseils et les personnels placés sous leur autorité ont accès aux données nominatives issues du traitement susvisé, lorsqu'elles sont associées au numéro de code d'une pathologie diagnostiquée. (...). »

physiques ou morales agréées à cet effet ne peut en théorie être réalisé qu'avec le consentement exprès de la personne concernée.⁷⁸¹

Dans l'article L. 1111-8 du code de la santé publique, la loi relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés est précisément citée⁷⁸². Ce même article, qui subordonne l'accès aux données et leur transmission à l'accord de la personne concernée par les données introduit une dérogation au principe. Les professionnels de santé⁷⁸³ qui ont confié à l'hébergeur des données ont la possibilité d'accéder aux données sans qu'il y ait à nouveau consentement exprès de la personne concernée.

Il y a donc accord non seulement pour un instant précis mais bien aussi pour l'avenir et cet accord ne peut être levé que par une nouvelle action qui correspond à une opposition du patient.⁷⁸⁴

Il doit être signalé que les organismes de protection sociale ne sont pas considérés comme des hébergeurs au sens de la loi. Il ne sont en effet pas indépendants, les données personnelles de santé qu'ils détiennent rentrant dans leur activité de gestion du risque assurantiel.

La question du consentement dans le cadre de la communication au sein de l'Assurance Maladie doit donc amener une analyse conjointe des notions de décision et de consentement.

Le consentement est corollaire de la décision prise par l'assuré social d'autoriser la communication. S'il n'y a pas de consentement il ne devrait pas y avoir communication et ce consentement ne peut être la suite que d'une information claire, précise, loyale de l'utilité qui sera faite des données soumises à « autorisation » pour transmission.

La loi, tant dans le code de la santé publique que dans le code de la sécurité sociale a défini un certain nombre de situations dans lesquelles le consentement est prévu pour permettre une communication d'informations.

Cette communication peut être simplement décrite comme la possibilité ou la nécessité de conservation de données sous une forme déterminée par la loi⁷⁸⁵. Il peut s'agir d'un droit d'accès aux informations qui concernent « *les personnes dont les données sont enregistrées et conservées dans le fichier du cabinet médical ou para-médical (...).* »⁷⁸⁶

⁷⁸¹ Article L. 1111-8 du code de la santé publique ou art. L. 1111-15 du code de la santé publique « (...) *L'accès au dossier médical personnel des professionnels mentionnés au premier alinéa est subordonné à l'autorisation que donne le patient d'accéder à son dossier.* »

⁷⁸² Ainsi que la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations déjà citée qui permet la sanction de retrait de l'agrément en cas de non respect des conditions de conservation

⁷⁸³ Ou les établissements de santé

⁷⁸⁴ Art. L. 1111-23 du code de la santé publique « (...) *Sauf opposition du patient quant à l'accès du pharmacien à son dossier pharmaceutique et à l'alimentation de celui-ci, tout pharmacien d'officine est tenu d'alimenter le dossier pharmaceutique à l'occasion de la dispensation.* »

⁷⁸⁵ Art. L. 1111-15 du code de la santé publique « *Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2, et selon les modalités prévues à l'article L. 1111-8, chaque professionnel de santé, exerçant en ville ou en établissement de santé, quel que soit son mode d'exercice, reporte dans le dossier médical personnel, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. En outre, à l'occasion du séjour d'un patient, les professionnels de santé habilités des établissements de santé reportent sur le dossier médical personnel les principaux éléments résumés relatifs à ce séjour.* »(...)

⁷⁸⁶ Art 8-II 6° de la loi informatique et liberté

Présenté de façon sommaire, le droit du consentement en matière de collectes de données de santé s'analyse comme un droit d'opposition. Ce droit d'opposition ne peut s'exercer que pour des motifs légitimes. Il ne s'applique donc pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ce droit a été écarté par une disposition expresse de l'acte autorisant le traitement⁷⁸⁷.

En effet, en dehors des cas prévus par la loi pour définir l'hébergement de données, la loi exige fréquemment un consentement exprès quand il y a échange ou conservation de données.

Néanmoins, les évolutions successives des réglementations laissent coexister des régimes distincts, créés selon les circonstances et qui s'opposent à une clarification. Cette situation ne peut perdurer si l'on souhaite permettre à l'assuré social d'exprimer formellement son adhésion à la collecte, au traitement, à l'échange et à l'hébergement de ses données de santé.

Il est possible de prendre comme exemple l'historique des remboursements de l'assurance maladie. Cette base comporte des données de santé nominatives auxquelles les médecins traitants ou spécialistes peuvent avoir accès dans des conditions prévues aux articles L. 162-4-3 et R 162-1-10 à R 162-1-15 du code de la sécurité sociale. L'article L 162-4-3 prévoit que « *le bénéficiaire des soins donne son accord à cet accès en permettant au médecin d'utiliser, à cet effet, la carte mentionnée à l'article L 161-31* » du même code.

Il y a donc coexistence des notions de consentement tacite et express pour les mêmes situations de conservation de données.

§ 2 Un consentement dématérialisé

La gestion des dossiers de l'Assurance Maladie doit faire poser la question du consentement dématérialisé.

Un exemple très actuel correspond à la carte Vitale 2

L'assuré social est amené à présenter sa carte pendant la consultation, notamment en prévision de la transmission électronique de la feuille de soins.

Dans le temps de l'acte de soins, l'accord de mise en œuvre de cette transmission, qui correspond à une démarche administrative, se confond avec l'accord de remise de la même carte pour autoriser le médecin à accéder à l'historique des remboursements.

Dans l'accord matérialisé par la remise de la carte Vitale se confondent deux actions réalisées par le professionnel de santé. Une vise à permettre un remboursement d'acte, l'autre vise à permettre l'accès à des données justifié par la qualité des soins. Certains auteurs estiment que, même s'il n'y a pas de conservation de données de santé dans la carte Vitale 2, il y a bien des données de santé nominatives hébergées.

⁷⁸⁷ Conférence nationale de santé CNS, Avis sur les données de santé informatisées, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, a propos de la clarification des modes de consentement pour la collecte, le traitement, l'échange et l'hébergement des données, pp. 7-8

Le consentement ne serait pas suffisamment distinct du consentement à la transmission de la feuille de soins matérialisé par la remise de la carte Vitale de sorte qu'il ne saurait s'agir du consentement exprès prévu par la loi dans le cadre de données de santé hébergées.

Il peut exister ainsi une confusion entre une démarche visant à l'obtention d'un droit et le transfert concomitant de données de santé. Peut-on déduire du fait que la personne exprime son consentement pour bénéficier de son contrat, qu'elle donne également son accord au transfert de ses données de santé ?

Certains auteurs posent d'ailleurs la question de liberté réelle de l'assuré. Si la collecte de données est liée à l'obtention du droit, existe-t'il une réelle possibilité pour la personne de refuser l'accès à l'information et ne s'agit-il pas à d'une renonciation tacite aux garanties qui lui sont dues ?

§ 3 Une présomption de consentement

Il semble bien que l'on soit placé dans le cadre de présomptions multiples. La mise à disposition par l'assuré de sa carte électronique au médecin et son utilisation pour « *consulter les données issues des procédures de remboursement ou de prise en charge qui sont détenues par l'organisme dont relève chaque bénéficiaire de l'assurance maladie* »⁷⁸⁸ semble surtout être surtout une « *présomption de consentement* »⁷⁸⁹.

Cet accord qui doit s'appuyer sur un consentement éclairé semble être basé sur une « *présomption d'information* », l'assuré devant en théorie être informé sur la portée que peut avoir cet accès aux données.

La C.N.I.L. avait précisé dans son avis que la remise de sa carte Vitale par l'assuré devra s'accompagner d'une information claire sur l'accès qui sera ainsi autorisé et sur sa signification. Les médecins devront préalablement le patient de leur utilisation de l'outil et de la possibilité d'interaction entre information et décision de soins.

On peut donc considérer qu'actuellement le consentement n'est que présumé en ce qu'il est basé sur une information de portée générale mais d'étendue probablement partielle. Il est impossible d'apporter la preuve de sa réalité et de sa conformité à l'attendu.

On a déjà signalé que plusieurs législations nationales évoquent les notions de secret et de confidentialité.

En droit commun, le fondement de ce droit repose sur la législation « *informatique et liberté* ».

Il existe un droit spécial avec respectivement la réglementation « *confidentialité* » et la réglementation « *hébergement* »⁷⁹⁰. L'application de ces textes spécifiques au sein de l'assurance maladie permet d'affirmer la mise en œuvre de protections des données à caractère personnel.

⁷⁸⁸ Art. L. 161-31 II et Art. L. 162-4-3 al. 1 du code de la sécurité sociale

⁷⁸⁹ HARICHAUX M., « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », Revue de droit sanitaire et social 2006 p. 109

⁷⁹⁰ ZORN-MACREZ C., « Les soignants, les soignés et les autres : gérer le dossier partagé en établissements », *L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés*, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé

Sous section 3 Des exemples pratiques associés à la notion de consentement

Il est possible de développer une analyse plus particulière de deux situations actuelles

§ 1 Le dossier médical personnel

Nous ne ferons qu'évoquer le dossier médical personnel (D.M.P.) tel qu'il est défini actuellement, puisqu'il a été clairement défini que sa mise en œuvre et son utilisation ne pourront pas faire l'objet d'une intervention de l'Assurance Maladie, l'accès à son contenu étant impossible, dans l'état d'avancement des projets, pour le service du contrôle médical.

Son contenu ne sera d'ailleurs pas enrichi, non plus par des renseignements administratifs sur la consommation de soins. Une démarche d'accès aux données de consommation par le médecin traitant par l'intermédiaire de bases de données accessibles par réseaux informatiques est en cours de mise en place par l'Assurance Maladie.

1 Un exemple d'informatisation du dossier

Il semble intéressant de prendre ce dossier informatique comme exemple d'outil de conservation et de communication de données pour enrichir la réflexion sur les évolutions possibles de la notion de secret.

Cette analyse est intégrée dans cette partie de notre travail alors qu'elle aurait pu aussi concerner l'analyse économique incluse plus après dans notre travail.

Néanmoins l'utilité affirmée par le politique de ce dossier reste l'amélioration de la prise en charge des patients. Nous avons fait le choix de l'évoquer dans ce chapitre.

Le dossier médical personnel est défini dans l'article L. 161-36-2 du code de la sécurité sociale⁷⁹¹. « *Dans le respect des règles déontologiques qui lui sont applicables ainsi que des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-2 du code de la santé publique, et selon les modalités prévues à l'article L. 1111-8 du même code, chaque professionnel de santé, exerçant en ville ou en établissement de santé, quel que soit son mode d'exercice, reporte dans le dossier médical personnel, à l'occasion de chaque acte ou consultation, les éléments diagnostiques et thérapeutiques nécessaires à la coordination des soins de la personne prise en charge. En outre, à l'occasion du séjour d'un patient, les professionnels de santé habilités des établissements de santé reportent sur le dossier médical personnel les principaux éléments résumés relatifs à ce séjour.* »⁷⁹²

Il a pour objet de :

- Favoriser la communication, la qualité et la continuité des soins ;⁷⁹³

⁷⁹¹ Le Chantier du dossier médical personnel, Quel accès au DMP, La Lettre, Ordre national des chirurgiens-dentistes, 2005 ; 37 :19-27.

⁷⁹² Il semble contradictoire de définir le DMP dans le code de la sécurité sociale alors que son utilité affirmée correspond plus à une démarche de santé publique, mais dans la gestion de ce dossier il y a de nombreux paradoxes

⁷⁹³ Loi du 13 août 2004

- Améliorer la communication des informations en santé, sous le contrôle du patient notamment pour ce qui concerne la confidentialité et conformément aux droits des patients dans le domaine des données personnelles de santé ;⁷⁹⁴
- Réduire les accidents iatrogènes et les examens redondants, diminuer les coûts inutiles par l'implication dans cette démarche des acteurs de soins.⁷⁹⁵

Le dispositif du D.M.P. a été introduit par la loi du 13 août 2004⁷⁹⁶ dans le code de la sécurité sociale, afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins. Chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose d'un dossier constitué de l'ensemble des données de santé à caractère personnel, notamment des informations qui permettent le suivi des actes et des prestations de soins. Ce dossier médical personnel est créé auprès d'un hébergeur de données de santé à caractère personnel, agréé.⁷⁹⁷

Même si comme on l'a vu, le dossier médical personnel n'entre pas dans le cadre strict de l'étude, les praticiens conseils n'étant pas prévus dans la liste des personnes pouvant accéder aux données conservées, il semble utile d'étudier la place faite dans le dispositif du D.M.P. du consentement du patient

2 D.M.P. et consentement exprès du patient

La nécessité de tenir compte du consentement du patient est un élément fondamental qui a structuré la mise en œuvre du D.M.P.

2-1 Le consentement exprès du patient

La création du D.M.P. repose sur le consentement exprès du patient, le consentement étant nécessaire chaque fois qu'un professionnel de santé demande accès aux informations contenues dans le dossier pour le consulter et/ou l'enrichir.

La question est posée de la possibilité pour le patient de décider de « masquer » une information inscrite dans son dossier à un professionnel de santé autorisé à accéder à son dossier. Cette faculté, conséquence du principe du respect de la vie privée et du droit du malade de ne pas tout révéler au médecin, soulève de nombreuses réserves de la part des professionnels de santé qui évoquent la nécessité de conserver une confiance réciproque. La réponse repose sur l'assimilation du D.M.P. à la relation classique de patient à médecin, laquelle doit reposer sur la confiance et l'intérêt de la santé du malade et dans l'état actuel de la législation qui prévoit que le médecin aura la possibilité de savoir si le dossier qu'il consulte est complet ou non complet.

L'article L. 161-36-4 du code de la sécurité sociale prévoit que « *les conditions dans lesquelles certaines informations peuvent être rendues inaccessibles par le titulaire du dossier médical personnel ou son représentant légal ainsi que les modalités selon lesquelles*

⁷⁹⁴ Loi du 4 mars 2002

⁷⁹⁵ TENENBAUM A., *La relation médecin chirurgien-dentiste dans la prise en charge du patient : les évolutions nécessaires. Analyse dans le cadre d'un réseau de santé*, Université René Descartes Faculté de Médecine, Paris 5 Président : Pr. Jean-François DHAINAUT Master 2 Recherche en Ethique Directeur : Pr. Christian HERVE Année 2004-2005

⁷⁹⁶ Articles 2 à 5 de la loi n° 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

⁷⁹⁷ Art. L. 161-36-1 du code de la sécurité sociale

le professionnel de santé accédant au dossier médical personnel a connaissance de l'inscription au dossier d'informations rendues inaccessibles par son titulaire ou son représentant légal ».

Le consentement est essentiel à l'accès aux données. Certaines exceptions correspondent à la sauvegarde de la vie humaine, un professionnel de santé pouvant y accéder sans autorisation en cas d'urgence, lorsqu'il s'agit d'un médecin régulateur qui a besoin d'informations pour organiser une prise en charge coordonnée ou lorsque la personne concernée « *ne peut donner son consentement par la suite d'une incapacité juridique ou d'une impossibilité matérielle* »⁷⁹⁸.

La loi prévoit néanmoins la possibilité pour le patient de manifester au préalable son opposition⁷⁹⁹, possibilité retrouvée dans la loi informatique et liberté⁸⁰⁰ sans qu'il y ait nécessité pour le patient de motiver son choix.

Il est essentiel de souligner que si le consentement du patient est un élément nécessaire pour la licéité de l'acte médical, c'est notamment parce que l'acte a une finalité non seulement légitime, reconnue par le droit⁸⁰¹, mais aussi car ce consentement est lié à sa volonté d'accepter l'acte concerné.

2-2 Les exceptions au consentement exprès du patient

La complexité de la prise en charge des soins a nécessité un ajustement de la règle du recueil du consentement du patient et, en contrepartie, des obligations de conformité de dispositifs d'hébergement de données de santé à caractère personnel.

2-2-1 Le professionnel de santé ayant déposé la donnée

Le consentement exprès du patient n'est plus exigé quand l'accès aux systèmes de données est réservé au professionnel ou à l'établissement de santé qui a lui-même déposé ces données afin qu'il ne soit pas obligé de requérir de nouveau le consentement pour consulter les données qu'il a lui-même déposées.⁸⁰²

2-2-2 L'incapacité du patient

La loi autorise les professionnels de santé à accéder au dossier médical personnel d'une personne qui est hors d'état d'exprimer son consentement et dont la situation comporte un risque immédiat pour sa santé notamment en cas d'urgence, sauf opposition expressément et préalablement exprimée. Le médecin peut solliciter du patient son consentement à ce qu'un confrère à qui il confie une partie de la prestation de soins accède au dossier et l'enrichisse.⁸⁰³

⁷⁹⁸ Art 8-II 2 de la loi du 6 janvier 1978

⁷⁹⁹ Art L. 1111-17 du code de la santé publique

⁸⁰⁰ Art. 38 de la loi du 6 janvier 1978

⁸⁰¹ Par exemple un but curatif pour les soins

⁸⁰² Art. L. 1111-8 du code de la santé publique

⁸⁰³ Art. L. 161-36-2-2 du code de la sécurité sociale

3 Les difficultés liées au D.M.P.

En sus des difficultés techniques liées à la mise en œuvre d'un tel outil informatique, aux nécessaires aptitudes à communiquer entre outils informatiques, il est rapidement apparu des questions fondamentales portant sur la portée même de l'utilisation du D.M.P.

3-1 L'absence de liberté réelle envers le D.M.P.

Le dispositif légal connu au moment de la rédaction de notre thèse comporte des mesures d'incitation à l'usage du D.M.P. avec possibilité de remise en cause du conventionnement avec l'assurance maladie⁸⁰⁴ pour les professionnels de santé et pour les patients un niveau de remboursement variable des prestations. Ces dispositions étaient sensées être applicables à compter du 1er janvier 2007, ce qui n'a pas été le cas, le dossier n'étant pas en place à ce jour.

Le D.M.P. pouvant lier, pour l'assuré, le niveau de remboursement à son accès, la C.N.I.L. a été interrogée afin de savoir si le consentement de la personne pouvait être considéré comme réellement libre. Elle a apporté une réponse positive en estimant que « *les dispositions du projet de loi instituant le dossier médical personnel et liant le niveau de remboursement des soins à l'accès du professionnel de santé à ce dossier sont justifiées par un motif d'intérêt public important qui est (...) la coordination, la qualité et la continuité des soins et l'amélioration de la pertinence du recours au système de soins, l'ensemble du projet de loi visant à sauvegarder l'assurance maladie* ».

Elle a considéré indispensable de demander l'utilisation d'un nouvel identifiant «*anonymisé*», dédié à la santé⁸⁰⁵ et indépendant du numéro national d'identification, le cryptage de l'ensemble des données et de toutes les informations liées, la mention des sanctions pénales en cas d'atteinte au secret professionnel couvrant l'ensemble des données hébergées, la réaffirmation de l'interdiction de toute commercialisation des données.

3-2 Les risques de la numérisation des données du D.M.P.

Certains risques peuvent être liés à la démarche de numérisation. Tout d'abord, un des principaux risques relève de la nécessité d'enrichissement de son contenu par les professionnels de santé. Or, s'il est admis actuellement par ces professionnels qu'il existe un intérêt du patient à bénéficier d'un dossier régulièrement suivi et actualisé, le débat relatif au statut des informations figurant dans le D.M.P. est directement lié au fait que le dossier électronique peut désormais « sortir » du cabinet médical.

⁸⁰⁴ Art. L. 161-36-1 du code de la sécurité sociale « *L'adhésion aux conventions nationales régissant les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les professionnels de santé, prévues à l'article L. 162-5 du présent code, et son maintien sont subordonnés à la consultation ou à la mise à jour du dossier médical personnel de la personne prise en charge par le médecin.* »

⁸⁰⁵ Avis C.N.I.L. du 20 février 2007 « *un nouvel identifiant, spécifique aux données de santé, généré à partir du N.I.R. Ce nouvel identifiant serait certifié selon les procédures déjà éprouvées, reconnues et fiables, actuellement utilisées pour les bénéficiaires de l'assurance maladie, mais transcodé selon des techniques établies de l'anonymisation. Cette proposition permettrait de bénéficier des avantages du N.I.R. au moment de la création de l'identifiant tout en maintenant un niveau de garantie élevé* ».

Cette numérisation permet à de multiples intervenants d'en demander l'accès⁸⁰⁶.
Il peut être aussi diffusé sur Internet ce qui facilite sa diffusion dans des réseaux dont le contrôle est aléatoire⁸⁰⁷.

§ 2 Consentement et assurance

La question du consentement prend une importance toute particulière lors de l'étude des cas particuliers liés aux demandes de communication d'informations aux compagnies d'assurances dans le cadre de la mise en œuvre d'un contrat couvrant la réalisation d'un risque.⁸⁰⁸

2-1 Consentement et droit de la consommation

Ainsi le risque lié à la « marchandisation » des données personnelles, peut amener à considérer que la protection des données « relève du contrat liant un consommateur à une entreprise, autour du principe général du droit privé qu'est la loyauté ou la bonne foi devant présider aux conventions légalement passées entre les parties. »⁸⁰⁹

Il ne peut y avoir transmission sans consentement préalable et valable du patient. D'autant plus si le patient a demandé le secret à propos de certaines d'entre elles.

Pour certains auteurs, les dispositions destinées à protéger la personne concernée par les données personnelles, pour être effectives, ne peuvent reposer désormais sur le droit au consentement ou au non-consentement, mais bien sur une réglementation protectrice portant sur les flux transfrontaliers en dehors de la Communauté européenne⁸¹⁰.

2-2 L'accord de principe du patient : consentement tacite ?

La cadre contractuel de l'assurance développe lui aussi une analyse portant sur l'accord de principe du patient dans le cadre de l'application des stipulations contractuelles.

Initialement, le droit de l'assurance voyait s'appliquer une conception très protectrice du malade.

⁸⁰⁶ Voir sur ce point les possibilités d'accès par le juge pénal en cas de mise en cause du médecin auteur présumé d'une infraction ALTAVILLA A., COUDANE H., DEAU X., DUPUY O., GUILLEMIN F., STRAEHLI G., *Atelier 6 – Les soignants, les tiers et le DMP [Dossier médical personnel : aspects juridiques et déontologiques]*, Rev. Génér. Dr. Méd., n° 20, pp. 211-225, sept. 2006

⁸⁰⁷ Voir sur ce point la récente attaque du système informatique du ministère du budget qui semble avoir été détectée tardivement sans que les outils de protection soient efficaces

⁸⁰⁸ Comité Permanent des Médecins Européens (CPME), La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, CP98/090 Final FR, 06/04/99, <http://www.cpme.be>

⁸⁰⁹ GENTOT M., « La protection des données personnelles à la croisée des chemins, Chapitre 1 », pp. 25-44 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, p. 35

⁸¹⁰ DUASO CALÉS R., *La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur Internet : le cas des données judiciaires*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre, 2002, p. 96

A la marge de la notion d'assurance, dans un contrat viager où était soulevée la question de la possibilité pour le légataire d'apporter des informations sur l'état de santé du vendeur, la Cour de cassation avait considéré que l'intérêt légitime à produire ce genre d'information ne pouvait procéder que de l'autorisation de la loi.⁸¹¹

Dans le même sens, un recours portant sur l'annulation d'une clause d'une assurance annulation voyage a amené la Cour de cassation à rejeter le pourvoi déposé par la compagnie d'assurance au motif que « *sauf dans les cas où sa révélation est permise ou imposée par la loi, le secret médical doit être observé à l'égard des tiers, en particulier quand ils en demandent la révélation par l'intermédiaire du malade lui-même.* »⁸¹²

On constate actuellement une évolution des jurisprudences du droit civil, notamment droit commercial, vers la reconnaissance progressive d'un droit à la transmission de données personnelles de santé à destination d'une société d'assurance.⁸¹³

Sous section 2 Les poursuites en cas de défaut de respect du consentement

La notion de consentement n'aurait pas d'application si elle n'était pas protégée par des conditions particulières.

§ 1 Sur le plan pénal

Le consentement à l'acte de soins n'est pas considéré d'une manière générale comme un fait justificatif et ne dispense pas le médecin d'éventuelles poursuites du médecin si la violation de l'incrimination pénale ne répond pas à un motif reconnu par la loi.

A l'opposé, sauf dans des cas particuliers comme dans les cas d'expérimentation biomédicale, de prélèvements d'organes ou de tissus ou d'inclusion dans une procédure de procréation médicalement assistée⁸¹⁴, le défaut de consentement n'est pas un fait pénal par lui-même.⁸¹⁵

L'absence de recherche du consentement dans le cadre de la violation du secret n'est pas punissable en tant que tel, c'est cette violation qui l'est.

On pourrait néanmoins évoquer la notion d'absence volontaire de recherche du consentement dans les éléments constitutifs de l'infraction prévue par le code de la santé publique sanctionnant le fait pour un tiers d'obtenir ou d'essayer d'obtenir des informations relevant du secret.

⁸¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 fév. 1963, Bull. Civ. I, n° 98

⁸¹² SARCELET J. D., pp. 1921-1927 *Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence ; La santé devant la Cour de cassation : regards croisés, colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, Dossier Droit de la santé, Rec. Dalloz – 2008 – n° 28, p. 1924*

⁸¹³ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, 272 p.

⁸¹⁴ Art. 511-3 du code pénal

⁸¹⁵ Cass. crim., 17 novembre 1969. « *Le défaut de consentement n'est pas une faute pénale constitutive du délit d'homicide ou de coups et blessures involontaires, seule l'exécution défectueuse de l'acte est susceptible d'être ainsi poursuivie* ».

§ 2 Sur le plan civil

Le défaut de consentement est par contre une faute civile car il constitue un manquement aux obligations contractuelles du médecin.⁸¹⁶

Le défaut d'information doit, pour engager la responsabilité du médecin, avoir eu une incidence sur le consentement.

Une comparaison doit être réalisée pour les soins, en cas de contentieux, entre l'évolution naturelle de l'affection et l'évolution obtenue après l'acte de soins effectué sans consentement, en prenant en compte le caractère inéluctable ou non de cette intervention.⁸¹⁷ En cas de mise en évidence de la carence d'information, le préjudice éventuel consécutif à la faute, s'agissant d'une intervention inéluctable, restera seulement un préjudice moral consistant en l'impossibilité pour le patient de se préparer à l'éventualité de la survenue du risque. Si l'intervention n'était pas inéluctable, le préjudice est représenté par la réalisation du risque, non révélé au patient et dont les effets seront différenciés de ceux de l'évolution naturelle.⁸¹⁸ L'indemnisation portera non pas sur l'intégralité des dommages subis mais uniquement sur la perte de chance d'échapper au risque qui s'est finalement réalisé.⁸¹⁹

La seule exception à ce principe et qui ne concerne pas directement notre travail correspond au cumul de péril immédiat et inconscience du patient. L'acte médical peut être pratiqué en toutes circonstances y compris en cas de refus de soins manifestés antérieurement par le patient, l'intérêt supposé du patient prime alors sur la transparence de l'information.

§ 3 Sur le plan administratif

En milieu hospitalier public, le défaut de consentement est considéré comme une faute engageant la responsabilité de l'établissement. La jurisprudence actuelle du Conseil d'Etat suit celle dégagée par la Cour de Cassation.

Lorsque l'acte médical comporte un risque de mort ou d'invalidité, le patient doit en être informé.⁸²⁰ La juridiction suprême administrative a de son côté développé une réflexion qui se rapproche de la notion de perte de chance en maintenant dans une décision le principe de l'absence de faute dès lors que l'intervention médicale est un acte indispensable à la survie du patient. L'acte doit être proportionné à l'état⁸²¹ de la personne et prendre en compte dans l'évaluation du préjudice les risques inhérents à l'intervention et les risques encourus par le patient en cas de refus des soins proposés.⁸²²

⁸¹⁶ Voir sur la notion de contrat GIRER M., « Le consentement contractuel : mythe et réalité. Pour une autre façon de penser les rapports patients-professionnels », XVIème entretiens du Centre Jacques-Cartier. Lyon, Revue Générale de Droit Médical, 13, 2004, 41-58

⁸¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2000

⁸¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 07 octobre 1998

⁸¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 07 décembre 2004

⁸²⁰ C. E., arrêt 5 janvier 2000

⁸²¹ C. E., arrêt 26 oct. 01

⁸²² C. E., arrêt 5 janv. 2000

Une hypothèse a déjà été présentée pour expliquer l'évolution de la portée du secret professionnel qui est celle d'un affaiblissement progressif du secret professionnel. On a relevé une utilisation fréquente par le législateur des rappels de l'obligation au secret. Ceci semble démontrer une certaine inquiétude sur la portée pratique des conditions de l'article 226-13 du code pénal. Quel serait en effet l'utilité de tels rappels si son application était aussi aisée et évidente alors que sa rédaction ne pose pas de limite impérative à la liste des professions concernées ? On peut ainsi évoquer un développement contre productif du champ d'application des textes pénaux concernant le secret.

Une même analyse est retrouvée dans les travaux de monsieur le professeur Py qui signale, en sus d'une certaine systématisation évolutive des exceptions et dérogations⁸²³, la création de nouvelles infractions, plus sévères, pour sanctionner la violation de secrets concernant les procédures judiciaires⁸²⁴ ou liées aux activités de police.⁸²⁵ On doit signaler que « *chaque fois que le législateur définit de nouvelles fonctions ou missions qui contribuent à l'intérêt général, il impose à ceux qui y participent le respect du secret professionnel* »⁸²⁶

Les questions que nous allons évoquer vont plus loin dans l'analyse, en présentant la possibilité de transmission des données personnelles de santé et les droits individuels des autres intervenants.

Nous avons relevé, en effet, très fréquemment dans notre activité de praticien conseil, un télescopage des droits. Il nous semble impossible de nier les droits de certains intervenants pour privilégier certains autres, du moins tant qu'un fondement social ou juridique d'une prédominance soit trouvé.

⁸²³ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

⁸²⁴ Art. 434-7-2 du code pénal, créé par L. n° 2004-204, 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004, p. 4567, art. 13. révélation d'informations sur une enquête ou une instruction à un suspect

⁸²⁵ Art. 706-84 du NCPC, créé par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004, p. 4567, art. 13. révélation de l'identité réelle des officiers ou agents de police judiciaire ayant effectué une infiltration sous une identité d'emprunt

⁸²⁶ PY B., Secret professionnel : le syndrome des assignats ?, Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

Titre 2 Les droits individuels des autres intervenants

« *Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui asservit et c'est la loi qui libère.* »⁸²⁷

Le savoir réciproque reste la condition de toute relation interindividuelle. Ce degré de connaissance réciproque nécessaire entre les individus varie selon le temps, le lieu, les personnes concernées et reste imparfait. Simmel estime d'ailleurs que cette imperfection même est nécessaire à l'action pratique des individus.

Cette connaissance repose en effet sur une confiance qui doit rester imparfaite⁸²⁸ car « *celui qui sait tout n'a pas besoin de faire confiance, celui qui ne sait rien ne peut raisonnablement même pas faire confiance.* » Or « *la vie repose sur mille conditions préalables que l'individu ne peut absolument pas étudier ni vérifier jusque dans leur fondement, mais qu'il doit accepter de confiance* ».

« *La confiance n'exige pas la connaissance véritable de la personne. Cette importance de la confiance dans la vie sociale est attestée par le fait que nous sommes amenés dans d'innombrables situations à faire confiance, d'une part, à ce que l'autre nous présente de lui, mais aussi d'autre part, à des actes, des résultats d'activité scientifique que nous ne pouvons pas vérifier.* »⁸²⁹

Simmel fait donc de la confiance un attribut majeur de nos sociétés⁸³⁰ reposant sur un postulat de bonne foi et d'honnêteté de l'autre. Il définit le champ d'une confiance sociale : savoir, non-savoir et relations interindividuelles⁸³¹

La confiance correspond alors à une double définition.

Tout d'abord il s'agit, comme on l'a vu plus haut, « *d'un état intermédiaire entre le savoir et le non-savoir* ».

Simmel estime qu'il s'agit aussi « *d'une hypothèse sur une conduite future, assez sûre pour qu'on fonde sur elle l'action pratique* ». C'est cette hypothèse sur la conduite future des autres et de soi même, si elle semble assez sûre, qui autorise l'action pratique. La confiance sociale est alors le support et la manifestation du lien social.

Ce regard sur la confiance ne saurait rester angélique. En effet, notre expérience personnelle, conforme en cela aux réflexions de Simmel, nous amène à penser que cette confiance doit reposer sur plusieurs postulats qui présentent un intérêt pour notre travail.

⁸²⁷ Lacordaire

⁸²⁸ On exclura volontairement la notion de confiance primordiale qui est de l'ordre du religieux, du sacré que nous estimons sortir du champ de notre étude pour nous limiter au champ de la conscience sociale.

⁸²⁹ WATIER P., pp. 113-120 in SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 114, traduction Sibylle MULLER

⁸³⁰ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 22, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

⁸³¹ TIRAN A., « Confiance sociale et confiance primordiale, en partant de Georg Simmel », Centre A. et L. Walras, in BERNOUX P., ed. Jean-Michel Servet, *La construction sociale de la confiance*, (1997) 486, halshs-00117799, version 1 - 3 Déc. 2006

En premier, il nous semble que les relations entre les hommes reposent sur la nécessité d'un contenu perceptible et compréhensible de tous. Il doit exister un savoir commun et c'est probablement une des difficultés fondamentales de notre travail.

Les mots, le sens qu'il leur est donné, varient fréquemment entre individus. Ils varient de même nécessairement entre organisations professionnelles⁸³². Le postulat de Simmel qui estime que pour permettre la confiance, « *le vecteur principal de ces relations est le langage commun à tous* » semble donc difficile à appliquer et notre expérience nous démontre que les fréquents contentieux entre intervenants repose sur un défaut de communication, défaut de compréhension.

Dans un second temps, se pose la question de la maîtrise de la connaissance et des liens entre liberté individuelle et connaissance réciproque. Quel est le degré de connaissance réciproque qui est permis et quels sont les droits que possède la société sur la connaissance des éléments relevant de la sphère privée des individus. Cette question existe dans la mesure où ces éléments affectent la cohésion sociale, à travers le développement de la confiance ou de la défiance que leur présence ou absence entraîne⁸³³.

En ce qui concerne la liberté individuelle de maîtriser ses propres informations individuelles, il est possible de reconnaître une limitation positive ou négative de la connaissance réciproque.⁸³⁴

La limitation positive peut correspondre au mensonge, acte volontaire qui ne limite pas la communication mais la travestit. Même s'il le considère comme nécessaire aux relations interindividuelles, Simmel estime qu'il s'agit d'une menace pour la société. Nous pensons qu'étant fréquemment destiné à tromper un partenaire ou un correspondant, réalisé éventuellement sciemment afin de bénéficier d'avantages « indus », le mensonge provoque une perte de confiance préjudiciable à la société.

« *La nature profonde de tout mensonge, aussi concret que soit son objet, est de faire naître l'erreur sur le sujet qui ment : car il consiste, pour le menteur, à cacher à l'autre la représentation vraie qu'il possède.* »⁸³⁵

Dans notre pratique quotidienne, la question doit être posée de la possibilité pour un intervenant, assuré, professionnel de santé, de modifier des informations. Se pose la question de la loyauté envers la société, notamment pour le cas plus précis de la couverture Accident du Travail et Maladie Professionnelle envers l'employeur.

On retrouve ainsi certains cas, plus spécifiquement en ce qui concerne notre activité au sien du contrôle médical, des fraudes avec oubli de communication, dissimulation volontaire consciente de données tels que les états antérieurs par un assuré ou un professionnel de santé dans un certificat, attestation tendancieuse ou mensongère destinée à permettre l'obtention

⁸³² Une anecdote vécue porte par exemple sur le sens du mot « *exceptionnel* » dans le cadre de la jurisprudence sur l'information des risques médicaux. Les juristes évoquaient la gravité des dommages, alors que les professionnels de santé comprenaient la fréquence de réalisation de ces accidents médicaux.

⁸³³ TIRAN A., « Confiance sociale et confiance primordiale, en partant de Georg Simmel », Centre A. et L. Walras, in BERNOUX P., ed. Jean-Michel Servet, *La construction sociale de la confiance*, (1997) 486, halshs-00117799, version 1 - 3 Déc. 2006

⁸³⁴ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 20 119 p., traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

⁸³⁵ WATIER P., p. 20 in SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, 119 p., traduction Sibylle MULLER

d'une prestation, voire comme nous l'avons déjà constaté, une falsification de pièces médicales pour faire disparaître des informations techniques⁸³⁶.

Dans le même sens, et s'il est en tout point préférable de conserver un regard positif sur la notion de confiance, il doit être noté qu'un certain nombre d'auteurs lient systématiquement confiance et trahison⁸³⁷ en considérant que celui qui fait confiance se place dans un état de vulnérabilité et de dépendance⁸³⁸. Et cette peur de la trahison s'oppose en tous points à la confiance nécessaire aux relations interindividuelles. En effet, le risque de trahison provoque deux réactions opposées.

Il peut y avoir ainsi mise en œuvre de démarches de défense, de protection contre l'intrusion. « (...) *L'intention de dissimuler prend une toute autre intensité dès qu'elle est confrontée à l'intention de dévoiler. On voit alors apparaître cette tendance à cacher et à masquer, cette défense quasi agressive contre les tiers, qu'on appelle le secret proprement dit.* »⁸³⁹

La volonté d'empêcher toute communication peut amener les personnes à une opposition à tout échange.

C'est ainsi que récemment un praticien conseil s'est vu reprocher une violation du secret professionnel du fait de la transmission d'un certificat d'arrêt de travail au titre d'un accident de travail à un employeur. Cet arrêt sur support papier, transmis en dehors de l'intervention de ce praticien, comportait des mentions visant à la justification médicale de l'arrêt, donc des informations de santé, ce qui choquait l'assuré.

Or la législation Accident du Travail et Maladie Professionnelle prévoit non seulement l'obligation d'indication de ces données sur tout certificat médical mais aussi un droit d'accès à ces données pour l'employeur.

En miroir de cette possibilité de maîtrise des informations par un assuré il peut y avoir aussi abus de l'autre destiné à obtenir des informations. Tant on peut comprendre la volonté de certains auteurs de permettre un accès aux informations au titre de la société, tant il ne semble pas acceptable de voir détourner cet intérêt « général » vers un intérêt « particulier » dont les justifications peuvent être soumises à discussion.

« *Le secret est porté (...) par la conscience qu'on peut le trahir, et qu'ainsi on tient entre ses mains le pouvoir de changer le cours du destin (...).* »⁸⁴⁰

Doit être posée la question de l'abus de droit, un droit réel étant détourné pour des causes non conformes à l'attendu.

C'est ainsi que doit être évoquée la possibilité pour un ayant droit d'accéder aux informations de santé d'un assuré, notamment après son décès.

⁸³⁶ Notamment un cas de falsification de compte-rendu radiologique afin d'éliminer les références à un état antérieur qui aurait amené un refus de reconnaissance en accident du travail

⁸³⁷ HILLMAN J., *La Trahison et autres essais*, Payot, 2004, p. 16

⁸³⁸ MARZANO M., « Qu'est-ce que la confiance ? », *Études* – 14, rue d'Assas – 75006 Paris – Janvier 2010 – n° 4121, p. 53

⁸³⁹ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 39,

⁸⁴⁰ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 44,

Certaines demandes portent sur la transmission des données personnelles de santé à fin de démontrer l'incapacité mentale d'un assuré dans une succession. Un des héritiers putatifs souhaite démontrer l'insanité d'esprit de son parent et donc l'absence de valeur du testament.

De même, il est fréquemment évoqué la possibilité pour un employeur d'accéder aux données concernant son salarié. La question du droit pour un salarié de refuser la transmission d'information à son employeur dans le cadre du contrat de travail sera étudiée en association avec la notion de loyauté.

De nombreux dossiers concernent la gestion des accidents du travail ou des maladies professionnelles. L'employeur cherche à démontrer l'existence de maladies intercurrentes afin de voir alléger ou supprimer l'évolution de la tarification donc de ses cotisations.

Certaines demandes peuvent apparaître dans un environnement contentieux plus personnel. J'ai ainsi eu l'occasion il y a quelques années de recevoir une succession de courriers émanant d'un employeur dont le contenu comminatoire visait à obtenir une information sur la pathologie justifiant une prescription d'arrêt de travail au titre de la couverture assurance maladie. Je me dois de signaler que cet employeur était avocat de profession et qu'il a fallu une réponse de ma part rappelant les sanctions encourues par toute personne essayant d'accéder de façon illégitime à ces données pour voir disparaître ces demandes successives.

Dans le même ordre d'idée, j'ai fait l'objet de demandes de contrôle par des employeurs pour une première prescription d'arrêt pour une durée de très courte durée sans notion d'arrêt fréquent. Un contentieux personnel entre salarié et employeur s'exprimait par ce biais fort indirect.

Un autre exemple m'a amené à recevoir une demande de contrôle de justification d'arrêt de travail pour un assuré qui, étant en invalidité depuis plusieurs années ne travaillait plus. La personne se présentant officiellement comme son employeur, et demandant le contrôle, ne l'était plus depuis fort longtemps et n'avait donc plus de lien de subordination avec l'assuré.

Il semble donc difficile de présumer de la bonne foi de certains intervenants.

La possibilité de transmission d'informations à destination de l'employeur est reconnue dans certains cas pour la loi.

C'est le cas pour le régime des accidents du travail et des maladies professionnelles dans certaines limites qui ont parfois fait l'objet de nombreuses analyses divergentes. Nous serons amenés à évoquer ainsi l'évolution chaotique de la transmission des données personnelles de santé devant les juridictions du contentieux technique de la Sécurité sociale.

La question des possibilités d'accès aux informations pour les médecins mandatés par les employeurs, qu'ils interviennent devant les juridictions ou comme médecins contrôleurs de la justification des arrêts de travail sera évoquée.

On peut enfin définir une notion de limitation négative de la transmission, dans laquelle la personne concernée revendique un droit au secret, parfois de façon absolue.

« (...) La signification sociologique du secret ne trouve sa mesure pratique, son mode de réalisation que dans l'aptitude ou la tendance du sujet à la garder, c'est à dire dans leur résistance ou leur faiblesse face à la tentation de la trahir. »⁸⁴¹

« Si la société est « conditionnée par le fait de parler », de communiquer, elle est aussi « modelée par la capacité de se taire ». Les utopies communicationnelles ont sans doute à se mesurer aussi à cette dernière capacité. »⁸⁴²

Un assuré social a ainsi initié conjointement une plainte pénale et ordinale contre un praticien conseil qui avait transmis un protocole à l'expert, dans le cadre de la gestion d'une expertise qu'il avait lui-même demandée. L'assuré refusait à ce praticien conseil la possibilité de transmettre des informations dans le cadre de la rédaction du protocole d'expertise.

Ce second titre de notre travail portera donc, toujours dans le cadre de l'activité du service du contrôle médical, sur l'analyse des droits individuels des autres intervenants que peuvent être les ayants droits ainsi que des employeurs. Il arrive fréquemment que les praticiens conseils soient amenés, par respect de la loi, à communiquer, sur demande, à des tiers des informations concernant un assuré social.

Nous avons étudié dans le premier chapitre de notre travail la place de l'assuré social, son pouvoir sur ses propres informations mais nous nous maintenant sur le plan du pouvoir des autres afin de déterminer les fondements des droits des autres intervenants (Chapitre 1), de développer les situations posant des difficultés dans la pratique des praticiens conseils (Chapitre 2) et de proposer des éventuelles évolutions pratiques et législatives destinées à permettre une communication respectant les droits de l'ensemble des intervenants (Chapitre 3).

Chapitre 1 Les fondements des droits des autres intervenants

Nous avons déjà envisagé les droits de l'Homme pour la partie concernant la protection des droits de l'assuré.

Notre pratique nous permis de constater qu'il pouvait y avoir opposition de multiples intérêts. La question est alors posée de savoir s'il existe une prédominance d'un droit sur l'autre et pour cela d'envisager l'ensemble de ces droits et leurs fondements. S'il existe une prédominance d'un droit sur l'autre, il sera nécessaire de définir les conditions de son application et son encadrement permettant de respecter l'ensemble des intérêts. L'absence de prédominance d'un droit risque de provoquer des obstacles empêchant toute décision de justice. Il faudra alors envisager les solutions permettant à la justice de se prononcer dans le respect des différents droits.

⁸⁴¹ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 45,

⁸⁴² WATIER P., in SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Ibid.

Section 1 Les justifications de l'intérêt légitime de l'atteinte au secret

La charte de droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 dans son article 52 encadre la possibilité de limitation de ces droits. « *Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus dans la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui.* »

Lorsque l'on évoque le lien majeur qui existe entre justice et secret professionnel, on voit apparaître d'autres impératifs qui doivent se concilier avec d'autres principes importants. On a déjà évoqué le principe constitutionnel du droit au respect des libertés individuelles et de la dignité humaine, il faut aussi envisager l'égalité de tous les justiciables devant la loi et la recherche de la vérité par les magistrats.

Trois principes sont donc en concurrence : le secret professionnel, les droits de la défense et l'efficacité de l'instruction.

La question est posée des motifs de l'intérêt légitime pouvant justifier une violation du secret au bénéfice d'une autre personne que le patient lorsqu'il n'y a pas eu de renonciation explicite préalable ou consécutive à la réalisation du contrat.

Dans les décisions précédemment exposées, la légitimité est liée à la bonne foi nécessaire à l'application du contrat. Lorsque la demande émane d'un tiers qui n'est pas le contractant, il ne peut y avoir utilisation de la notion de bonne foi. Il faut donc rechercher d'autres justifications.

Faudrait-il dans la suite de la réflexion de M. Sarcelet faire apparaître un nouveau partenaire dans le classique couple existant entre patient et professionnels de santé, une tierce personne représentée par le « *citoyen destinataire de cette information ou qui la sollicite* » ?
843

Sous section 1 Une hiérarchisation entre les droits et libertés

La question doit être posée de la possibilité d'une hiérarchisation matérielle entre les droits et libertés garanties dans un cadre conventionnel.⁸⁴⁴ Même s'il est reconnu un principe d'indivisibilité des droits de l'Homme, « (...) *la Cour considérant, particulièrement en cas de conflits de valeurs constitutionnellement protégées, qu'aucun des intérêts en présence ne peut avoir de façon absolue la priorité sur l'autre (...) elle s'effectue au contraire au regard de*

⁸⁴³ SARCELET J. D., « Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, La santé devant la Cour de cassation » : *regards croisés*, colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, Recueil Dalloz-2008-n° 28, p. 1927

⁸⁴⁴ SUDRE F., *Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t'il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme*, Liber Amicorum M.-A. Eissen, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, pp. 383 et s.

l'ensemble des circonstances de la cause »⁸⁴⁵, certains auteurs évoquent une « *prépondérance absolue* », un droit étant à priori et systématiquement supérieur à un autre.⁸⁴⁶

§ 1 Respect du principe de proportionnalité

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme applique et lie la possibilité pour les juridictions nationales de lever le secret lorsqu'il y a respect du principe de proportionnalité entre l'atteinte à un droit fondamental et but recherché.⁸⁴⁷

Les droits garantis par l'article 8 de la C.E.D.H. concernant la vie privée et familiale peuvent être soumis à une possibilité de restriction⁸⁴⁸, aux conditions que cette restriction soit prévue par la loi⁸⁴⁹, qu'elle poursuive un but légitime et qu'elle soit reconnue comme « *nécessaire dans une société démocratique.* »

Un jugement de proportionnalité nécessite une sélection des intérêts à départager et une analyse de la protection que leur reconnaît le système de référence. Une analyse doit aussi porter sur leurs poids respectifs tant pour leur valorisation dans la société que leur degré d'implication dans la situation litigieuse.⁸⁵⁰

L'application du principe de proportionnalité ne peut exister que lorsqu'un des principes mis en concurrence est considéré comme ayant une importance relative.⁸⁵¹ Ce n'est pas le cas lorsque l'un des intérêts juridiquement protégés se voit reconnaître par le système juridique de référence un caractère absolu.⁸⁵²

⁸⁴⁵ VAN DROOGHENBROECK S., « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux », Collaborateur Françoise Tulkens, François Ost, Publications des Fac. St Louis, 2001, p. 37

⁸⁴⁶ MORAND C.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et aménagement du territoire », Bâle/Francfort sur le Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 69-70

⁸⁴⁷ L. L. c/ France, req. n° 7508/02, RTD civ. 2007. 95, obs. J. Hauser ; D. 2006. IR. 2692

⁸⁴⁸ C'est le cas aussi des articles 9 (liberté de pensée, de conscience et religion), 10 (liberté d'expression), 11 (réunion et association) et 2 du quatrième protocole additionnel (libre circulation)

⁸⁴⁹ CEDH Buckley c. Royaume-Uni 25 septembre 1996 § 76 « Chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porte atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire. »

⁸⁵⁰ LAMBERT P., « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de l'Université de Montpellier 1, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63-89

⁸⁵¹ Même si l'article 8 ne renferme aucune condition explicite de procédure « *il faut que le processus décisionnel débouchant sur des mesures d'ingérence soit équitable et respect comme il se doit les intérêts protégés par l'article 8 (...)* » Pour le respect de la vie familiale in VAN DROOGHENBROECK S., « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux », Collaborateur Françoise Tulkens, François Ost, Publications des Fac. St Louis, 2001, 785 pages

⁸⁵² VAN DROOGHENBROECK S., « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux », Collaborateur Françoise Tulkens, François Ost, Publications des Fac. St Louis, 2001, pp. 75-76

Ce principe comporte plusieurs exigences.⁸⁵³

- La mesure limitative du droit considéré doit être appropriée par rapport au but qu'elle se fixe.
- Elle doit être « *nécessaire* », c'est-à-dire qu'il ne doit pas exister d'autre mesure qui, tout aussi appropriée, serait moins attentatoire au droit en cause. Entre les différents moyens aptes à réaliser l'objectif recherché, l'autorité devra prendre en compte les éventuels intérêts tiers, publics ou privés, concernés et choisir celui qui génère le moins de préjudice pour les droits concernés.
- Enfin la mesure considérée ne doit pas induire, au détriment du droit concerné, un préjudice démesuré par rapport au bénéfice dégagé au profit de l'intérêt général.⁸⁵⁴

Les évolutions de la législation française en ce qui concerne la communication de documents aux ayant droits d'assurés sociaux semblent aller dans ce sens et si la loi autorise la transmission des données personnelles de santé à d'autres intervenants que la personne concernée, elle doit limiter de façon stricte le droit à en encadrant la définition des intérêts en jeux.

Elle ne doit prendre en compte que les intérêts propres de la personne concernée ou du demandeur qui doit avoir des liens avec elle. Ce ne sont en aucun cas ceux d'un citoyen étranger au malade. L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme protège la vie privée et la seule justification de transmission d'informations reconnue actuellement par le droit européen est le droit à l'histoire⁸⁵⁵, même si le droit français a préféré maintenir cette interdiction dans le cadre d'une procédure disciplinaire.

§ 2 Les droits de la défense

Les droits de la défense figurent parmi les droits et des principes constitutionnels constamment réaffirmés par les plus hautes juridictions des pays européens qui garantissent l'état de droit.⁸⁵⁶

Comme l'écrivait Émile Garçon à la fin du siècle dernier dans son commentaire de l'ancien article 378 du code pénal « *Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un*

⁸⁵³ Dudgeon c. Royaume-Uni 22 octobre 1981, Série A, n° 45, §§ 50 à 53 article 8 § 2 triple exigence de « *besoin social impérieux* », de « *proportionnalité* » et de « *pertinence et suffisance des motifs* » ; Confirmé par CEDH Mac Leod c. Royaume Uni 23 septembre 1988, Rec. 1998-VI, p. 2774 et s., §§ 52 et 53 ; CEDH Silver c. Royaume Uni 25 mars 1983, Série A, n° 61, § 97 ; Z c. Finlande 25 février 1997, Rec. 1997-I, p. 323 et s. l'exigence de proportionnalité est la réalisation « *d'un juste équilibre des intérêts en présence* » et de la mise en balance de ces intérêts

⁸⁵⁴ VAN DROOGHENBROECK S., « La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux », Collaborateur Françoise Tulkens, François Ost, Publications des Fac. St Louis, 2001, p. 35

⁸⁵⁵ C. E. n° 211240 du 29/12/2000, affaire Gübblér Mitterand ; L'obligation de secret professionnel qui s'impose au médecin ne saurait être levée par la circonstance que le patient aurait lui-même publiquement fait part de son état de santé ou de certains aspects de sa vie privée ou que les informations susceptibles d'être diffusées seraient de nature à intéresser l'ensemble des Français au titre de l'histoire de France

⁸⁵⁶ FORNI R., Président de l'Assemblée nationale, Colloque « Le secret professionnel », organisé par la Conférence des bâtonniers à l'Assemblée nationale, 22 novembre 2000

médecin, le plaideur un défenseur, le catholique un confesseur, mais ni le médecin, ni l'avocat, ni le prêtre ne pourraient accomplir leur mission si les confidences qui leur sont faites n'étaient assurées d'un secret inviolable. Il importe donc à l'ordre social que ces confidents nécessaires soient astreints 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. Ce secret est donc absolu et d'ordre public. »

Ces propos, destinés à maintenir la notion du secret des éléments détenus par un défenseur, notion de secret contre-pouvoir et élément central du principe de confiance légitime entre l'avocat et son client et donc les liant dans une relation interpersonnelle, précisent que ce secret a été institué pour un intérêt général, celui d'une société démocratique.⁸⁵⁷

Le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial est prévu dans le chapitre VI Justice de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans ses articles 47⁸⁵⁸ et 48⁸⁵⁹.

Selon certains auteurs⁸⁶⁰, le principe de proportionnalité autorise l'exercice des droits de la défense à s'opposer au secret⁸⁶¹ quelle que soit la nature des litiges⁸⁶², à la condition d'être nécessaire et proportionné⁸⁶³. C'est le cas lorsqu'un professionnel de santé⁸⁶⁴ doit pour assurer sa défense⁸⁶⁵ violer le secret professionnel en produisant en justice les pièces ou documents faisant la preuve de leur position, situation qui semble correspondre à une justification pénale de l'absence de respect du secret⁸⁶⁶. Le terme de viol du secret est utilisé

⁸⁵⁷ FORNI R., Président de l'Assemblée nationale, Colloque « Le secret professionnel », organisé par la Conférence des bâtonniers à l'Assemblée nationale, 22 novembre 2000 « *Il n'y a pas de défense, si une part de secret n'est pas maintenu : secret sur l'état de santé de tel ou tel, secret des pensées et des penchants dans la confession, secret des lettres, correspondances et confidences entre un avocat et son client.* »

⁸⁵⁸ Article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « *Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.*

Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter. (...). »

⁸⁵⁹ Article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne « (...) *Le respect des droits de la défense est garanti à tout accusé.* »

⁸⁶⁰ MAYAUD Y., « Respect de la vie privée, secret professionnel, et droits de la défense », (Crim. 24 avril 2007, n° 06-88.051, Bull. crim. n° 108 ; AJ pénal 2007. 331, obs. C. Saas), Revue de science criminelle 2007 p. 815

⁸⁶¹ KOBINA GABA H., « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », Recueil Dalloz 2010 p. 306

⁸⁶² De LAMY B., « Les droits de la défense, cause de justification autonome », D. 2004. Somm. 317

⁸⁶³ Voir Crim. 24 avr. 2007, Bull. crim. n° 108 ; AJ pénal 2007. 331, obs. C. Saas; RSC 2007. 815, obs. Y. Mayaud, 838, obs. R. Finielz et 895, obs. J.-F. Renucci à propos du témoignage de médecins poursuivis pour fausse attestation et violation du secret dans le cadre de leur défense.

⁸⁶⁴ Crim. 20 déc. 1967, Bull. crim. n° 338 ; D. 1969. 309, note Lepointe ; Paris, 16 févr. 1966, D. 1966. 618

⁸⁶⁵ Dans le même sens que ci-dessus VITENBERG J., « Le secret médical à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire d'un arrêt de la chambre criminelle du 24 avril 2007 », Médecine et Droit 2008, 88 : 8-9 A propos de Douai, 26 octobre 1951 ; TGI Paris, 26 juin 1998 ; Paris, 16 février 1966 ; Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. n° 192 ; D. 2002. Somm. 858, obs. B. Blanchard ; Dr. pénal 2000. 127, obs. Véron

⁸⁶⁶ FRANÇOIS G., GARRIGOS M., « Preuve et secret en droit communautaire » 5786 - *Preuve et secret en droit pénal dans la perspective d'un droit commun*, L'Astrée, revue de droit pénal et des droits de l'homme, n. 12, 2000/10, <http://www.ifrance.com/astree>

sciemment puisqu'il n'existe aucune dérogation légale justifie une telle transmission de données.

Sous section 2 L'encadrement de l'atteinte du secret

Si l'on admet la possibilité d'une justification légale permettant de ne pas respecter le secret professionnel, cette possibilité nécessite un encadrement strict qui ne peut être défini, du fait de son atteinte aux droits de la personne, que par la loi⁸⁶⁷.

§ 1 Le consentement de la personne concernée par les informations

En théorie, l'atteinte au secret légitime ne peut être justifiée qu'après information du patient. Cette obligation a été notamment confirmée en ce qui concerne la transmission d'informations médicales par la Cour de cassation⁸⁶⁸.

Au plan pratique, le consentement préalable de la personne concernée est non seulement complexe à obtenir et on peut craindre que le patient demande le respect du secret, bloquant toute gestion du système de santé et toute démarche judiciaire surtout si les informations lui sont défavorables.

Même si un contrôle au titre de l'abus de droit serait possible, il pourrait être envisagé un consentement tacite du patient ou de la victime d'un accident de travail. Le patient avisé au préalable des informations divulguées et de son droit de former un recours pourrait agir s'il ne consent pas à la communication de son dossier médical. La charge de la preuve de l'illégitimité de l'atteinte à ses droits lui incomberait⁸⁶⁹.

Cette notion de présomption de consentement à la communication est déjà reconnue par la déontologie dans le cadre du secret partagé pour les échanges d'informations entre soignants sans que le patient n'ait donné un accord exprès identifiant nominativement chaque intervenant.⁸⁷⁰

§ 2 La légitimité de la communication

L'atteinte portée au secret peut être légitime à condition qu'elle respecte un certain nombre de principes pouvant faire l'objet d'une vérification de ce respect par le juge.

⁸⁶⁷ CARRIERE C., L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical, mardi 27 novembre 2007

⁸⁶⁸ Cass. civ. 2^{ème}, Arrêt n°1498 du 13 novembre 2008, 07-18.364 « *Qu'en statuant ainsi, alors que ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations.* »

⁸⁶⁹ CARRIERE C., « L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical », mardi 27 novembre 2007

⁸⁷⁰ Lamy, Droit de la santé, octobre 2002, n°270-10 et s

1 Les principes justifiant la communication

Nous avons déjà présenté de façon générale les principes justifiant la communication. Il semble utile de les développer sur le point précis de la transmission de données personnelles de santé.

1-1 Le principe de loyauté

La communication des informations en cause doit s'être faite dans le respect des règles procédurales applicables avec possibilité d'un contrôle de la légalité de la procédure.

1-2 Le principe de finalité

L'atteinte au secret peut être légitime si elle permet la protection d'un intérêt soit individuel strictement défini et identifié, soit plus général de protection de la société.

1-3 Le principe de proportionnalité

« Seules les informations qui sont pertinentes, adéquates et non excessives au regard de la finalité poursuivie peuvent justifier la levée du secret. Les critères de pertinence et d'adéquation renvoient aux caractères strictement utile et nécessaire des informations. La non excessivité, quant à elle, implique d'établir une balance d'intérêts entre l'exigence de vérité judiciaire et les conséquences d'une violation du secret médical sur l'intimité ou la dignité du patient. »⁸⁷¹

Cette proportionnalité, placée sous le contrôle de la juridiction suprême, intervient notamment dans le droit de la preuve⁸⁷² en permettant d'admettre la validité d'un élément de preuve en droit de la famille même lorsqu'il apparaît que celle-ci a été obtenue en violation d'un certain nombre de principes.⁸⁷³ C'est le cas notamment du secret professionnel⁸⁷⁴ lors de l'utilisation du témoignage d'un médecin.⁸⁷⁵

La possibilité d'atteinte aux droits individuels est donc encadrée par la notion de proportionnalité passée au crible de l'intérêt général.

En ce qui concerne l'opposition entre les articles 6§1 et 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, on voit que dans la plupart des cas en ce qui concerne notre travail il y a en pratique prédominance des droits à la justice. Même si la Convention ne prévoit pas qu'il puisse être dérogé aux dispositions contenues dans cet article, la Cour européenne des droits

⁸⁷¹ CARRIERE C., « L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical », mardi 27 novembre 2007

⁸⁷² DELEBECQUE P., BRETZNER J.-D., VASSEUR T., *Droit de la preuve*. Juillet 2008 - juin 2009, Recueil Dalloz 2009 p. 2714

⁸⁷³ Civ. 1re, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, Bull. civ. I, n° 230 ; D. 2008. AJ. 2726 ; RTD civ. 2009. 167, obs. R. Perrot. Il appartenait à la cour d'appel de « caractériser la nécessité de la production litigieuse quant aux besoins de la défense et sa proportionnalité au but recherché »

⁸⁷⁴ Voir Civ. 1re, 22 mai 2002, Bull. civ. I, n° 144 ; AJ fam. 2002. 263, obs. S. D.-B. ; 2 mars 2004, Bull. civ. I, n° 69 ; AJ fam. 2004. 186, obs. Bicheron ; D. 2004. IR. 1125

⁸⁷⁵ PLAZY J.-M., « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », *Actualité Juridique Famille* 2007 p. 468

de l'Homme admet la prise en compte d'exigences d'intérêt général pour limiter la portée des droits fondamentaux de l'individu.⁸⁷⁶ D'après certains auteurs, cette possibilité de limitation des droits serait inhérente à l'ensemble de la Convention⁸⁷⁷ quoique strictement restreinte aux cas où «*d'impérieux motifs d'intérêt général*» justifieraient une telle dérogation.

2 L'application nationale des principes

Il est essentiel d'analyser l'application nationale de cette notion d'intérêt général au regard de la protection des droits individuels et de rechercher quels éléments caractéristiques permettent d'appliquer cette notion au système de protection sociale national.

Il semble exister en effet sur ce point certaines divergences entre jurisprudences constitutionnelle et européenne.

2-1 Le droit administratif

Le Conseil d'Etat⁸⁷⁸ considère que «*l'invocation par le législateur d'un objectif d'intérêt général*⁸⁷⁹ *suffit pour justifier l'atteinte à certains droits et principes, sous la seule réserve que cet intérêt ne soit pas manifestement inexistant* »⁸⁸⁰. La simple affirmation de cet objectif, sans autre motivation, ne suffit pas à la Cour suprême qui considère ainsi que le risque financier ne peut être considéré comme une justification suffisante.

2-2 Le Conseil Constitutionnel

Le Conseil Constitutionnel (C.C.) a, quant à lui, encadré plus précisément l'utilisation de l'intérêt général comme justification à l'intervention du législateur.

Il a considéré que la validation de la constitutionnalité d'un acte législatif pouvait prendre en compte une considération d'intérêt général si elle était rattachable à une exigence constitutionnelle.⁸⁸¹

*«Considérant que si le législateur peut valider un acte administratif dans un but d'intérêt général suffisant, c'est sous réserve du respect des décisions de justice ayant force de chose jugée et du principe de non-rétroactivité des sanctions ; que l'acte validé ne doit méconnaître aucune règle, ni aucun principe de valeur constitutionnelle sauf à ce que le but visé par la validation soit lui-même de valeur constitutionnelle ; qu'en outre, la portée de la validation doit être strictement définie, sous peine de méconnaître l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (...).»*⁸⁸²

⁸⁷⁶ CEDH, 23 juillet 1968, affaire linguistique belge ; CEDH 21 févr., Golder c/ RU La Cour considère que le droit d'accès aux tribunaux n'est pas absolu

⁸⁷⁷ MATHIEU B., Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC, RFDA 2000 p. 289

⁸⁷⁸ TOUVET L., concl. sur CE, 5 déc. 1997, RFDA, 1998. 160 et s.

⁸⁷⁹ Voir sur ce point CEDH, 23 oct. 1997, National et Provincial Building Society

⁸⁸⁰ MATHIEU B., Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC, RFDA 2000 p. 289

⁸⁸¹ Voir aussi sur ce point Déc. 97-390 DC, cette Revue 1998 préc

⁸⁸² décision 99-425 DC

Sous section 3 Le droit à un procès équitable

Un des droits fondamentaux qui peut prédominer sur le droit au secret, droit au respect de la vie privée et droit à la dignité humaine et le droit à un procès équitable, droit de la défense.

§ 1 La justification de l'équité

« (...) Nous savons tous ici que le droit est la plus puissante des écoles de l'imagination. Jamais poète n'a interprété la nature aussi librement qu'un juriste la réalité »⁸⁸³.

La sociologie, ayant démontré la place essentielle des interactions humaines dans la constitution de la société, ne pouvait ignorer tant le droit que la médecine et il semble essentiel de tenter un éclairage sociologique du droit dans notre travail.

Nous retrouvons sur ce point Simmel et Durkheim.

Durkheim est convaincu que le droit, la morale et la religion sont les « grandes fonctions régulatrices de la société ». ⁸⁸⁴ Le droit est le minimum indispensable à la conservation du groupe ⁸⁸⁵. Il existe un risque de « cristallisation » autour de la norme, application stricte d'un « positivisme juridique fondé sur le postulat « d'une irréductible autonomie de l'ordre juridique » justifiant que les « faits de droit [ne soient] perçus qu'à travers les seuls faits de textes » ⁸⁸⁶ Un tel système, s'il se contentait d'être immobile pourrait se trouver en opposition avec la complexité croissante des rapports individuels et l'évolution de la société.

Or, « tandis que le droit dogmatique s'attache à un objet arrêté, figé dans l'instant de la positivité, la sociologie juridique considère un objet in transitu emporté dans le flux de l'évolution. » ⁸⁸⁷

« Elle aborde la réalité sociale dans ce qu'elle a de plus mouvant et dans ce qu'elle offre de plus dynamique : le produit d'incessantes actions réciproques. » ⁸⁸⁸

La sociologie du droit ou la sociologie juridique ⁸⁸⁹ peut être considérée comme une sociologie spécialisée ⁸⁹⁰. Elle s'inscrit dans une tradition débutant formellement par la

⁸⁸³ GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, sc. 5, Hector, Wikipédia, 20/05/2011

⁸⁸⁴ PAPILLOU C., « SIMMEL, DURKHEIM ET MAUSS Naissance ratée de la sociologie européenne », p. 316 socio euro RDM_020_0300

⁸⁸⁵ SIMMEL G., « Comment les formes sociales se maintiennent », *l'Année sociologique*, première année, 1896-1897, pp. 71-109, Alain.Blachair@ac-nancy-metz.fr

⁸⁸⁶ COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 277 citant Caillosse J., 1993, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, no 25, p. 127-155

⁸⁸⁷ COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 275-299 citant Carbonnier J., 1978, *Sociologie juridique*, Paris, PUF (1re éd., Armand Colin, 1972 ; nouv. éd., PUF, coll. « Quadrige », 1994, 2004, p. 229

⁸⁸⁸ NOREAU P., « Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité », *Revue française de science politique*, Année 1995, Volume 45, Numéro 2, p. 286

⁸⁸⁹ Commaille J., 2003, « Sociologie juridique », in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, p. 1423-1427

⁸⁹⁰ COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 276

première mention d'une « *Soziologie des Rechts* » annoncée en 1913 par le juriste autrichien Eugen Ehrlich (1913, 1967).⁸⁹¹ Le poids des professionnels du droit dans sa création a été essentiel et ce domaine particulier de la sociologie a donc été très majoritairement développé par des juristes.

Gurvitch, fondateur des *Cahiers internationaux de sociologie*, comme Henri Lévy-Bruhl et Gabriel Le Bras⁸⁹², accorde une place importante à la sociologie du droit dans la construction de la sociologie.⁸⁹³

Or s'il y a un intérêt évident à bénéficier de « *la connaissance acquise de l'intérieur par les tenants d'une sociologie spécialisée. (...), Il s'agit de se défier d'un « fétichisme de la règle » qui peut conduire les sociologues à sous estimer la capacité des acteurs sociaux à orienter leurs pratiques sans se soucier (...) des règles juridiques.* »⁸⁹⁴

Pierre Bourdieu considère qu'il est nécessaire « *d'échapper aux naïvetés les plus grossières du juridisme qui tient les pratiques pour le produit de l'obéissance à des normes* »⁸⁹⁵, l'application d'une règle stricte existant « *comme cas particulier d'un droit beaucoup plus ouvert aux interactions* ». ⁸⁹⁶

Suivant en cela certains sociologues et certains praticiens du droit, nous pensons qu'il s'agit d'une matière complexe qui doit tout à la fois suivre les évolutions de la société mais aussi en orienter les comportements.⁸⁹⁷ La législation de la sécurité sociale est un parmi les nombreux exemples du développement d'un « *droit social* »⁸⁹⁸ considéré comme une véritable refondation du droit. « *Elle repose sur un déplacement de son centre de gravité, qui, désormais n'est plus le législateur, mais la société elle-même. C'est le visage entier du droit qui change : il apparaît comme imparfait, lacunaire, soumis au temps. Le juge, qui est placé au cœur des rapports sociaux, devient son organe de régulation le plus efficace, ce que déplore quelquefois la doctrine. Il peut recourir à l'interprétation et à l'invention de règles nouvelles. Son pouvoir d'appréciation devient souverain.* »

« *C'est pour assurer au droit la plasticité indispensable à son rôle d'organe, qu'on laisse au juge une sorte de marge dans l'interprétation et l'application des lois.* »⁸⁹⁹

⁸⁹¹ EHRlich E., 1967, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker und Humboldt (1re éd., 1913)

⁸⁹² SOUBIRAN-PAILLER F., « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses* 41, déc. 2000, pp. 126

⁸⁹³ SOUBIRAN-PAILLER F., « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, n° 29, 1997, pp. 141-163

⁸⁹⁴ COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 290-291

⁸⁹⁵ Bourdieu P., 1972, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Droz (nouv. éd., Points, coll. « Essais », Le Seuil, 2000)

⁸⁹⁶ LASCOUMES P., Le BOURHIS J.-P., 1996, « Des "passe-droits aux passes du droit". La mise en oeuvre sociojuridique de l'action publique », *Droit et Société*, no 32, p. 52

⁸⁹⁷ LASCOUMES P., Le BOURHIS J.-P., 1996, « Des "passe-droits aux passes du droit". La mise en oeuvre socio-juridique de l'action publique », *Droit et Société*, no 32, p. 51-73

⁸⁹⁸ TERRÉ D., Droit, morale et sociologie, *L'Année sociologique*, 2004, 54, n° 2, p. 483 à 510, Selon cet auteur Gurvitch, Hauriou, Duguit et Durkheim sont à l'origine du développement du droit social qui a bénéficié de l'apparente liberté des juges administratifs initiateur notamment du principe de proportionnalité à travers la technique du bilan coût-avantages. Nous verrons ultérieurement l'importance de ce principe en droit européen

⁸⁹⁹ SIMMEL G., Comment les formes sociales se maintiennent, *L'Année sociologique*, première année, 1896-1897, pp. 71-109, Alain.Blachair@ac-nancy-metz.fr

Cette notion est fréquemment liée à celle d'équité dont la définition reste difficile à établir. Nous prendrons les écrits de Starck, Roland et Boyer dans leur introduction au droit pour développer ce point.

L'équité peut être explicite et autorisée par la loi de façon expresse comme dans l'article 47 du code civil et explicite comme dans ses articles 565 pour le droit à l'accession, 815-13 pour l'indivision, 278 et 280-10 pour le divorce. Elle est aussi prévue dans le nouveau code de procédure civile dans les articles 1579 pour la participation aux acquêts, 1135 pour les contrats et 700 pour les frais de justice.

Elle peut être implicite. Le libellé de certains textes accorde le pouvoir au juge de statuer en toute liberté. Il s'agit notamment dans le code civil des articles 1244-1 pour les liens entre débiteur et créancier, 900-2 pour les libéralités et 1153-1 pour les dommages – intérêts moratoires.

L'équité sollicitée par le plaideur existe dans le Nouveau code de procédure civile avec l'amiable composition des articles 12 alinéa 4 et 1474, la justice arbitrale et la convention d'arbitrage de l'article 1460 et le jugement ou sentence arbitrale des articles 1481 et 1483.

Fréquemment la pratique est de laisser l'équité à l'initiative du juge.
« Ce qui est demandé au juge, c'est d'examiner les faits en toute objectivité et de les placer sous l'empire de la loi appropriée. Grâce à cette double interprétation du droit et du fait, le juge a les moyens d'infléchir la solution, voire d'occulter la règle de droit, si son application lui paraît inéquitable.

Il y a alors interprétation du droit et parfois des faits. »⁹⁰⁰

« C'est la tâche du juge de protéger et de sauvegarder les droits de l'Homme. Ces droits sont aussi bien ceux de l'Homme individuel que ceux de l'Homme en tant que membre d'un groupe minoritaire. Les juges doivent protéger ces droits. Les juges doivent résoudre les cas de conflit entre les droits individuels et les droits collectifs propres à un groupe. Les droits de l'Homme ne sont pas absolus : les droits d'une personne sont limités par les droits de l'autre. Les droits de l'individu sont limités aussi par les besoins de la société (...) ».⁹⁰¹

§ 2 Equité subjective ou objective

L'équité peut présenter deux visages, elle peut être objective ou subjective.

2-1 L'équité peut être objective et normative

« (...) Les imperfections inévitables du droit légiféré, (...) le besoin de s'adapter aux transformations économiques et sociales, (...) le souci d'une adéquation du droit à la

⁹⁰⁰ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p.54 et s. Les auteurs précisent que pour eux, « En réalité, la véritable dimension de l'équité est certainement sa dimension secrète. » Néanmoins il est fréquent que les décisions portent le sceau de cette équité sans l'indiquer dans les dispositifs. Le secret n'est qu'apparent

⁹⁰¹ BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2006/2, n° 66, p. 242

plasticité de la vie » amènent les magistrats à élaborer un système s'associant au corps des règles légales.⁹⁰²

S'il existe une réglementation, l'équité peut voir sa place réelle interrogée. Elle peut être vue comme une « *Transgression subversive de la loi ou au contraire, comme un infra droit peu digne de respect ? Ou bien encore, comme un idéal de justice ?* »⁹⁰³ Cette notion frontalière, parfois qualifiée de « *part maudite du jugement* », est fréquemment suspectée de favoriser l'arbitraire.

Car il existe plusieurs dangers dans ces jugements *ex æquo et bono*.

Il peut y avoir arbitraire, car l'équité peut être perçue différemment selon les hommes, qu'ils soient juges ou justiciables.

Il y a un risque d'insécurité juridique, car rien n'assure un traitement identique des dossiers.⁹⁰⁴ De plus, si l'on peut admettre que le juge écarte, « *dans un cas considéré, une législation inopportune, ou malfaisante in specie* »⁹⁰⁵ il ne relève pas de la compétence du juge de concurrencer la loi en construisant son propre système normatif.

Notre expérience personnelle nous a amené bien des fois à constater que le ressenti d'un déséquilibre, fictif ou avéré mais relevant de la loi, entre organisme de protection sociale et assuré social par le juge pouvait l'amener à dépasser les dispositions de la loi. C'est notamment le cas lors de la transmission des données pour les juridictions du contentieux technique.

Nous pouvons citer en exemple certaines décisions de justice visant à exiger sous menace de sanctions une transmission de dossiers par les Caisses primaires d'assurance maladie pour les contentieux initiés par les assurés sociaux.⁹⁰⁶ Alors que les contentieux sont initiés par l'assuré social et que la loi lui permet d'obtenir communication de son entier dossier, il relèverait des organismes de protection sociale, donc le défendeur, de fournir les éléments du contentieux.

Or les articles 6⁹⁰⁷ et 9⁹⁰⁸ du code de procédure civile, code applicable dans ce type de contentieux dans le silence des textes particuliers applicables, stipulent que c'est la partie qui évoque des faits qui doit les démontrer, d'éventuelles mesures d'instruction ne pouvant compenser l'absence d'éléments confirmatifs des prétentions.

Néanmoins, pour rester dans un esprit positif, l'équité apparaît plutôt comme le correctif d'une réglementation stricte et comme un moyen d'adaptation de ce droit entre les mains des juges.⁹⁰⁹

⁹⁰² STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p. 18 n° 40

⁹⁰³ SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, no 8, 1998

⁹⁰⁴ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p. 24 n° 57

⁹⁰⁵ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p. 21

⁹⁰⁶ Il ne s'agit pas là de la question des recours émanant des employeurs mais bien des assurés sociaux eux mêmes

⁹⁰⁷ Art. 6 du code de procédure civile « *A l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder.* »

⁹⁰⁸ Art. 9 du code de procédure civile « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.* »

⁹⁰⁹ TERRÉ D., *Droit, morale et sociologie*, *L'Année sociologique*, 2004, 54, n° 2, p. 483 à 510

2-2 L'équité peut être subjective ou judiciaire

Elle permet de corriger la loi lorsqu'elle est insuffisante en raison de sa généralité et n'approche pas l'espèce avec assez de précision. S'il n'existe pas de réglementation spécifique au cas d'espèce, l'équité devient alors un outil destiné à dire le droit pour compenser le silence de la loi.

« Dans tout système juridique, reposant sur des prescriptions légales, la conscience individuelle attend du droit la consécration des solutions équitables ; et c'est au juge qu'il revient d'utiliser la marge d'indétermination que laissent la loi dans son interprétation, les faits dans leur analyse, pour donner satisfaction à cet appel de l'âme. »⁹¹⁰

Le regard posé par les juristes sur les situations sociales qu'ils sont amenés à évoquer n'est pas systématiquement ouvert aux évolutions de la société. Certains auteurs⁹¹¹ estiment ainsi qu'une « inflation législative », associée au « déclin du droit » peut correspondre à la « manifestation d'une angoisse ressentie par les représentants de l'univers juridique face à une évolution où le droit se trouve pris dans le maëlstrom du social l'obligeant à se repenser. »⁹¹²

Sous section 4 Efficacité et effectivité du droit

Si nous avons été amenés à évoquer la définition de l'équité et son application dans le cadre de notre travail, c'est qu'une des principales difficultés posées par l'application du droit dans notre pratique quotidienne correspond à la nécessité dans des cas particuliers pour le juge de prendre une décision, de juger en départissant les adversaires au contentieux.

Le droit doit être à la fois efficace, au sens qu'il doit aboutir à une décision.

Il doit être aussi effectif⁹¹³. Il doit aboutir, non seulement à l'application de la règle telle qu'elle a été écrite, pour aboutir au but recherché. Il doit aussi permettre à la loi d'être admise et acceptée par la société.⁹¹⁴

Nous prendrons comme définition de ce mot « le caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliquée réellement »⁹¹⁵.

Cette application concrète⁹¹⁶ « forme, en interaction avec sa légalité et sa légitimité, une condition de la validité d'une norme juridique, elle-même comprise comme « la qualité qui

⁹¹⁰ STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p. 20 n° 43

⁹¹¹ COMMAILLE J., La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier, *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 294

⁹¹² OST F. et Van HOECKE M., sous la dir., *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998

⁹¹³ VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention, européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 777 p.

⁹¹⁴ Société qui est en retour en « droit » d'exiger que cette règle évolue conformément aux évolutions qu'elle attend

⁹¹⁵ CORNU G. et Al., *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 1987

⁹¹⁶ VAN DROOGHENBROECK S., « La proportionnalité dans le droit de la convention, européenne des droits de l'homme », Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, p. 618 L'effectivité des droits conventionnels

s'attache à la norme dont on reconnaît (...) qu'elle a les effets juridiques que ses auteurs prétendent lui attribuer ou que ses destinataires s'accordent à lui reconnaître »⁹¹⁷.

Comme nous l'avons déjà évoqué ci-dessus, elle doit permettre la « *concordance entre la norme et le comportement de ses deux catégories de destinataires : les autorités chargées d'en assurer l'application (les destinataires « secondaires ») et les assujettis qui doivent y conformer leurs comportements (les destinataires « primaires »).* »⁹¹⁸

Or comme nous pouvons le signaler, si nous avons développé l'équité, c'est qu'il est possible que le juge soit amené, du fait du silence de la loi ou de l'opposition de certaines dispositions, à prendre des décisions mal comprises par les parties, notamment lorsque ces parties ne sont pas au fait de la matière juridique. En clair, la plupart des professionnels de la santé ont une telle méconnaissance du droit, que les décisions de justice leur semblent opaques, voire si l'on osait un mauvais jeu de mot, totalement injustes.

C'est ainsi qu'une sanction prononcée envers un médecin qui refuse de transmettre une donnée, alors qu'il estime être dans l'obligation de respecter le secret médical, est très mal ressentie.

Une démarche tout aussi respectable correspond à celle du juge qui, devant les oppositions de droits fondamentaux, ne peut se contenter d'une incertitude et doit à la fin juger. Certains intervenants, affirmant que la justice doit passer, prônent l'oubli de certains droits fondamentaux au titre d'une justice équitable.

Il nous semble particulièrement risqué de s'avancer dans cette voie, laissant ainsi aux juges des différents tribunaux le devoir et le pouvoir de faire évoluer le contenu de l'obligation au secret, ce qui peut paraître risqué dans le cadre de la défense des droits fondamentaux de l'Homme. Les revirements successifs des décisions de la Cour suprême en lien avec le contentieux technique de la Sécurité Sociale en sont une preuve manifeste.

Dans le sens de notre défiance, on doit citer la décision de la Cour de cassation portant sur la capacité d'une personne et qui définit « *qu'en sanctionnant une atteinte à la vie privée, sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte, la cour d'appel a violé les textes susvisés.* »⁹¹⁹

L'interrogation évoquée par le juge suprême doit porter sur les fondements de la légitimité des demandes de transmission de données émanant d'autres intervenants que le titulaire de l'information.

Il doit être évoqué aussi la possibilité de « condamnation » intellectuelle ou morale d'une personne dont les données font l'objet d'une demande de transmission et qui refuserait d'accéder à la demande. Existerait-il une faute à demander le respect de son droit ?

⁹¹⁷ Van de KERCHOVE M., OST F., « Jalons pour une théorie critique du droit », Bruxelles, FUSL, 1987, p. 262

⁹¹⁸ Van de KERCHOVE M., OST F., « Jalons pour une théorie critique du droit », Bruxelles, FUSL, 1987, p. 272

⁹¹⁹ Cassation 15 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2007. Pan. 2775, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2007. 753, obs. J. Hauser

Section 2 Une nécessaire limitation de l'intérêt légitime de l'atteinte au secret

Si l'on peut admettre la place d'un intérêt autre que celui de la personne concernée et la contradiction apparente des droits au secret associés aux droits à la transmission de données, il est nécessaire de préciser que ces nouveaux droits portant atteinte à ceux de l'individu doivent faire l'objet de limites.

La loi doit prévoir un encadrement strict de l'atteinte provoquée, les fondements de cet encadrement pouvant correspondre aux notions d'abus de droit et de loyauté.

On verra que ces notions d'abus de droit et de loyauté ont leur place dans l'analyse de la transmission des données personnelles de santé au sein de l'assurance maladie. Elle peuvent expliquer certains comportements des divers intervenants.

Sous section 1 L'abus de droit

« L'abus de droit correspond à l'exercice d'un droit par son titulaire dans des conditions telles que cet exercice constitue une faute et peut être sanctionné. »⁹²⁰

« L'abus de droit sera qualifié de manifeste si, au regard des circonstances, une personne raisonnable ne peut juger le comportement litigieux autrement que contraire au but de la norme invoquée. »⁹²¹

Le terme d'abus est très fréquemment utilisé au sein de l'assurance maladie dans une démarche contentieuse⁹²². Le sens qui est donné est celui d'une utilisation d'un droit dépassant l'attendu, la diffusion de certains référentiels portant notamment sur les durées prévisibles d'arrêt de travail pour des pathologies déterminées⁹²³ permettant de suspecter des actes ou prescriptions déviantes.

Cette différence de sens nous amène donc à présenter la notion d'abus de droit dans un sens juridique plus général qui sort dans un premier temps de l'activité des praticiens conseils mais qui sera utile pour justifier nos propositions d'évolution.

§ 1 Historique de l'abus de droit

Initialement, le code civil français de 1804 ne connaît pas la notion d'abus de droit.⁹²⁴ Conformément à l'esprit du droit romain, l'article 544 indique au contraire *« que la propriété*

⁹²⁰ Encyclopédie pratique du droit et des contrats, www.lawperationnel.com/.../Abusedroit.html

⁹²¹ HUWILER B., « La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), p. 46, WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹²² Art. L.145-1 du code de la sécurité sociale *« Les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession, relevés à l'encontre des médecins, chirurgiens-dentistes ou sages-femmes à l'occasion des soins dispensés aux assurés sociaux, sont soumis en première instance à une section de la chambre disciplinaire de première instance (...). »*

⁹²³ Ces référentiels indicatifs ne sont pas opposables. Les références médicales opposables, diffusées il y a quelques années, n'ont plus d'effet

⁹²⁴ Autrement dénommé l'interdiction de la chicane

est le droit de jouir et disposer des choses de manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements. »

Le respect du droit de propriété est d'ailleurs considéré comme un principe. « *Le droit, qu'il soit facile ou difficile à discerner, à limiter où à définir, est toujours absolu. Si on lui fait perdre ce caractère, ce n'est plus le droit, c'est le règne de l'arbitraire.* »⁹²⁵

Dans le même sens les auteurs écrivent que « *Celui qui exerce son droit ne lèse personne, nous ont (...) enseigné les Romains* ». ⁹²⁶

La jurisprudence française du XIX^{ème} siècle va rapidement utiliser les dispositions du droit privé réprimant les actes illicites pour empêcher que l'exercice abusif d'un droit ne conduise à des résultats « *réprochés tant par la morale que par l'équité* ». ⁹²⁷

La première décision à retenir est celle de la chambre des requêtes datant du 3 août 1915⁹²⁸ dit arrêt « *Clément Bayard* » dans lequel deux propriétaires de fonds mitoyens entrent en conflit. L'un entend faire voler un ballon dirigeable au-dessus du terrain de l'autre qui le lui défend en créant « *un amas de carcasses de bois et de ferrailles aux extrémités pointues propres à percer les ballons du premier* »⁹²⁹ ce qui aboutit à endommager un ballon.

Le second propriétaire, sur la base de l'article 544 du code civil suscitée, prétend être libre de l'utilisation de son fonds comme il l'entend sachant qu'il n'existe ni loi ni règlement qu'y si opposent. Il estime pouvoir entreposer sur son terrain tout le matériel qu'il estime utile.

Le premier estime pouvoir réaliser le survol des terrains voisinant le sien et demande réparation des dommages. ⁹³⁰

La Cour suprême va estimer que la structure en question n'était d'aucune utilité et que l'intention du propriétaire n'était que de nuire à son voisin. Il avait donc « *abusé de son droit* ». ⁹³¹

« *[...] il ne peut y avoir abus de droit que si le propriétaire exécute chez lui, sans aucun profit pour lui-même, un acte qui apporte un trouble au propriétaire du fonds voisin restant dans les limites de sa propriété [...]* »

D'autres exemples comme celui d'une affaire de fausse cheminée destinée à nuire à un voisin ⁹³² ont amenés la création d'une théorie de l'abus de droit « *intention de nuire* ».

⁹²⁵ AUGSBURGER-BUCHELI I., « Genèse de l'article 2 du code civil Suisse », pp. 23-34 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, p. 30 citant CORDEY E., « La notion de l'abus de droit, A propos de l'article 3 du Projet de code civil suisse », JdT 1905 pp. 98 ss ; MARTIN A., JdT 1905 pp. 21 ss ; HUBER A., « Zur Kodifikation des Rechtmissbrauches », RSJ 1905/1906 pp. 267 s., 279 s.

⁹²⁶ AUGSBURGER-BUCHELI I., « Genèse de l'article 2 du code civil Suisse », pp. 23-34 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, p. 32, citant ROSSEL, BSt. CN, 1906, p. 1039, note 37

⁹²⁷ AUGSBURGER-BUCHELI I., « Genèse de l'article 2 du code civil Suisse », pp. 23-24 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹²⁸ Cass. Req. 3 août 1915, pourvoi n°00-02378

⁹²⁹ Encyclopédie pratique du droit et des contrats, www.lawperationnel.com/.../Abuseddroit.html

⁹³⁰ voir sur ce point le principe de la responsabilité civile délictuelle de l'article 1382 du code civil

⁹³¹ Ne prenant pas en compte les actions qui une utilité légitime pour leurs auteurs, cette conception sera par la suite abandonnée au profit de la notion de troubles anormaux du voisinage

⁹³² Colmar, 2 mai 1855, D.P., 1856, 2, 9

Marcel Planiol⁹³³ et Raymond Saleilles⁹³⁴ ont soutenu que « *soit l'exercice d'un droit est conforme au corps des normes qui le sous-tend, et alors le droit subjectif se déduit du droit objectif qui lui sert de fondement, soit le comportement litigieux transgresse la norme sur laquelle il s'appuie, car il est incompatible avec son but. Dans cette seconde hypothèse, il n'y a nullement abus de droit, mais agissement sans droit ; (...) Où l'abus commence, cesse le droit.* »⁹³⁵

§ 2 Un droit actuel

Actuellement, la reconnaissance d'un abus de droit est perçue comme « *un mécanisme correcteur, une soupape de sûreté permettant d'assouplir le jeu des règles juridique* »⁹³⁶ et il occupe une place de plus en plus large dans le droit civil⁹³⁷ encadré strictement pour le droit d'agir en justice ou de faire appel d'une décision.⁹³⁸

L'abus peut alors être considéré comme une faute dont le critère principal est l'absence de conformité avec le comportement habituel d'une personne normale. Il y a disproportion entre l'intérêt, le profit minime pour la personne qui exerce un droit et le dommage considérable causé à autrui.

« *Celui qui agit de la sorte se désintéresse totalement du dommage subi par autrui, ou cache sa mauvaise intention sous le couvert de son propre intérêt.* »⁹³⁹

Il coexiste au sein de la théorie deux sens. L'abus de droit « *intention de nuire* » s'associe à « *l'abus social* ».

L'application de la théorie de l'abus de droit « *intention de nuire* » nécessite deux conditions cumulatives. L'action concernée doit être dépourvue de toute utilité et elle doit révéler une intention de nuire.

« *L'abus social* » vise à détourner un droit vers une fin illégitime, contraire à l'objectif poursuivi par ce droit. Il est considéré comme un important outil d'évolution juridique entre les mains des tribunaux qui s'en servent pour faire évoluer des notions de droit en

⁹³³ PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*, vol. II, 1901, n° 908 ss

⁹³⁴ SALLEILES R., *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire allemand*, 2^{ème} ed., 1901, 370 n° 1

⁹³⁵ HUWILER B., « La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC) », p. 39 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹³⁶ SORTAIS J.-P., L'abus de droit en droit français : deux cas d'application, citant note 4 PIROVANO A., « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises », *Inchiesta di diritto comparata* sous la direction de ROTONDI M., vol. 7, Cedam ed. 1979, pp. 315-359

⁹³⁷ SORTAIS J.-P., L'abus de droit en droit français : deux cas d'application, pp. 63-74 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹³⁸ Voir sur ce point Cass. Com. 11 fév. 1992, JCP 1992. II. 21817, note PERDRIAU A. ; Cass. 3^{ème} ch. civ., 16 janv. 1991, Bull. civ. III, p. 15, n° 26, Rep. Note DEFRENOIS 1991, 1269, art. 35.142 n° 105 obs. AUBERT J.-L. ; Cass. 2^{ème} ch. civ., 13 mai 1991, D 1991, IR 159, RTD civ. 161, n° 2, obs. NORMAND J.

⁹³⁹ SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « L'abus de droit en droit musulman et arabe », p. 102 citant ASSANHOURY in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

réinterprétant les objectifs des textes législatifs, selon les évolutions sociales qui les entourent. Par exemple, c'est par le jeu de l'abus social qu'on a pu dégager le principe, alors contra legem, de l'indemnisation de la rupture du contrat de travail à durée indéterminée à la fin du XIX^{ème} siècle.

Cette définition de l'abus de droit, « *abus social* » ne rentre pas dans le champ de notre travail. Par contre l'abus de droit « *intention de nuire* » peut être évoqué dans la partie I concernant les droits de l'individu.

Un employeur qui exige d'accéder aux données personnelles de santé ne risque t'il pas d'abuser de son droit à communication en détournant la loi ?

Un salarié qui demande à son employeur la rédaction d'une déclaration d'accident de travail alors qu'il souffrait au préalable de la pathologie concernée ou qui omet de l'informer, lors de son embauche, d'une pathologie qui peut l'empêcher de donner toute sa mesure dans son emploi ne fait-il pas un abus de droit ?

N'y a t'il pas violation du principe de loyauté du salarié envers son employeur ?

§ 3 L'abus et le droit européen

Il semble intéressant de rechercher la place faite à l'abus de droit au sein du droit européen.

La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Nice le 7 décembre 2000, émanant du Parlement européen, du Conseil et de la Commission a intégré l'interdiction de l'abus de droit dans son article des dispositions générales du chapitre VII.

« *Aucune des dispositions de la présente Charte ne doit être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Charte ou à des limitations plus amples des droits et libertés que celles qui sont prévues par la présente Charte.* »

En effet, « *La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures.* »

La notion juridique de l'abus de droit existe dans la plupart des systèmes juridiques dits de droit civil⁹⁴⁰ comme les droits suisse, belge, luxembourgeois, italien, néerlandais, égyptien⁹⁴¹. Pourtant le droit français ne le considère pas comme une règle générale ou comme un principe même si de nombreux textes y font référence.⁹⁴²

⁹⁴⁰ COTTIER B., SYCHOLD M., « Qu'en est-il de « l'abus de droit » dans les pays qui ignorent cette institution », pp. 325-341 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 326 –328 Dans les pays de Common law, même s'il n'existe pas de notion structurée de l'abus de droit, on retrouve des notions proches. La chicane se rapproche de l'abus et concerne l'utilisation d'un fond par son propriétaire qui reste libre tant qu'il n'y a pas d'immixtion dommageable sur le fond du voisin

⁹⁴¹ Voir sur ce point SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « L'abus de droit en droit musulman et arabe », p. 97, SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, L'abus de droit en droit musulman et arabe, pp. 89-113 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p. et le contenu du code civil égyptien adopté en 1949, article 4. « *Celui qui exerce légitimement son droit n'est point responsable du préjudice qui en résulte.* » et article 5. « *L'exercice du droit est considéré comme illégitime dans les cas suivants : s'il a lieu dans le seul but de nuire à autrui ; s'il tend à la satisfaction d'un intérêt dont l'importance est minime par rapport au préjudice qui en résulte pour autrui ; s'il tend à la satisfaction d'un intérêt illicite.* »

⁹⁴² Voir article 22 de la loi 91 du 9 juillet 1991 et article 20 de la loi n° 57-298 du 11 mars 1957 sur la propriété littéraire et artistique sus-cité

§ 4 L'abus et le droit national

Cette notion recouvre plusieurs domaines.

Principalement il s'agit de deux matières, le droit contractuel et le droit fiscal.

En matière contractuelle, on peut citer la rupture des pourparlers abusive ou le refus de vente ou de contracter.

En matière fiscale, la notion est utilisée pour sanctionner des montages juridiques licites mais ayant pour seule motivation de contourner la législation fiscale⁹⁴³. « (...) *L'abus de droit est un péché non contre la lettre mais contre l'esprit de la loi. (...) L'abus de droit est une manipulation des mécanismes juridiques là où la loi laisse la place à plusieurs voies pour obtenir un même résultat ; l'abus de droit, c'est l'abus des choix juridiques* ». ⁹⁴⁴

L'abus de droit, au sens de la législation fiscale se présente comme une simulation qui associe un acte apparent ne correspondant pas à la volonté véritable des contractants et un acte secret, contre-lettre, correspondant à leur volonté véritable.⁹⁴⁵

Dans l'abus de droit par fraude à la loi, après une série de décisions successives⁹⁴⁶ et les modifications établies par la loi de finances rectificative pour 2008⁹⁴⁷, les actes passés sont considérés comme réels, mais le montage juridique ne peut s'expliquer que par la volonté de contourner une règle fiscale⁹⁴⁸. L'administration fiscale peut écarter les actes qui dissimulent la portée véritable d'un contrat ou d'une convention, dans le cadre de la procédure dite de répression des abus de droit⁹⁴⁹, ceci même lorsque le but recherché dans un montage est essentiellement, et non pas exclusivement, fiscal.

On peut relever aussi l'abus de droit en droit privé général, encore dans l'exercice du droit de propriété principalement en matière de propriété littéraire et artistique. L'analyse de la doctrine et de la jurisprudence voit s'opposer deux conceptions.

Pour certains, le droit de propriété littéraire et artistique fait partie des droits discrétionnaires ou absolus.

« (...) *La tradition française en matière de droit d'auteur se caractérise par la place prééminente qu'elle fait au droit moral de l'auteur ou de l'artiste – que la loi déclare inaliénable et insaisissable, perpétuel et imprescriptible – et qui se traduit par diverses*

⁹⁴³ www.net-iris.fr/.../amelioration-de-la-procedure-abus-de-droit.php, mardi 3 mars 2009

⁹⁴⁴ COZIAN M., *Les grands principes de la fiscalité* – Litec, 1999

⁹⁴⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz, 8^{ème} éd., 517 p.

⁹⁴⁶ Cour de Cassation, arrêts Audit Sud Est et Distribution Casino, CJCE Halifax 2006 et Part Services 2008

⁹⁴⁷ Art L64 LPF, 16/01/2009

⁹⁴⁸ l'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2008, précise la définition de l'abus de droit « *l'administration est en droit d'écarter, comme ne lui étant pas opposables, les actes constitutifs d'un abus de droit, soit que ces actes ont un caractère fictif, soit que, recherchant le bénéfice d'une application littérale des textes ou de décisions à l'encontre des objectifs poursuivis par leurs auteurs, ils n'ont pu être inspirés par aucun autre motif que celui d'éluder ou d'atténuer les charges fiscales que l'intéressé, si ces actes n'avaient pas été passés ou réalisés, aurait normalement supportées eu égard à sa situation ou à ses activités réelles* »

⁹⁴⁹ Art. L 64 et s. livre des procédures fiscales

prérogatives reconnues au titulaire du droit, à savoir : le droit de divulgation, le droit au nom et à la paternité, le droit au respect et le droit de repentir ou droit de retrait. »⁹⁵⁰

La notion d'abus n'a donc pas sa place. « *L'exercice de son droit moral par l'auteur de l'œuvre originale revêt un caractère discrétionnaire de sorte que l'appréciation de la légitimité de cet exercice échappe au juge.* »⁹⁵¹

Pour d'autres, au contraire, le droit de propriété littéraire et artistique, droit moral, n'est pas un droit discrétionnaire.⁹⁵²

Deux décisions célèbres du droit français font une place à l'abus de droit. Il s'agit des affaires Foujita et Chiavarino.

Dans l'affaire Foujita⁹⁵³, la veuve de l'artiste refusait d'autoriser la reproduction d'œuvres de son mari et se voyait opposé l'article 20 de la loi du 11 mars 1957⁹⁵⁴ destiné à dépasser les interdictions émanant des représentants d'un auteur décédé.

Le tribunal conclut à l'abus manifeste dans le non-usage des droits d'exploitation car le comportement de la veuve de l'artiste porte « *atteinte à la diffusion en France des œuvres de son mari par une attitude qui n'est pas dans la ligne et ne peut s'inscrire dans le respect des volontés de ce peintre.* »

Dans l'affaire Chiavarino⁹⁵⁵, l'artiste souhaitait conserver un regard sur son œuvre après qu'il en est concédé la gestion à un éditeur d'art sur les bases de cette même loi du 11 mars 1957. Le tribunal, tout en reconnaissant le droit moral de l'auteur, « droit de repentir et de retrait », caractérise la notion de détournement des dispositions de la loi et de l'exercice abusif du droit. Il est intéressant de signaler que, même si cette décision semble de portée limitée puisque le motif d'opposition à publication était purement financier⁹⁵⁶ et considéré comme étranger à la finalité de la loi, elle ouvre la voie à l'application de l'abus de droit à l'auteur lui-même.⁹⁵⁷

Cette notion est enfin fréquemment évoquée dans l'abus de droit de vote en droit des sociétés dans les cas d'abus de majorité et de minorité.

Sous section 2 Bonne et mauvaise foi

Nous ne pensons pas nous avancer de façon inconsidérée en affirmant que pour un professionnel de santé, cette expression présente un sens relevant de la morale.

⁹⁵⁰ SORTAIS J.-P., « L'abus de droit en droit français : deux cas d'application », pp. 71-72 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁵¹ Cass. civ. 5 juin 1984, Bull. civ. I p. 157, n° 184, D 1985, IR 132, obs. COLOMBET C.

⁹⁵² Cass. civ. 14 mai 1945, D. 1945-287 note DESBOIS H., JCP 1945. III, 2835 note RC, S, 1945. 1. 101, note BATTIFOL H., COLOMBET, « Propriété littéraire et artistique », 4^{ème} ed. p. 152, n° 133

⁹⁵³ Arrêt C.A. de Rennes, 16 nov.1990, JCP 991. II. 21775, note HOVASSE-BANGET S., RIDA avril 1991, p. 168, n° 148, note KEREVER, Rev. Trim. dr. com. 1991 594, n° 2 obs. FRANCON A.

⁹⁵⁴ « *En cas d'abus notoire dans l'usage ou le non-usage du droit de divulgation ou des droits d'exploitation de la part des représentants de l'auteur décédé (...) le tribunal peut ordonner toute mesure appropriée.* »

⁹⁵⁵ Cass. Civ.1^{ère}, 14 mai 1991, D 1992 IR. 15, obs. COLOMBET, D 1992 somm. 15, obs. COLOMBET C., RIDA janv. 1992 273, note SIRINELLI P. ; JCP 1991. 11. 21760, note POLLAUD-DULIAN F., Rev. Trim. dr. com. 1991, 592, n° 1 obs. FRANCON A.

⁹⁵⁶ Il concernait le taux du montant de ses droits jugé insuffisant selon l'auteur

⁹⁵⁷ SORTAIS J.-P., « L'abus de droit en droit français : deux cas d'application », Ibid. pp. 63-74 WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

Celui qui est de bonne foi ne cherche pas à travestir la vérité, à modifier les faits servant de support aux décisions médicales.

Pour un praticien conseil, un assuré (ou un professionnel de santé en cas d'analyse d'activité) de bonne foi a pu s'éloigner de l'application des réglementations, parfois obtenir des prestations indues, mais il l'a fait sans malice pas méconnaissance de la loi ou par confiance envers un intervenant de confiance qui l'a fourvoyé. La bonne foi, même si elle ne permet pas de dépasser l'application de la loi peut exonérer de « culpabilité » en arrêtant toute démarche contentieuse⁹⁵⁸.

Au sens juridique, la bonne foi relève du droit contractuel.

§ 1 Définition de la bonne foi

La bonne foi est une notion en vertu de laquelle le contrat ne doit plus être apprécié comme le siège d'intérêts antagonistes mais comme le creuset de l'intérêt commun des contractants.

C'est un principe général du droit communautaire.⁹⁵⁹ Même si seuls les Etats semblent soumis à des obligations fondées sur l'article 5 du traité de la communauté économique européenne (C.E.E.)⁹⁶⁰, et ceci essentiellement dans leurs rapports avec les organes de la Communauté, les principes de la bonne foi associé au principe de légalité semblent lier également les citoyens qui ne devraient pas tirer partie des renseignements inexacts qu'ils ont fournis ou de comportements contradictoires à l'égard de l'autorité.⁹⁶¹

*La directive 93/13 sur les clauses abusives*⁹⁶², donc du domaine spécifique du droit de la consommation, introduit la « bonne foi » au niveau européen⁹⁶³ mais omet d'en définir le concept.⁹⁶⁴

⁹⁵⁸ Les services de l'assurance maladie n'ont pas un rôle de jugement mais il est toujours possible de suspendre une démarche contentieuse ou de proposer une transaction

⁹⁵⁹ TPICE, 17 janvier 2007, aff.T-231/04 Grèce c/ Commission

⁹⁶⁰ GARRONE P., « La bonne foi en droit communautaire : l'article 5 du Traité de Rome », pp. 289-307 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁶¹ BORGHI M., « La bonne foi : un principe « constitutif » de l'Etat, mais négligé en droit public suisse », p. 214 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁶² GUEZ P., ROYAUME UNI – « L'échec de la transplantation du concept de bonne foi dans l'arrêt First National Bank », Plc le vendredi, août 1 2008, 17:43, m2bde.u-paris10.fr /.../ ROYAUME-UNI- Lehec-de-la-transplantation-du-concept-de-bonne-foi-dans-larret-First-National

⁹⁶³ Certains auteurs en font même un droit de rang constitutionnel, voire supraconstitutionnel, avec comme fondement la nature contractuelle de type contrat « social » de l'Etat. Voir WIDMER P., « Bonne foi et abus de droit, principe ? – protégée ? – panacée ? : une tentative de synthèse impossible », pp. 343-348 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁶⁴ Cette imprécision entraîne d'ailleurs des analyses différentes entre les pays de droit romain, qui y voit une *solidarité contractuelle étendue*, et les pays de Common Law qui évoquent une *obligation d'information*

En droit national, plusieurs dispositions du code civil⁹⁶⁵ permettent d'intégrer la notion de règle morale dans le droit positif⁹⁶⁶.

Ainsi les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées par les parties que par leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.⁹⁶⁷

Cette notion de bonne foi est fondamentale : elle est d'ailleurs présumée lors de l'exécution d'une clause contractuelle et c'est alors à celui qui évoque la mauvaise foi de l'établir.⁹⁶⁸

La Cour de Cassation affirme ainsi son importance⁹⁶⁹ en évoquant « *La bonne foi largement entendue* (loyauté, solidarité, proportionnalité et souci de l'équilibre contractuel) *s'imposant dans toutes les phases de la vie du contrat : négociation, information, conclusion, exécution, interprétation, modification, renégociation, inexécution, rupture et ses conséquences* »⁹⁷⁰.

Le code du travail reprend expressément les mêmes conditions⁹⁷¹ qui s'appliquent tant au salarié⁹⁷² qu'à l'employeur⁹⁷³, les éventuelles exceptions⁹⁷⁴ relevant de stipulations expresses de la loi.^{975 976}

§ 2 Les comportements contraires à la bonne foi

Les comportements contraires à la bonne foi peuvent être classés en 3 catégories fondamentales.⁹⁷⁷

⁹⁶⁵ Art. 1134 al. 3 du code civil, les conventions « *doivent être exécutées de bonne foi* » mais aussi art 201 et 202, 220, 491-2, 510-3, 548 et s., 555, 1378, 1645 et 1646, 2265, 2279 et s.

⁹⁶⁶ ASSAILLIT A., « La bonne foi et la loyauté contractuelle » – Oct. 2006, Master Pratiques Juridiques et Judiciaires, Promotion 2006-2007 – Nîmes

⁹⁶⁷ Art. 1134 al. 3 du code civil

⁹⁶⁸ ENGEL P., « La portée de la clause générale de la bonne foi (art. 2 CC) dans la jurisprudence et par rapport à sa concrétisation dans certains domaines spécifiques (LCD, bail, contrat de travail) ». p. 135 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁶⁹ Cass. Civ ; 1^{ère}, 20 mars 1985, B. 1985.1, n°102, à propos d'une compagnie d'assurance. Elle n'est pas de bonne foi si elle refuse de payer l'indemnité pour vol d'un véhicule sous le prétexte que l'antivol n'était pas d'un modèle agréé alors qu'elle n'établit pas qu'elle avait indiquée à l'assuré les types agréés et qu'elle avait encaissés les primes pendant trois ans

⁹⁷⁰ Rapport de la Cour de Cassation sur l'avant projet de réforme du droit des obligations dit projet Catala

⁹⁷¹ Art. L 120-4 du code du travail « *Le contrat de travail est exécuté de bonne foi* »

⁹⁷² Par exemple le changement des conditions de travail tel que le lieu d'exercice dans le cas de l'existence d'une clause de mobilité stipulée dans le contrat de travail est présumée de bonne foi. « *Il incombe alors au salarié de démontrer que cette décision a été prise pour des raisons étrangères à cet intérêt ou bien qu'elle a été mise en œuvre dans des conditions exclusives de la bonne foi contractuelle* » DEUR D., La bonne foi dans les contrats, www.ewd-avocats.com/chroniques/fevrier%20-%202006.htm

⁹⁷³ Voir instruction DGEFP n° 2006-01 du 23 janvier 2006 principe de l'exécution de bonne foi des obligations contractuelles en matière de licenciement économique avec propositions de reclassement à l'étranger, incompatibles, notamment au regard des salaires, avec les attentes légitimes des salariés in www.courdecassation.fr/publications-cour-26/rapport-annuel-36/raptor, partie introductive du rapport annuel 2004

⁹⁷⁴ www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php

⁹⁷⁵ Art. L. 225-102-1, L. 235-12, L. 511-78, L. 622-3, L. 670-1. code de commerce pour le droit de la consommation et art. R. 243-20 al. 3 code de la sécurité sociale pour la remise de majorations de cotisations

⁹⁷⁶ Voir sur ce point BEN CAMARA O., « La bonne foi dans le rapport de travail », Université Lumière Lyon2 - master 2, www.memoireonline.com/11/07/702/m_la-bonne-foi-dans-le-rapport-de-travail10.html

⁹⁷⁷ ROMAIN J.-F., *La théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Ed. Emile Bruylant (2 mai 2000), 1023 p.

- Ils peuvent révéler des intentions dommageables à autrui, faute intentionnelle et fraude, le principe général « *Fraus omnia corrumpit* » amenant une nullité soit du contrat en entier⁹⁷⁸, soit seulement de la stipulation concernée ce qui permet « *d'adapter ou même d'annuler des rapports contractuels lorsque les circonstances extérieures ne permettent pas d'exiger raisonnablement l'exécution d'un contrat.* »⁹⁷⁹
- Ils peuvent être définis comme étant contraires à la bonne foi, au regard de la norme de bon comportement qui s'impose à l'homme normalement prudent, diligent et de bonne foi. Il n'y a là pas de notion de volonté de nuire même si une faute peut être relevée contre une des parties.
- Ils peuvent être contraires à la bonne foi, bien qu'aucune faute puisse être relevée à charge de quiconque, et ce au regard d'un principe général d'équité. Il apparaît alors la notion de responsabilité sans faute avec prise en compte de la balance des intérêts en présence.

La bonne foi ne peut être invoquée en dehors de la relation contractuelle, notamment lorsque le contrat est arrivé à son terme.⁹⁸⁰

L'abus de droit est connu dans certains systèmes juridiques comme un exemple typique de comportement contraire au principe de bonne foi⁹⁸¹. Une partie exerce un droit qui lui est reconnu par la loi mais dans un but soit différent de l'intérêt prévu, par exemple pour causer un dommage à l'autre partie ou de façon disproportionnée⁹⁸² par rapport au résultat initialement voulu.⁹⁸³

Néanmoins, « (...) le principe de la bonne foi et l'abus de droit ne peuvent être considérés comme de bons moyens pour assurer un juste équilibre contractuel »⁹⁸⁴ Il arrive pourtant fréquemment que la justice soit amenée à se prononcer pour départager les prétentions des parties à un contrat. La portée des pouvoirs reconnus au juge en matière de sanction de la mauvaise foi contractuelle s'est progressivement étendue. Initialement il s'agissait de l'application pure de « *la bonne foi romaine (qui) est essentiellement une notion du droit des*

⁹⁷⁸ L'annulation produit la disparition rétroactive du contrat qui n'a pu alors produire aucun effet. Il y a restitution des fruits par le possesseur de mauvaise foi qui ne peut réclamer l'application des droits nés du contrat.

⁹⁷⁹ KAHIL-WOLFF B., « L'abus de droit en droit du travail allemand – un cas d'application- », pp. 77-78 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁸⁰ Cass. civ. 3^{ème} 14 décembre 2005 in www.lexinter.net/JF/bonne_foi

⁹⁸¹ www.lexinter.net/JF/bonne_foi

⁹⁸² Voir sur ce point le rapprochement entre bonne foi proportionnalité qui seraient « l'expression d'une seule et unique idée fondamentale, celle que l'exercice d'un droit ou d'une compétence doit être conforme à son but et, dès lors, adapté et « proportionné » à cette fin. » WIDMER P., « Bonne foi et abus de droit, principe ? – protégée ? – panacée ? : une tentative de synthèse impossible », p. 349 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁸³ RUSCA A., « La loi sur la protection des données et les principes de la bonne foi et de l'abus de droit », pp. 191-199 à propos de la loi du 19 juin 1992 Suisse s'intégrant dans le dispositif de protection de la personnalité in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁸⁴ FAVRE-BULLE X., « Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives », p. 172 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

contrats. ». « *Le dol, la fraude ; la bonne foi : (sont) les trois notions fondamentales qui permettent d'apprécier les comportements juridiques des sujets de droit privé.* »⁹⁸⁵

L'usage déloyal des simples prérogatives contractuelles peut être sanctionné sur le fondement de l'article 1134 alinéa 3 du code civil par la responsabilité civile du contractant de mauvaise foi⁹⁸⁶, sans remise en cause de la substance même des droits et obligations nés du contrat, et donc du contrat lui-même⁹⁸⁷.

On relève aussi des décisions aboutissant à la neutralisation de la stipulation mise en œuvre⁹⁸⁸ et donc à la neutralisation de la créance elle-même⁹⁸⁹ et à la remise en cause de son existence initiale même.

Certains auteurs considèrent même que la possibilité de remise en cause de la convention dans le cadre de la bonne foi ou de l'abus de droit « *apparaissent (...) comme des instruments formidables et dangereux à la fois de transformation des règles juridiques établies.* »⁹⁹⁰

La notion de bonne foi appelle celle contraire de mauvaise foi⁹⁹¹ relevant de la morale, d'absence de respect de la loyauté, certains comportements intentionnels pouvant relever du dol qui vicie le consentement d'une des parties.

Cette question sera posée lorsqu'on évoquera la notion de « *nécessaire loyauté* » du salarié envers son employeur. L'omission d'informations ne risque t'elle pas de vicier dès l'origine un contrat de travail ?

Sous section 3 La loyauté contractuelle

De même que la bonne foi, la loyauté est contractuelle et existe à tous les stades du contrat.

C'est le cas non seulement au cours de l'exécution du contrat, chaque contractant devant exécuter fidèlement ses engagements, mais aussi au stade pré contractuel alors qu'il n'y a pas eu encore accord entre les parties. Chacun des postulants à l'accord doit se comporter loyalement sans chercher à tromper l'autre partie, l'évolution des conditions de son exécution pouvant permettre une révision de son contenu.⁹⁹²

⁹⁸⁵ BROGGINI G., « L'abus de droit et le principe de la bonne foi, aspects historiques et comparatifs », p. 9 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁸⁶ Cass. com., 8 mars 2005, Bull., n° 44

⁹⁸⁷ MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, n° 764

⁹⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 16 février 1999, Bull., n° 52 en ce qui concerne des clauses résolutoires

⁹⁸⁹ DUMOURIER A., « Sanction de la mauvaise foi contractuelle », Source : Site de la Cour de cassation, Communiqué du 10/07/2007 relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, Chambre commerciale, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation

⁹⁹⁰ BROGGINI G., « L'abus de droit et le principe de la bonne foi, aspects historiques et comparatifs », p. 21 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁹¹ Ce qui exclue la situation relevant de l'article 549 du code civil qui permet au possesseur de bonne foi de conserver les fruits lorsqu'il qu'il ignorait les vices de la convention

⁹⁹² PICOD T. « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, 57, n° 14 et s.

Il apparaît donc dans ces situations la nécessité de mise en équilibre entre plusieurs intérêts qui ne sont pas systématiquement contradictoires.⁹⁹³ L'intérêt social appelle à deux principes protecteurs tant de la société que de l'individu, la loyauté qui garanti à l'individu de pouvoir se fier aux comportements de ses « *associés* » et la prévisibilité⁹⁹⁴ qui, liée à la stabilité de la Loi et de la jurisprudence, permet la conclusion de conventions en confiance.

En ayant défini les concepts pouvant être retrouvés dans notre analyse ultérieure, nous pouvons étudier leur application dans les pratiques de l'Assurance maladie.

En effet, dans le chapitre suivant nous allons présenter des situations pratiques fréquemment rencontrées dans notre activité de praticien conseil de l'assurance maladie dans le cadre de la transmission des données personnelles de santé.

Les notions d'abus de droit, de bonne et mauvaise foi et de loyauté correspondent alors à des cas précis, hors de toute construction théorique, permettant une réflexion et d'éventuelles propositions d'évolution des pratiques, voire de la réglementation ou de la loi.

Ainsi, l'abus de droit peut être évoqué pour les assurés sociaux, pour les ayant droits et pour les employeurs

Un assuré social, peut évidemment tenter d'obtenir des prestations auxquelles il ne peut prétendre. S'il a conscience de cette déviance, il est possible de le considérer comme fraudeur mais cette notion n'a de portée dans notre travail que lorsque l'on envisage la transmission des données personnelles de santé.

En nous plaçant sur le champ du droit à la maîtrise de cette transmission, nous devons écarter l'idée d'une modification des données transmises par l'assuré. L'omission d'informations, la falsification de pièces médicales existent mais elles relèvent de la fraude et concernent plutôt la bonne foi et sa notion miroir qu'est la mauvaise foi.

Ces fraudes relèvent de sanctions administratives voire pénales et sortent de notre sujet.

Il semble plus utile d'envisager la possibilité pour un assuré social de refuser l'accès aux données le concernant lors d'une démarche administrative de prise en charge de soins⁹⁹⁵. Cette possibilité est prévue par la loi qui soumet la transmission d'informations du praticien traitant du praticien conseil à l'absence d'opposition de l'assuré. Le praticien conseil est donc la plupart du temps dans l'impossibilité de donner un avis, une simple connaissance

⁹⁹³ Même si certains auteurs évoquent « le sacrifice de la liberté individuelle » ZÜRCHER F., « Le maniement des concepts juridiques indéterminés au carrefour de la bonne foi et de la légalité : deux exemples tirés du droit de la construction », p. 222 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁹⁴ ZÜRCHER F., « Le maniement des concepts juridiques indéterminés au carrefour de la bonne foi et de la légalité : deux exemples tirés du droit de la construction », p. 222 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

⁹⁹⁵ Comme par exemple pour la prise en charge de soins ou d'arrêt supérieurs à 6 mois prévue à l'article L. 324-1 du code de la sécurité sociale

éventuelle d'antécédents ne permet pas la plupart du temps de se prononcer sur une demande portant sur un état de santé actuel et évolutif.

La loi prévoit aussi comme on l'a déjà signalé des situations dans lesquelles il y a obligation de transmission de données personnelles de santé, notamment le diagnostic pour les accidents du travail et les maladies professionnelles ou le motif justifiant l'indemnité journalière pour les prescriptions d'arrêt de travail.

Dans les faits, le praticien conseil, lorsqu'il ne peut se prononcer émet un avis dit « *avis technique impossible* » qui amène un refus de prise en charge administrative de la prestation ? L'assuré peut, s'il est en désaccord avec ce refus, déposer un recours devant la Commission de recours amiable de la caisse primaire, puis devant le Tribunal des affaires de sécurité sociale qui désignera un expert pour donner un avis médical⁹⁹⁶.

Les ayants droits peuvent demander la transmission des données personnelles de santé pour défendre leur intérêt propre. Certaines demandes peuvent être « abusives » aux yeux des praticiens conseils mais il ne peut y avoir réellement abus, l'encadrement des conditions de justification de transmission étant strict après évolution de la jurisprudence.

A notre sens, il est plus intéressant dans notre travail d'étudier la place des demandes émanant des employeurs dans le cadre des contentieux technique portant sur les accidents du travail ou les maladies professionnelles. On va voir ultérieurement que la loi, après un vide juridique prolongé et de multiples revirements de jurisprudence, autorise la transmission de données personnelles de santé en encadrant le contenu de l'information.

On constate une évolution régulière et forte des demandes visant à étendre le champ des demandes en contradiction manifeste avec l'ensemble des dispositions des codes de la santé publique et du travail. Certains juristes évoquent un droit pour l'employeur, en tant que partie à un contentieux, à accès direct et sans médiation d'un professionnel de santé, à l'ensemble du dossier médical de leur salarié. La question d'un abus manifeste de droit par ces employeurs doit être évoqué.

Chapitre 2 L'application du droit des autres intervenants et l'assurance maladie

Comme nous l'avons vu, s'il est essentiel de protéger les droits de l'individu sur la maîtrise de de ses propres données de santé, il apparaît au quotidien des difficultés liées à l'existence d'autres droits que peuvent être ceux d'autres intervenants.

C'est le cas des ayants droit qui peuvent demander la transmission des données personnelles de santé pour défendre leur intérêt propre. C'est aussi le cas des employeurs qui peuvent avoir intérêt à accéder aux informations de leur salarié dans des conditions déterminées.

L'étude de l'évolution du droit et son application par les juridictions du contentieux technique de la Sécurité Sociale, bien que volumineuse de par les imprécisions successives de la jurisprudence voire les erreurs du législateur, sera d'une importance fondamentale.⁹⁹⁷

⁹⁹⁶ La réalisation d'une expertise est obligatoire lorsque le contentieux porte sur une question purement médicale

⁹⁹⁷ Nous prions par avance le lecteur de nous pardonner du volume de ce chapitre et précisons, en vaine excuse, que ce « roman juridique » a occupé pratiquement 10 ans de notre activité professionnelle et, n'étant pas encore totalement clôt, va probablement encore s'enrichir

Section 1 Les ayants droit

Les ayants droits peuvent demander la transmission des données personnelles de santé pour défendre leur intérêt propre.

Sous section 1 les définitions

Il ne faut pas confondre les définitions d'ayant droit⁹⁹⁸ et d'ayant cause.

§ 1 L'ayant droit

En droit civil, c'est celui qui est titulaire d'un droit. En droit de la Sécurité sociale, c'est la personne qui bénéficie des prestations versées par un régime de Sécurité sociale, non à titre personnel mais du fait de ses liens avec l'assuré.⁹⁹⁹ Dans notre travail, elle défend ses droits propres, ce qui justifie son droit à l'accès des données.

§ 2 L'ayant cause

C'est celui auquel les droits d'une personne ont été transmis. Dans notre travail, la transmission des données concernera l'ayant droit.

Sous section 2 Les droits de l'ayant droit

Le secret médical, droit personnel et non patrimonial¹⁰⁰⁰, persiste après la mort de l'intéressé afin de maintenir la protection due à la dignité humaine.¹⁰⁰¹

En général les liens familiaux subsistent après le décès. Le décès d'un patient ne change pas fondamentalement, sauf exception déjà signalée de contentieux portant sur la succession du *de cuius*, les relations affectives qui l'unissaient à sa famille.¹⁰⁰² L'attitude à adopter relativement au secret et par rapport à la famille semble rester ce qu'elle était du vivant du patient.¹⁰⁰³

⁹⁹⁸ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, 272 p

⁹⁹⁹ Au sens de l'article 706-3 du code de procédure pénale sont seuls considérés comme ayants droit le conjoint survivant, les enfants et descendants de la victime, les ascendants de la victime qui au moment de l'accident étaient à sa charge ou qui au moment de l'accident ou postérieurement à ce dernier ne disposent pas ou ne disposent plus de ressources suffisantes au sens de la réglementation applicable ; Cass. Civ. 2^{ème}, 17 septembre 2009, n° 08-14311, Non publié au bulletin

¹⁰⁰⁰ SAVATIER R. et autres, Ibid. p. 304, « *Le secret demeure après le décès car le secret médical est un droit personnel qui ne s'éteint pas à la mort du patient.* »

¹⁰⁰¹ FLECHEUX en rapportant Cass. civ. 1^{ère}, 22/01/57, bull. civ. I, n° 37, p. 30, « *Car il est nécessaire à l'exercice de la profession médicale que le malade soit assuré que, même après sa mort, ses secrets les plus intimes ne seront pas dévoilés.* »

¹⁰⁰² LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 116

¹⁰⁰³ FOUGERE L., Ibid., p. 3, 227, « *Le décès du malade transforme mais ne fait pas disparaître les liens qui l'unissaient à sa famille. Les membres de celle-ci ne deviennent pas, du fait du décès, des tiers.* »

La transmission aux ayants droit d'informations concernant un assuré social décédé est possible mais elle est soumise à certaines conditions. Selon la loi du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé, le secret médical ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt ou de faire valoir leurs droits¹⁰⁰⁴ sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès. Tous les motifs de communication du dossier non prévus par la loi du 4 mars 2002 se voient ainsi opposer un refus motivé.

Les ayants droit bénéficiaient d'ailleurs déjà, avant la loi du 4 mars 2002, d'un droit à communication dans la jurisprudence administrative¹⁰⁰⁵, la notion d'ayants droit s'entendant des successeurs légaux au sens du code civil.¹⁰⁰⁶

La question est soulevée du contenu des informations auquel l'ayant droit peut accéder. Il semble acquis que cet ayant droit peut avoir accès aux seuls éléments du dossier médical nécessaires à la réalisation de l'objectif qu'il invoque.¹⁰⁰⁷

En effet, les recommandations initiales de l'Agence Nationale d'Analyse et d'Evaluation de la Santé, devenue entre-temps Haute Autorité de la Santé, définissaient dans les demandes des ayants droits une possibilité de communication de la totalité du dossier.¹⁰⁰⁸

Le Ministre de la santé et de la protection sociale avait pris un arrêté le 5 mars 2004 portant homologation de ces recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne et a rejeté implicitement une demande de retrait de l'arrêt. Puis, par décision du 26 juin 2004, refusé d'annuler sa décision de rejet implicite.

Suite à un recours déposé par le Conseil national de l'Ordre des médecins, les conditions d'accès aux données ont été strictement encadrées par le Conseil d'Etat.

Dans ses considérants, la juridiction administrative a clairement limité la communication aux éléments directement liés aux motifs justifiant la communication, conformément à la loi.

« Considérant qu'il résulte des dispositions des articles L. 1110-4 et L. 1111-7 du code de la santé publique citées ci-dessus, éclairées par les travaux parlementaires de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dont elles sont issues, que le législateur a entendu autoriser la communication aux ayants droit d'une personne décédée des seules informations nécessaires à la réalisation de l'objectif poursuivi par ces ayants droit, à savoir la connaissance des causes de la mort, la défense de la mémoire du défunt ou la protection de leurs droits ; que les dispositions attaquées, qui prévoient que la communication aux ayants droit peut porter sur l'ensemble des informations figurant dans le dossier médical, méconnaissent ces principes ; que ces dispositions doivent, par suite, être

¹⁰⁰⁴ C'est le cas notamment de la transmission des pièces aux ayants droit en risque Accident du Travail/Maladie Professionnelle avec rapport d'autopsie, expertise sur pièces ou rapport d'évaluation d'incapacité permanente

¹⁰⁰⁵ C.E. 22 janv. 1982, Beau de Loménie, D. 1982, jur. 291, concl. Genevois et la jurisprudence civile reconnaissait la possibilité de ne pas opposer le secret lorsque est en jeu l'application des articles 901 et 975 du code civil (validité d'un testament et contrat de rente viagère). p. 1919

¹⁰⁰⁶ La demande de communication du dossier médical d'un défunt doit être traitée comme si elle émanait du défunt lui-même, CE 22 janv. 1982, *Administration générale de l'Assistance publique: Lebon 32*

¹⁰⁰⁷ Arrêté du 5 mars 2007 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne et notamment l'accompagnement à cet accès, modifié par l'arrêté du 3 janvier 2007, C.E. 26 sept. 2005, n° 270234, A.J.D.A. 2006, 308, note J.P. Markus ; R.D.S.S. 2006. 53, obs. D Cristol ; D. 2005, I.R. 2545, obs. F Aubert.

¹⁰⁰⁸ C.E. (1ère et 6ème sous-sections réunies) Décision définitive du 26 septembre 2005 - N° 270234

annulées, ainsi que la décision par laquelle le ministre de la santé et de la protection sociale a refusé de les retirer ».

La réponse apportée ainsi limite la transmission d'information aux éléments justifiés par les motifs apportés par le demandeur à l'appui de sa demande.

Il doit être signalé, à nouveau, la difficulté posée au praticien conseil lors de ces demandes de communication. Le problème dans ce cas est celui de l'évaluation de l'information à communiquer dans ces cas qui restent de fréquence rare. Il n'existe pas de référentiels permettant de sélectionner avec certitudes les éléments concernant « la connaissance des causes de la mort, la défense de la mémoire du défunt ou la protection de leurs droits. »

Cette transmission soulève, en sus de l'évaluation de la justification de la demande, plusieurs problèmes :

- La définition des ayants droit est différente si l'on prend la notion de succession dans le code civil, qui semble avoir été celle envisagée par le législateur ou de couverture sociale dans le code de la sécurité sociale. Le Conseil national de l'Ordre des médecins (C.N.O.M.) a défini en 2003 la notion d'ayant droits tel qu'il l'entendait pour la communication de dossiers médicaux détenus par les professionnels de santé libéraux. Il s'agit des ascendants, descendants, du conjoint survivant ; du concubin ; □ de la personne ayant conclu un P.A.C.S. ou du bénéficiaire d'un legs ou d'un contrat d'assurance. Les liens doivent néanmoins être directs et suffisamment étroits entre le demandeur et la personne décédée.¹⁰⁰⁹ Comme on l'a déjà évoqué, en droit de la Sécurité sociale, c'est la personne qui bénéficie des prestations versées par un régime de Sécurité sociale, non à titre personnel mais du fait de ses liens avec l'assuré ;
- L'assurance maladie n'a aucun moyen de vérifier l'existence d'une volonté contraire¹⁰¹⁰ à la communication¹⁰¹¹, sauf dans le cas probablement exceptionnel de volonté expresse énoncée par l'assuré social de son vivant¹⁰¹². Dans le cadre d'éventuels contentieux familiaux indépendants de l'assurance maladie, le risque pour le responsable de la communication de se voir accuser d'une rupture du secret est important. La définition de 2003 du Conseil national de l'Ordre des médecins a envisagé cette question des moyens de preuve du droit à accès à apporter par le demandeur. Il s'agit tout d'abord de confirmer son identité par une copie de la carte d'identité ou du passeport. Il s'agit en sus de démontrer le lien avec le de cujus et le statut d'ayants droit par tout document obtenu auprès du notaire ou de l'Etat civil, d'un certificat de vie commune délivré par la mairie ou d'une déclaration de convention de P.A.C.S. enregistrée auprès du tribunal d'instance.

¹⁰⁰⁹ CADA 23 nov. 2000, *CH de Saint-Egrève*, avis n° 2000-3867: 10^e rapp. 3

¹⁰¹⁰ Dès lors que les conditions sont remplies, l'administration ne peut retenir l'existence d'un conflit entre ayants droit pour refuser l'accès au dossier CADA 27 juin 2002, *Directeur du CH Bretagne-Atlantique*, n° 20022246 LB: *Rapport 2002. 43* ; CE 29 janv. 2003, *Assistance Publique Hôpitaux de Paris*, req. n° 214070: *Dr. adm. 2003, comm. 54 et 184* ; idem si les documents dont la communication est demandée sont susceptibles d'être utilisés dans le cadre d'un litige entre ayants droit, porté devant une juridiction, CE 29 janv. 2003, *Assistance Publique Hôpitaux de Paris*, req. n° 214070: *Dr. adm. 2003, comm. 54 et 184* ; contra Il faut de surcroît que la demande de communication ne provoque pas de dissension entre les ayants droit, CADA 11 janv. 2001, *CHU de Brest*, avis n° 2001-1087: 10^e rapp. 30

¹⁰¹¹ Conclusions Lindon sur Cass. civ. 13/10/70, D., 70, 765, « *Lorsque les documents produits, non par l'intéressé lui-même mais par ses héritiers, sont relatifs à des affections ou à des circonstances revêtant un caractère confidentiel et dont rien ne permet de penser que l'intéressé eu voulu qu'elles soient divulguées même aux dits héritiers.* »

¹⁰¹² CADA 11 janv. 2001, *CHU de Brest*, avis n° 2001-1087: 10^e rapp. 30 ; CADA 19 déc. 2002, *Min. Fonction publ., réforme État et Aménagement territoire*, n° 20024609-CCF: préc. note 28

On voit donc que la transmission de données personnelles de santé aux ayants droit est prévue et encadrée par la loi.

Ce n'est pas clairement le cas pour les demandes émanant des employeurs. Ce droit a fait l'objet d'une jurisprudence très évolutive.

Section 2 Les droits de l'employeur

La communication d'informations est actuellement limitée. Un particularisme existe dans le régime accidents du travail et maladies professionnelles. La transmission des données personnelles de santé présente la spécificité d'être ouverte à l'employeur de façon encadrée.

En effet, l'historique de la création d'un régime spécifique de couverture sociale accidents du travail et maladies professionnelles qui remonte à plus d'un siècle associe, dans le cadre d'une construction originale, un financement par l'employeur des dépenses de santé en échange de droits accrus notamment en ce qui concerne l'information et un encadrement de l'indemnisation du salarié en échange d'une présomption d'imputabilité de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle.

Il est d'ailleurs très fréquemment affirmé, par erreur, au sein de l'assurance maladie, qu'il n'existe pas de secret pour les AT-MP.

Bien évidemment le secret persiste, la transmission pouvant avoir lieu pour des données ayant un lien direct et certain avec l'AT ou la MP, pour les éléments prévus par la loi ou la réglementation et à destination des personnes dont l'intervention est justifiée par la loi. Si nous pouvons nous permettre l'utilisation de termes peu châtiés, les « *mythes ont la peau dure* ».

Sous section 1 La communication d'informations à l'employeur

L'employeur, tenu de délivrer une feuille d'accident nécessaire à l'indemnisation d'un accident du travail¹⁰¹³, peut avoir accès à tout moment à l'ensemble des éléments du dossier administratif, y compris les certificats médicaux non couverts par le secret professionnel.¹⁰¹⁴ C'est à cette condition que les décisions administratives ou judiciaires prises peuvent lui être opposables¹⁰¹⁵. C'est le cas de la procédure de reconnaissance du caractère professionnel d'un accident, d'une maladie ou d'une rechute.

Afin de respecter le principe du contradictoire¹⁰¹⁶, la Caisse doit informer l'employeur de la fin de la procédure d'instruction,¹⁰¹⁷ des éléments susceptibles de lui faire grief, de la

¹⁰¹³ Art. L. 441-5 du code de la sécurité sociale

¹⁰¹⁴ Art. R. 441-13 du code de la sécurité sociale

¹⁰¹⁵ Cass. soc., 14 septembre 2006 - n° 1318 « (...) après avoir constaté que l'employeur avait eu connaissance de l'intégralité du dossier et de l'avis du comité régional avant que le tribunal des affaires de sécurité sociale ne reconnaisse le caractère professionnel de la pathologie (...), de sorte que le caractère contradictoire de la procédure à l'égard de l'employeur avait été respecté (...) »

¹⁰¹⁶ FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII

¹⁰¹⁷ Cass. Civ. 2^{ème}, 17 mars 2010, n° 08-21782 « Mais attendu que les dispositions des articles R. 441-11 et R. 441-13 du code de la sécurité sociale relatives à l'information de l'employeur préalablement à la décision d'une caisse primaire d'assurance maladie sur une demande de prise en charge d'une affection au titre de la

possibilité de consulter le dossier et de la date à laquelle la Caisse prévoit de prendre sa décision.

Les employeurs obtiennent gain de cause devant les juridictions¹⁰¹⁸ lorsqu'ils peuvent prouver qu'ils n'ont pas eu communication du dossier.¹⁰¹⁹ Or les demandes portent systématiquement devant les juridictions du contentieux technique sur le rapport d'évaluation des séquelles indemnisables établi par le praticien conseil suite à consolidation.

La difficulté provient du fait que les services administratifs ne sont en possession que des conclusions et non pas de la totalité du rapport d'évaluation du taux d'incapacité permanente partielle, rapport détenu par le service médical. Seules ces conclusions sont communicables. Les autres documents médicaux, couverts par le secret, ne le sont pas. La loi et la jurisprudence empêchent l'employeur d'accéder de façon générale aux données personnelles de santé de son salarié.¹⁰²⁰

§ 1 Le droit légal à l'accès dans le cadre de la législation de l'assurance maladie

L'article L. 314-1 du code de la sécurité sociale impose au professionnel de santé de mentionner, sur les documents destinés au service du contrôle médical, les éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail ou précisant le motif du déplacement et justifiant le mode de transport prescrit¹⁰²¹ ou les éléments justifiant la réalisation d'actes dans les cas d'entente préalable.

La réglementation des accidents du travail ou des maladies professionnelles à la particularité de prévoir une communication obligatoire d'informations, diagnostic dans les certificats médicaux de déclaration, de prolongation, de guérison ou de consolidation comportant les atteintes séquellaires estimées.

L'employeur peut avoir accès à ces informations.

§ 2 L'obligation d'information renforcée des employeurs

L'ensemble des demandes présentées ci-dessus doit faire évoquer une situation particulière qui concerne l'obligation d'une information renforcée de l'employeur sur le contenu du dossier de gestion des accidents du travail et des maladies professionnelles.

législation professionnelle ne s'appliquent qu'à la décision initiale de la caisse et non à la décision de la caisse prise après mise en œuvre d'une expertise médicale technique à la demande du salarié »

¹⁰¹⁸ Art. R. 441-11 du code de la sécurité sociale

¹⁰¹⁹ Cass. soc., 22 juin 2000, n° 00-2880

¹⁰²⁰ Cass. Soc., 12 mai 2010, n° 09-40997, Non publié au bulletin « viole le principe du secret médical dès lors qu'en vertu des articles 9 du code civil et L. 1110-4 du code de la santé publique [et l'article L. 1225-61 du code du travail] et l'employeur ne pouvait solliciter ni le médecin délivrer d'autres informations sur l'état de santé de l'enfant que celles mentionnées à l'avis d'arrêt de travail remis à la mère »

¹⁰²¹ Art. L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale

Cette étude s'appuie sur le mémoire universitaire réalisé par le Docteur Faucompré, médecin conseil de l'assurance maladie qui a étudié le versant du secret concernant les praticiens conseils.¹⁰²²

Le code de la sécurité sociale¹⁰²³ fait obligation à la Caisse primaire d'assurer l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur afin de respecter le caractère contradictoire de la procédure, notamment sur le déroulement de la procédure d'instruction conditionnant l'ouverture des droits à réparation au titre de la législation professionnelle et donc l'imputation financière de l'entreprise.

Cette information doit être préalable à la reconnaissance de la maladie professionnelle par la Caisse¹⁰²⁴ en application des principes consacrés par les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Que ce soit en reconnaissance d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail¹⁰²⁵, elle correspond à la fin de l'instruction, le respect du contradictoire au cours de cette instruction ne suffisant pas pour faire reconnaître le respect de cette formalité substantielle¹⁰²⁶ sauf lorsque la caisse prend en charge un accident du travail, implicitement, sans recourir à une mesure d'instruction.¹⁰²⁷ Dans ce cas, elle n'est pas tenue de mettre en œuvre les mesures prévues à l'article R. 441-11 du code de la sécurité sociale.¹⁰²⁸

L'information concerne aussi les éventuelles reconnaissances, notamment par le C.R.R.M.P., au titre d'un tableau professionnel différent de celui initialement déclaré et substitué. L'organisme social doit instruire la demande de prise en charge d'une maladie professionnelle sans être tenu par le tableau visé par la déclaration. Il y a obligation d'information sur la substitution avant reconnaissance définitive par la caisse¹⁰²⁹, tout oubli de la caisse la voyant condamnée en cas de recours.¹⁰³⁰

1 Les maladies professionnelles

Le contenu du dossier d'instruction détenu par la Caisse¹⁰³¹ ne comporte pas les pièces médicales détenues par le service médical et qui sont couvertes par le secret.

¹⁰²² FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII, p. 15

¹⁰²³ Art. R. 441-11 du code de la sécurité sociale « *Hors les cas de reconnaissance implicite, et en l'absence de réserves de l'employeur, la caisse primaire assure l'information de la victime, de ses ayants droit et de l'employeur, préalablement à sa décision, sur la procédure d'instruction et sur les points susceptibles de leur faire grief.* »

¹⁰²⁴ C. A. Paris (18e chambre B) 26-09-2002

¹⁰²⁵ Cass., civ. 2^{ème}, 24 mai 2005. N° 03-30378 « (...) attendu que pour déclarer opposable à celui-ci la décision de prise en charge de la maladie professionnelle par la Caisse primaire d'Assurance Maladie l'arrêt retient que cette dernière avait procédé à une enquête administrative dont le déroulement avait été contradictoire, l'employeur ayant été entendu et ayant donné toutes informations utiles ; en quoi elle a violé le texte susvisé ; (...) »

¹⁰²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 21 septembre 2004, n° 03-30277., Bull. 2004, II, n° 404, p. 342

¹⁰²⁷ Cass. Civ 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-12865, Non publié au bulletin

¹⁰²⁸ Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 2205 et 2207

¹⁰²⁹ Cass. Civ 2^{ème}, 17 septembre 2009, n° 08-18703, Publié au bulletin

¹⁰³⁰ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 décembre 2009, n° 08-20593, Publié au bulletin

¹⁰³¹ Art. R. 441-13 du code de la sécurité sociale « *Le dossier constitué par la caisse primaire doit comprendre : 1°) la déclaration d'accident et l'attestation de salaire ; 2°) les divers certificats médicaux ; 3°) les constats faits*

L'article L. 441-6 du code de la sécurité sociale pour les accidents du travail ou l'article L. 461-5 pour les maladies professionnelles définissent l'obligation pour le médecin d'indiquer l'état de la victime, donc la pathologie dont il est atteint et les conséquences de l'accident ou de la maladie professionnelle.

Ils fondent une dérogation légale au secret et permettent ainsi la communication des certificats médicaux prévus aux conditions de l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale.

Cet article définit les pièces relatives à la constitution du dossier accident du travail (A.T.) et maladie professionnelle (M.P.).

Il s'agit :

- De la déclaration d'accident ou la demande de reconnaissance de maladie professionnelle et l'attestation de salaire ;
- Des divers certificats médicaux. Ce sont tous les certificats rédigés par un médecin portant sur l'A.T. ou la M.P., adressés à la C.P.A.M.. Les examens prévus dans la colonne « désignation des maladies » des tableaux des maladies professionnelles¹⁰³² sont un des éléments du certificat faisant le lien entre la maladie et l'activité professionnelle ;
- Les autres documents médicaux éventuellement conservés par le service du contrôle médical qui ont été communiqués par l'assuré ou un professionnel de santé tel que compte rendu d'hospitalisation, compte rendu opératoire ne sont pas des « certificats médicaux » au sens de l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale. De même « *l'avis du médecin spécialiste que le médecin conseil peut solliciter en vertu de l'article D. 461-8 du code de la sécurité sociale, qui constitue un élément du diagnostic, n'a pas à figurer dans les pièces du dossier constitué par les services administratifs de la caisse, en application de l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale, et dont l'employeur peut demander communication (...).* »¹⁰³³ ;
- Des constats faits par la caisse tels que le rapport de l'enquête administrative. Les avis médico-administratifs des praticiens conseils sont des éléments du constat. En revanche leurs observations médicales n'en font pas partie ;
- Des informations parvenues à la caisse de chacune des parties, quelle que soit leur nature, adressées directement à la caisse par la victime ou par l'employeur ;
- Des éléments communiqués par la caisse régionale tels que les éléments de l'enquête effectuée par le service prévention. Ces éléments excluent les informations relevant du secret de fabrication ;
- Du rapport de l'expert technique éventuellement désigné dans le cadre de l'enquête légale¹⁰³⁴ ;
- En ce qui concerne l'enquête légale, toutes les pièces mentionnées à l'article R. 442-15 sont communicables sans restriction, après clôture de l'enquête.

Le contenu de ce dossier fait l'objet de nombreuses discussions dues à une évolution des décisions de la juridiction suprême.

par la caisse primaire ; 4°) les informations parvenues à la caisse de chacune des parties ; 5°) les éléments communiqués par la caisse régionale ; 6°) éventuellement, le rapport de l'expert technique. »

¹⁰³² Par exemple l'audiométrie du tableau 42 concernant les surdités professionnelles

¹⁰³³ Cass. Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2010, n° 09-15629, Non publié au bulletin

¹⁰³⁴ lettre ministérielle DSS – SDFATHM – Bureau AT - n° 85-178 R du 17/02/1986 diffusée par circ. DGR 1921 du 15/04/1986 – BJ.Ib n° 29-86-E3

La Cour suprême a d'abord affirmé qu'aucun document médical couvert par le secret ne pouvait être communiqué à l'employeur¹⁰³⁵, puis elle a défini la possibilité de communication au sens le plus large en admettant la consultation de l'entier dossier médical.¹⁰³⁶ Or la réglementation prévoit une exclusion de la communication du dossier médical détenu par le service du contrôle médical aux caisses.

Il existe donc une contradiction majeure dans la réglementation qui exige la communication d'un dossier médical tout en interdisant à la caisse d'y accéder.

2 Le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles.

La même situation est retrouvée dans la gestion des dossiers de demande de reconnaissance de maladie professionnelle dans le cas particulier des comités régionaux de reconnaissance des maladies professionnelles.

Les C.R.R.M.P. ont été institués par l'article 7-1 de la loi du 27 janvier 1993 portant diverses mesures d'ordre social.¹⁰³⁷ Ils sont composés de médecins hospitalo-universitaires spécialistes de la matière, de médecins inspecteurs du travail et de médecins conseils.

Leurs missions sont d'intervenir dans les cas prévus par l'article L. 461-1, aux 3^{ème} ou 4^{ème} alinéa, conditions exorbitantes de l'instruction d'une demande de maladie professionnelle au titre du 2^{ème} alinéa de cet article qui correspond aux maladies prévues dans les tableaux du code de la sécurité sociale.

Pour les 3^{ème} ou 4^{ème} alinéa, les comités sont chargés d'établir, dans le cadre d'une analyse médicale de la situation, « *le lien direct entre le travail habituel de la victime et la maladie qui figure aux tableaux des maladies professionnelles lorsqu'une ou plusieurs conditions tenant au délai de prise en charge, à la durée d'exposition, ou à la liste limitative des travaux ne sont pas remplies ;* » ou « *le lien direct et essentiel entre le travail habituel et la maladie non désignée dans un tableau de maladie professionnelle lorsqu'elle entraîne le décès de la victime ou une incapacité permanente au moins égale à 66,66 %.* »

Le dossier destiné au comité doit comprendre les pièces prévues à l'art. D. 461-29 du code de la sécurité sociale.¹⁰³⁸

¹⁰³⁵ Cass. Soc., 22 juin 2000. N°98-18312. Bulletin 2000 V N° 244 p. 191 « *alors, 2° que si les Caisses de Sécurité Sociale doivent assurer l'information de l'employeur, elles ne doivent en aucun cas lui adresser les certificats et documents médicaux, qui sont protégés par le secret médical et dont aucun texte ne prévoit que l'employeur doit en être le destinataire ; que l'employeur pourra de toute manière saisir le juge des affaires de Sécurité Sociale, qui aura le pouvoir d'ordonner toute expertise nécessaire pour trancher les contestations de nature médicale dans les conditions prévues par la loi* ».

¹⁰³⁶ Cass. soc., 19 décembre 2002, Bull. V, n° 403 ; 11 mars 2003, pourvoi n° 01-20.263 ; civ. 2^{ème}., 16 septembre 2003, pourvoi n° 02-30.186 « *il résulte de l'article R. 441-11, alinéa 1er du code de la Sécurité Sociale que la CPAM ne peut se prononcer sur le caractère professionnel d'un accident du travail ou d'une maladie qu'après avoir informé l'employeur de la fin de la procédure d'instruction, des éléments recueillis à cette occasion et susceptibles de lui faire grief, ainsi que la possibilité de consulter le dossier médical et de prendre connaissance de la date à laquelle elle envisage de prendre sa décision de prise en charge ou non* » et Cass.civ. 2^{ème}., 14 sept.2004, n° 02-31121 pour la communication d'une expertise médicale

¹⁰³⁷ Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993

¹⁰³⁸ Texte modifié par décret n° 97-950 du 15 octobre 1997, JORF 18 octobre 1997

Ces pièces sont :

- La demande motivée de la victime ou de ses ayants droit en cas de demande suivant un décès de l'assuré et les informations fournies par médecin choisi par la victime comme les certificats, rédigés par le médecin portant sur la maladie professionnelle, adressés par la victime à la caisse primaire, y compris les examens prévus dans les tableaux ;
- Ces certificats sont produits conformément à la dérogation légale¹⁰³⁹ reprise dans les commentaires du conseil de l'Ordre des médecins sur le code de déontologie.¹⁰⁴⁰ En revanche, les documents médicaux¹⁰⁴¹ détenus par le service du contrôle médical ne sont pas des « *certificats médicaux* » tels que listés à l'art. R. 441-13 du code de la sécurité sociale ;
- L'avis motivé du médecin du travail de la ou des entreprises où la victime a été employée portant notamment sur la maladie et la réalité de l'exposition de celle-ci à un risque professionnel présent dans cette ou ces entreprises. Ce document n'est communicable à la victime ou ses ayants droit et à l'employeur que par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet par la victime¹⁰⁴² ;
- Le rapport circonstancié de l'employeur du ou des employeurs de la victime décrivant notamment chaque poste de travail détenu par celle-ci depuis son entrée dans l'entreprise et permettant d'apprécier les conditions d'exposition de la victime à un risque professionnel¹⁰⁴³ ;
- Les conclusions des enquêtes conduites par les caisses. Il s'agit des conclusions telles celles de l'enquête administrative de la C.P.A.M. et éventuellement de celles du service prévention de la caisse régionale d'assurance maladie (C.R.A.M.)¹⁰⁴⁴ à l'exclusion des informations relevant des secrets de fabrication ;
- Le rapport établi par le service du contrôle médical et le cas échéant le rapport d'évaluation du taux d'incapacité permanente de la victime.

Ces documents ne sont communicables à la victime, ou ses ayants droit, et à l'employeur que par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet par la victime ou, à défaut, par ses ayants droit. Ce praticien prend connaissance du contenu de ces documents et ne peut en faire état, avec l'accord de la victime ou, à défaut, de ses ayants droit, que dans le respect des règles de déontologie.

Seules les conclusions administratives auxquelles ces documents ont pu aboutir sont communicables de plein droit à la victime, ses ayants droit et son employeur.

La jurisprudence a d'ailleurs développé les difficultés liées à cette obligation de communication. La Cour de cassation reconnaît que « *si l'avis motivé du médecin du travail et le rapport du service du contrôle médical ne sont communicables à l'employeur que par l'intermédiaire d'un praticien désigné par la victime, cette modalité de communication ne concerne pas les conclusions administratives auxquelles ces documents ont pu aboutir qui sont communicables de plein droit à l'employeur* »¹⁰⁴⁵. Les conclusions administratives du

¹⁰³⁹ Art. L.441-6 et L. 461-5 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁴⁰ art. R. 4127-4 du code de la santé publique

¹⁰⁴¹ Tels que compte rendu d'hospitalisation, compte rendu opératoire...

¹⁰⁴² Ou ses ayants droit

¹⁰⁴³ Circulaire DDRI n° 5/99 ENSM n° 5/99 du 1er mars 1999 non publiée

¹⁰⁴⁴ Devenu depuis C.A.R.S.A.T.

¹⁰⁴⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 10 décembre 2009, n° 08-20593, Publié au bulletin

rapport du service médical constituent un élément susceptible de faire grief à l'employeur doivent figurer au dossier mis par la caisse à la disposition de l'employeur au moment de la saisine du C.R.R.M.P.

Dans la même décision, la Cour reconnaît que la caisse ne disposant pas de conclusions administratives résultant du rapport établi par le service du contrôle médical, elle n'était « *pas tenue de communiquer à l'employeur une pièce qu'elle ne détenait pas et dont l'établissement n'était pas obligatoire* ». ¹⁰⁴⁶

§ 3 L'obligation de respect du formalisme

L'obligation de respect du formalisme dans le contenu du dossier a entraîné de nombreux contentieux.

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, l'avis du médecin-conseil doit figurer au dossier constitué par la caisse en tant qu'il fait partie des éléments susceptibles de faire grief à l'employeur. ¹⁰⁴⁷

Cet avis n'a pas besoin d'être motivé ¹⁰⁴⁸, ni signé. ¹⁰⁴⁹

La communication du dossier est réalisée par la possibilité de consultation du dossier dans les locaux de la Caisse ¹⁰⁵⁰, celle-ci n'étant pas tenue de délivrer copie du dossier. ¹⁰⁵¹

L'absence de respect du formalisme a fait l'objet de très nombreux jugements en défaveur des Caisses de sécurité sociale dont la conséquence est l'impossibilité de recouvrer auprès de l'employeur condamné pour faute inexcusable, la rente majorée et les indemnités prévues à l'article L. 452-1 et suivants du code de la sécurité sociale. ¹⁰⁵²

Sous section 2 la communication dans le cadre du contentieux de la sécurité sociale

Le contentieux de la sécurité sociale, historiquement liée au droit social, présente deux voies principales différentes selon le type de décisions faisant l'objet d'un recours.

¹⁰⁴⁶ Mais elle fini par condamner la caisse qui, suite à le demande de l'employeur a refusé de lui communiquer des documents en arguant qu'ils ne pouvaient être adressés qu'à un médecin désigné par la victime, n'a pas effectué les démarches nécessaires en vue de la désignation d'un praticien par la victime ou ses ayants droit conformément à l'article D. 461-29 al. 4 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁴⁷ Cass. soc., 16 novembre 2004, n° 1759

¹⁰⁴⁸ Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 1114, 1115, 1116 « *la caisse avait envoyé le 21 mai 2002 à l'employeur la copie des pièces constitutives du dossier, notamment l'avis du praticien conseil en date du 16 mai 2002, et avisé le destinataire qu'il pouvait, dans le délai de huit jours, en prendre connaissance et faire parvenir ses observations éventuelles préalablement à la décision, ce dont il résultait que la caisse avait respecté son obligation d'information résultant de l'article R. 441-11 du code de la Sécurité sociale* ».

¹⁰⁴⁹ Cass. soc., 17 janvier 2007, n° 16

¹⁰⁵⁰ Cass. civ. 2^{ème}., 22 mars 2005. n° 03-30682 « *Attendu (...) de la possibilité de consulter le dossier avant la date prévue pour sa décision, la communication de ce dossier n'est soumise à aucune forme particulière ; que la cour d'appel, qui a relevé, par motifs propres et adoptés, que la Caisse soutenait (...) et que la société E (...) avait pu consulter le dossier qu'elle avait constitué dans ses locaux, de sorte qu'elle avait été mise en mesure de contester la décision de la Caisse, a pu en déduire que cette décision lui était opposable ;* »

¹⁰⁵¹ Cass. civ 2^{ème}., 31 mai 2005. n° 04-30006

¹⁰⁵² FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII

S'il s'agit d'un avis médical¹⁰⁵³, le recours correspond à la réalisation d'une expertise médicale telle que définie dans l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale.¹⁰⁵⁴

§ 1 Les voies de recours du code de la sécurité sociale

Le code de la sécurité sociale fait coexister deux voies contentieuses selon que le recours porte sur une décision médicale ou administrative.

1 L'expertise de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale

L'expertise de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale¹⁰⁵⁵ est clairement définie et organisée par la loi et les règlements. Elle est la voie de recours d'un désaccord médical.

Il existe d'autres types d'expertises, soit dans le code de la sécurité sociale, notamment lorsqu'il existe un désaccord sur l'application d'une nomenclature, soit en application générale du droit avec les expertises judiciaires.

1-1 La voie de recours d'un désaccord médical

Le contentieux médical réglé par l'expertise L. 141-1 du code de la sécurité sociale traite des litiges d'ordre médical à propos d'un diagnostic ou d'une thérapeutique et lorsqu'une juridiction compétente en matière de sécurité sociale se trouve confrontée en cours d'instance à un différend d'ordre médical. Il concerne l'assuré social en lui-même et pas un autre intervenant¹⁰⁵⁶.

Chaque fois que le praticien conseil émet un avis défavorable fondé sur un désaccord portant sur l'état du malade, la nature de la maladie et/ou sa prise en charge thérapeutique, la voie de recours est l'expertise médicale prévue à l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale¹⁰⁵⁷. L'objet de l'expertise est alors de trancher un litige d'ordre médical qui fait nécessairement suite à la notification par la caisse d'affiliation d'un avis défavorable d'ordre médical.¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵³ Même si conformément à l'article L. 315-2 du code de la sécurité sociale « *Les avis rendus par le service du contrôle médical portant sur les éléments définis au I de l'article L. 315-1 s'imposent à l'organisme de prise en charge (...)* », les praticiens conseils ne peuvent émettre qu'un avis, la décision finale opposable relevant de la Caisse primaire

¹⁰⁵⁴ Art. L. 141-1 du code de la sécurité sociale « *Les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime, et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie professionnelle et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, à l'exclusion des contestations régies par l'article L. 143-1, donnent lieu à une procédure d'expertise médicale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. (...)* ». Une contestation portant sur l'application des nomenclatures n'en relève pas et peut être soumise à l'expertise prévue à l'article L. 141-2-1 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁵⁵ Guide de l'expertise de la sécurité sociale, CNAMTS, novembre 2006, 53 p. non publié

¹⁰⁵⁶ Ce qui signifie qu'un recours déposé par un employeur sur un état de santé de son salarié ne relève pas de l'expertise de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁵⁷ « *Chaque fois que le praticien conseil émet un avis défavorable fondé sur un désaccord portant sur l'état du malade, la nature de la maladie et/ou sa prise en charge thérapeutique, la voie de recours est l'expertise médicale prévue à l'article L. 141-1 css. L'objet de l'expertise est alors de trancher un litige d'ordre médical qui fait nécessairement suite à la notification par la caisse d'affiliation d'un avis défavorable d'ordre médical.* »

¹⁰⁵⁸ Art. L. 141-1 du code de la sécurité sociale « *Les contestations d'ordre médical relatives à l'état du malade ou à l'état de la victime et notamment à la date de consolidation en cas d'accident du travail et de maladie*

Les missions définies à l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale amènent les praticiens conseils à donner des avis sur les éléments d'ordre médical qui permettent l'attribution et le service des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité ainsi que de celles concernant les accidents du travail et les maladies professionnelles.¹⁰⁵⁹

Les avis rendus dans le cadre de ces prestations par le service du contrôle médical s'imposent à l'organisme de prise en charge.¹⁰⁶⁰

En effet, le recours à l'expertise médicale suppose l'existence d'une contestation d'ordre médical¹⁰⁶¹ portant sur l'état de l'assuré en assurance maladie ou de la victime en accident du travail ou sur la thérapeutique proposée.

L'expertise de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale doit respecter, pour sa réalisation, les conditions de l'article R. 141-4 et suivants du code de la sécurité sociale.

Selon ces articles, en ce qui concerne le respect de l'obligation d'information, le médecin expert doit informer de façon large le malade ou victime du déroulement de l'expertise, le médecin traitant et le médecin conseil qui peuvent assister aux opérations.

En ce qui concerne la communication d'informations, le rapport du médecin expert doit comporter le rappel du protocole établi conjointement par le médecin traitant et le médecin conseil, l'ensemble des éléments, notamment médicaux, portés à sa connaissance. Ce rapport est adressé au service du contrôle médical qui doit en adresser une copie intégrale soit à la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, soit au médecin traitant du malade.

Ces conditions ne prennent pas en compte la possibilité pour l'assuré de demander à tout moment communication de son dossier.

1-2 L'origine de la demande

La demande de réalisation peut provenir de plusieurs intervenants.

1-2-1 La demande de l'assuré social

La demande peut émaner du malade en assurance maladie ou la victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle¹⁰⁶² ou de la caisse en la personne du praticien conseil¹⁰⁶³. La demande de l'assuré doit comporter l'objet de la contestation et le nom et l'adresse du praticien désigné par le patient à l'occasion de ce litige.

professionnelle et celles relatives à leur prise en charge thérapeutique, à l'exclusion des contestations régies par l'article L. 143-1, donnent lieu à une procédure d'expertise médicale dans les conditions fixées par décret en Conseil d'Etat. »

¹⁰⁵⁹ Guide de l'expertise de la sécurité sociale, CNAMTS, novembre 2006, p. 1 non publié

¹⁰⁶⁰ Art. L. 315-2 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁶¹ Cass. soc., 4 avril 1996, n° 94-12062 et 94-15785 ; 26 octobre 2000, n° 98-22211 ; 18 mars 2003, n° 01-17152 En l'absence de la notification préalable à la victime de la date de consolidation que la caisse entend retenir, aucune expertise ne peut être mise en œuvre, faute de contestation possible sur la date de consolidation

¹⁰⁶² Rien ne s'oppose à ce que la demande d'expertise soit établie par le praticien traitant dès lors que celui-ci agit en plein accord avec l'assuré Cass. soc., 15 janvier 1976, 1^{er} esp., n° 74-12841 : Bull. civ. V, n° 33 p. 27

¹⁰⁶³ Art. R. 141-1 du code de la sécurité sociale

1-2-2 Le tribunal des affaires de sécurité sociale

Cette expertise peut être également ordonnée par les juridictions compétentes en matière de sécurité sociale, Tribunal des affaires de sécurité sociale (T.A.S.S.) ou Chambre sociale de la Cour d'appel afin d'éclairer leur décision. Le T.A.S.S., lorsqu'il est saisi d'une demande portant sur un refus de prestation, peut constater l'existence d'une difficulté d'ordre médical relative à l'état du malade. Il doit, pour statuer, mettre en œuvre une expertise relevant de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale.¹⁰⁶⁴

Classiquement, on utilise l'expression d'expertise demandée en première intention ou en seconde intention¹⁰⁶⁵.

Expertise demandée « en première intention »

Le T.A.S.S., lorsqu'il est saisi d'une demande portant sur une prestation relevant du risque maladie ou du risque professionnel, peut constater, en cours d'instance, une difficulté d'ordre médical relative à l'état du malade. Il doit, pour statuer, mettre en œuvre une expertise relevant de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale.¹⁰⁶⁶

Expertise demandée « en seconde intention »

A la suite d'une première expertise, l'assuré peut ne pas être satisfait des conclusions ou de l'application faite par la caisse de l'avis de l'expert. Il lui est alors possible de contester la portée de l'avis de l'expert devant la commission de recours amiable puis devant le tribunal des affaires de sécurité sociale.

1-3 La désignation de l'expert

La désignation de l'expert est réalisée conjointement entre le praticien traitant et le praticien conseil du service du contrôle médical placé auprès de la Caisse primaire d'assurance maladie. A défaut d'accord, le directeur général de l'agence régionale de santé désigne l'expert parmi les médecins inscrits dans la liste de la Cour d'appel ou de la Cour de cassation sous la rubrique « Experts spécialisés en matière de sécurité sociale ».¹⁰⁶⁷

La désignation de l'expert doit respecter un certain nombre de conditions.

Ainsi, l'expert dans certaines situations être choisi parmi les médecins spécialistes ou compétents pour l'affection considérée. Il ne doit pas avoir soigné le malade ou la victime,

¹⁰⁶⁴ Cass. soc. 1^{er} février 2001, Arrêt n° 441, Pourvoi n° 99-18.136 ; Cass. soc. 21 mars 2002, Arrêt n° 1059, Pourvoi n° 00-17.132. Dans le même sens, des décisions rejetant la notion d'expertise L. 141-1 du code de la sécurité sociale ; Cass. soc. 16 mai 2002, n° 00-17253 aucune difficulté d'ordre médical n'est soulevée ; Cass. soc. 8 mars 1973 , n° 71-14655 questions portant sur le coût du traitement, de travaux relevant, ou non, des tableaux des maladies professionnelles ; la recherche de conditions d'exposition ; Cass. soc. 11 juillet 1996 ou reconnaissance de maladies professionnelles Cass. soc. 22 mai 1984, 24 juin 1987

¹⁰⁶⁵ Voir LAPORTE D., STAMM E., *Guide de l'expertise médicale*, CNAMTS, novembre 2006, 45 p.

¹⁰⁶⁶ Les litiges entre caisse et employeur portant sur l'imputabilité d'une lésion relèvent d'une expertise judiciaire indépendante de l'expertise L.141-1 css

¹⁰⁶⁷ Art. R. 141-1 du code de la sécurité sociale

être attaché à l'entreprise où travaille le malade, avoir un lien de famille avec l'assuré ou être un praticien conseil de la sécurité sociale.

Dès le médecin expert désigné, une communication d'informations est mise en œuvre par la rédaction d'un protocole mentionnant obligatoirement les avis du médecin traitant et du médecin conseil.¹⁰⁶⁸

Il y a donc obligation de transmission d'information dans la limite des données concernant spécifiquement le contentieux en cours. La communication d'informations ne relevant pas spécifiquement de la situation médicale faisant l'objet du contentieux serait une violation du secret du fait de l'absence de justification¹⁰⁶⁹.

1-4 Le protocole d'expertise

Le protocole¹⁰⁷⁰, fondement de l'expertise L. 141-1 du code de la sécurité sociale, doit comporter obligatoirement un certain nombre d'éléments dont l'avis du praticien désigné par l'assuré social pour l'assister dans la démarche et l'avis du praticien conseil. Ces avis doivent être précis et argumentés et comporter tous les éléments ayant amené le professionnel de santé thérapeute à initier la démarche de soins faisant l'objet d'un refus tels que prescriptions d'arrêt de travail, certificat concernant un accident de travail ou une maladie professionnelle, prescriptions ou demande d'accord préalable et les arguments produits par le praticien conseil à l'appui de son avis.

La préparation et la gestion du protocole incombent au service du contrôle médical. Ce service adresse le projet de protocole au praticien désigné par l'assuré, le praticien conseil du service du contrôle médical ayant mentionné l'ensemble des éléments à l'appui de son avis. Il a donc la possibilité de communiquer au praticien désigné et à l'expert copie des pièces concernant le litige et obtenues de façon légitime ainsi que tous les autres éléments nécessaires à l'avis de l'expert. En effet, l'expertise peut être frappée de nullité si l'expert ne dispose pas de tous les éléments lui permettant de rendre un avis pertinent¹⁰⁷¹, que ces éléments ne lui aient pas été transmis ou qu'ils aient été insuffisants.

1-5 La réalisation de l'expertise

La réalisation de l'expertise doit respecter un formalisme strict¹⁰⁷². L'expert qui a accepté sa mission, dès réception du protocole, convoque les parties en demandant au patient de se munir de tous documents en sa possession et/ou, le cas échéant, de les solliciter auprès des professionnels les détenant. Ce n'est pas à lui de les demander directement aux professionnels concernés.

¹⁰⁶⁸ Art. R. 141-3 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁶⁹ CARDONA J., DALIGAND L LAMOTHE P., THILHET-COARTET S., MALICIER D., « Ethique et expertise », Journal de médecine légale, droit médical 1998 ; 41, 3-4 : 274-8

¹⁰⁷⁰ Art. R. 141-3 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁷¹ Cass. soc., 28 mars 1960 ; 7 novembre 1959

¹⁰⁷² Art. R. 141-1, R. 141-4, R. 142-24-1 du code de la sécurité sociale ; Art. R. 4127-105 à 108 du code de la santé publique pour la déontologie des médecins ; Art. R. 4127-256 à 258 du code de la santé publique pour la déontologie des chirurgiens dentistes

Cette communication des informations aux parties est essentielle. En effet, chaque partie avoir la faculté non seulement de faire connaître les éléments qui sont nécessaires au succès de ses prétentions, mais aussi de prendre connaissance et de discuter toute pièce ou observation prises en considération par l'expert ou présentée au juge en vue d'influencer sa décision avant même que le rapport ne soit achevé et communiqué.¹⁰⁷³

L'expert réalise l'examen du malade ou de la victime après avoir pris connaissance du protocole d'expertise et de l'ensemble des éléments fournis. L'anamnèse et les doléances du patient ou éventuellement de son entourage ainsi que le résultat de l'examen médical doivent être intégrés dans le rapport.

L'expert procède ensuite à une discussion à partir des éléments qui lui ont été transmis¹⁰⁷⁴ qu'il a recueilli lors de l'interrogatoire et l'examen du malade ou de la victime et qui ont été versés par les parties à l'occasion de l'expertise.¹⁰⁷⁵

Tous les éléments nouveaux pouvant être communiqués par les parties présentes doivent être mentionnés dans le rapport d'expertise.¹⁰⁷⁶ L'expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise et qui ne concerne pas le recours.

En sus du rapport, l'expert doit rédiger des conclusions motivées. Normalement, il doit les adresser au praticien conseil et au praticien désigné ou à la victime elle-même en accident de travail ou maladie professionnelle. Même si elle est conforme à la lettre au code de la sécurité sociale, cette communication limitée n'est plus conforme à la pratique. Le rapport peut être adressé directement à l'assuré sur sa demande aussi en assurance maladie. Il pourra ainsi le produire et l'adresser au tribunal avec sa requête introductive d'instance en cas de recours.¹⁰⁷⁷

1-6 Conclusions et rapport d'expertise

Les conclusions motivées répondant à la question mais ne comportant pas d'élément d'ordre médical sont adressées selon le cas à la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, au service du contrôle médical, au médecin traitant et à la caisse.¹⁰⁷⁸

¹⁰⁷³ CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France §33 ; CEDH 18 mars 1997, Mantovanelli c/ France §36 ; Cass soc 12 décembre 2002, Arrêt n° 3708, Pourvoi n° 01-20348 « *Vu l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ensemble, l'article 16 du nouveau code de procédure civile ; Attendu que toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement ; que cette exigence implique que chaque partie ait la faculté de prendre connaissance et de discuter de toute pièce ou observation présentée au juge en vue d'influencer sa décision* » mais Contra, deux arrêts rendus dans le cadre de l'assurance vie ; Cass civ 1^{ère} 15 juin 2004 ; Cass civ 1^{ère} 7 décembre 2004, « *En l'absence de dispositions législatives spécifiques, un juge ne peut contraindre un médecin à lui transmettre (ou à transmettre à l'expert) des informations couvertes par le secret dès lors que la personne ou ses ayants droit s'y sont opposés,(...) le secret médical constituant un empêchement légitime.* »

¹⁰⁷⁴ Protocole et pièces annexées

¹⁰⁷⁵ Art. R. 141-4 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁷⁶ Articles R. 4127-108 du code de la santé publique pour les médecins et R. 4127-258 pour les chirurgiens dentistes

¹⁰⁷⁷ Articles L. 1111-7 du code de la santé publique et L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale

¹⁰⁷⁸ Art. R141-4 du code de la sécurité sociale

Après réalisation de l'expertise, l'expert rédige un rapport qui doit contenir les mentions essentielles dont l'absence est susceptible d'entraîner la nullité de l'expertise. Il s'agit notamment du rappel du protocole avec l'exposé des avis du praticien désigné et du praticien conseil et l'exposé des constatations faites, au cours de l'examen, par l'expert. Le rapport d'expertise est adressé à l'assuré en accident du travail ou maladie professionnelle.¹⁰⁷⁹ En maladie, le rapport d'expertise doit être transmis au praticien désigné mais il peut l'être aussi directement à l'assuré sur sa demande.

Le contenu du rapport d'expertise relève de la responsabilité de l'expert et l'obligation de respect du secret pèse sur l'expert¹⁰⁸⁰.

Pour garantir à toute victime ses droits en justice dans le respect de ce secret, il appartient au juge de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades ou consultants dont les dossiers médicaux doivent être examinés.¹⁰⁸¹

La mission de l'expert trouve sa limite dans l'accord de la personne concernée. Le juge ne peut ordonner à un tiers de communiquer à l'expert des documents nécessaires lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés. Il appartient alors au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence.¹⁰⁸²

La question fréquemment posée est celle de la possibilité de transmission d'information à l'expert.

L'assuré social demandeur ayant déposé un recours peut amener de lui-même des informations. Nous avons vu dans le premier titre de cette partie qu'il avait droit à un accès direct à l'ensemble de son dossier détenu par le service du contrôle médical. Il semble logique de considérer qu'il relève de sa compétence de fournir les éléments à l'appui de sa demande ce qui permet le respect de son droit à maîtriser la transmission.

Il semble tout aussi logique de reconnaître au praticien conseil la possibilité de communiquer à l'expert les éléments de l'information médicale motivant sa décision, ceci dans la limite strictement encadrée des éléments utiles aux recours.

La question de la communication à un expert dans le cadre d'un contentieux initié par l'employeur est plus complexe. Elle a entraîné de nombreux contentieux et une évolution de la législation faisant suite à une jurisprudence instable.

Le conseil national de l'Ordre des médecins affirme que les praticiens conseils ne sont pas autorisés à communiquer des renseignements médicaux concernant un assuré social à un expert.¹⁰⁸³

¹⁰⁷⁹ Art. L. 1111-7 du code de la santé publique et L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale

¹⁰⁸⁰ MALICIER D., LAMOTHE J., DALIGAND L., PANETTA C., « Droits de la victime et expertise civile, Ouvertures », La Revue du Praticien, 2000, 50, p. 121

¹⁰⁸¹ Cass. civ.1^{re}, 18 mars 1997, Bull. 1997, n° 99, p. 65, pourvoi n° 95-12.576

¹⁰⁸² Cass. Civ.1^{re}, 15 juin 2004, Bull. 2004, I, n° 171, p. 142, pourvoi n° 01-02.328

¹⁰⁸³ L'Ordre évoque notamment en référence l'article L. 162-2 du code de la sécurité sociale, l'article L. 1110-4 et R. 4127-4 du code de la santé publique et 226-13 du code pénal

En revanche, la totalité des juges estiment que la communication d'informations à un expert est non seulement nécessaire mais aussi conforme à la réglementation, l'expert étant habilité à accéder aux données puisqu'il est soumis lui aussi au secret et est à même de faire la sélection entre les différents éléments pouvant faire l'objet d'une protection.

Il a été depuis conclu par la Cour de cassation que, de façon générale, le secret de la réalisation de l'expertise placée sous la responsabilité de l'expert se substituait à celui plus général du secret médical. Cette décision semble entraîner une certaine unanimité de la part des juges des tribunaux de l'incapacité qui voient ainsi un moyen aisé de résoudre une difficulté déjà ancienne provoquée par la loi, ceci afin de protéger un débat contradictoire au sens de l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Néanmoins, cette affirmation de portée générale ne semble pas avoir pris en compte les évolutions du code de la santé publique en ce qui concerne les droits de l'assuré sur ses données.

Certaines questions restent posées.

C'est d'abord celle de l'association du respect des droits de la personne et du respect des droits de la défense.¹⁰⁸⁴ En effet, la communication d'information à la victime d'un accident de travail ou d'une maladie professionnelle, suite à une décision par laquelle une caisse primaire attribue un taux d'incapacité permanente (I.P.) à un assuré, fait dans le même temps grief à son employeur puisque le capital représentatif de rente va être imputé à son compte pour le calcul de son taux de cotisation.¹⁰⁸⁵ L'employeur est ainsi admis à contester cette décision.¹⁰⁸⁶

C'est surtout pour les praticiens conseils la nécessité de la certitude du respect de la loi en cas de transmission des données personnelles de santé et donc de leur protection en cas de contentieux.

Si l'on peut considérer que les pratiques des recours dans le cadre de l'expertise L. 141-1 du code de la sécurité sociale sont actuellement clairement encadrée, il est important de développer les autres situations contentieuses au cours desquelles les pratiques restent moins encadrées.

2 Les autres expertises du code de la sécurité sociale

La loi prévoit d'autres types d'expertise qui correspondent chacune à des situations pratiques précises, ces expertises de procédures différentes ne pouvant se substituer les unes aux autres.

¹⁰⁸⁴ Sur le point d'une distinction entre droit de la défense et contradictoire GOHIN O., La contradiction hors de l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, La contradiction avant l'article 6 § 1, RFDA 2001 p. 2

¹⁰⁸⁵ Art. L. 143-1, 2 du code de la sécurité sociale

¹⁰⁸⁶ Art. D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale

2-1 L'expertise de nomenclature

La réglementation fait clairement la distinction entre les recours médicaux sur l'état de santé de l'assuré après avis du praticien conseil et les recours portant sur d'autres sujets. L'expertise en matière de nomenclature prévue à l'article R 142-24-3 du code de la sécurité sociale ne relève pas de la procédure de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale. Elle peut être mise en œuvre en cas de difficulté d'ordre technique portant sur l'interprétation des dispositions des nomenclatures.¹⁰⁸⁷ L'expert est désigné par le tribunal et alors choisi sur la liste nationale des experts spécialisés en matière de nomenclature.

2-2 L'expertise médicale judiciaire

L'article 16 du Nouveau code de procédure civile rappelle le principe du contradictoire, principe fondamental qui s'impose aux opérations d'expertise¹⁰⁸⁸ dès lors que celle-ci peut avoir une influence prépondérante sur la décision du juge.¹⁰⁸⁹ Ce principe du contradictoire doit être tempéré, notamment en matière de secret médical car ce secret peut se combiner avec l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme qui définit un droit à un procès équitable. Ainsi, le fait pour un médecin que les parties au litige ont désigné de communiquer des renseignements d'ordre médical à l'expert ne méconnaît pas le principe du droit à un procès équitable.¹⁰⁹⁰

La seule possibilité est de demander aux juridictions d'ordonner une expertise médicale judiciaire.¹⁰⁹¹ L'expertise technique prévue par l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale ne concerne qu'un désaccord entre caisse primaire et assuré social, l'employeur ne peut user d'un tel recours.¹⁰⁹²

Les juges du fond apprécient souverainement l'opportunité d'une mesure d'expertise¹⁰⁹³ et peuvent être amenés à exiger de la part de l'employeur un commencement de preuve.¹⁰⁹⁴

¹⁰⁸⁷ Nomenclature Générale des Actes Professionnels, Nomenclature des Actes de Biologie Médicale

¹⁰⁸⁸ Voir entre autres Cass. civ 2^{ème}, 1er juin 1994, *Sté Tréfinétaux c/ Felicianni et autres*, Bull. cass. II, n° 146 ; Cass. civ 2^{ème}, 18 juin 1997, *Sté Fancom c/ GAEC des Peupliers et autres*, Bull. cass. II, n° 195, p. 115 ; *Gaz. Pal.* 13-15 septembre 1998, recueil de procédure civile, p. 18

¹⁰⁸⁹ CEDH 18 mars 1997, *Epx Mantovanelli c/ France*, à propos d'une expertise devant la juridiction administrative, l'article 6 § 1 ayant vocation à être invoqué devant toute juridiction

¹⁰⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, *Audat et autres c/ Fortat et autres*, Bull. cass. I, n° 99, pp. 65-66 ; *Gaz. Pal.* 3-4 décembre 1997, pan. p. 17

¹⁰⁹¹ Les recours émanant des assurés relèvent de l'expertise technique prévue à l'article L. 141-1 Css qui doit être réalisée conformément aux conditions de l'article R. 141-2 Css

¹⁰⁹² Cass. Civ 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 09-70889, Non publié au bulletin, « *Attendu que la contestation qui oppose l'employeur à l'organisme social sur le caractère professionnel d'un accident ne relève pas de la procédure d'expertise prévue à l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale* »

¹⁰⁹³ Cass. Civ. 2^{ème}, 5 juill. 2005, n° 03-30.641, non publié « *Mais attendu qu'appréciant souverainement les éléments versés aux débats, la cour d'appel a ainsi, sans encourir les griefs du moyen, pu décider qu'une expertise médicale judiciaire était inutile (...)* » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 2004, n° 02-15.211, Condition de recevabilité d'une demande d'expertise, AJDI 2004 p. 745 « *Mais attendu que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a estimé souverainement que l'allégation des consorts X tenant à l'impossibilité de produire des éléments de preuve* »

¹⁰⁹⁴ Contra Cass.soc., 27 mai 1999, n° 97-22.281, Bulletin 1999, V, n° 242, p. 176 « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la société Manpower ne pouvait disposer d'aucun document lui permettant d'apprécier le bien-fondé des décisions de prise en charge arrêtées par la Caisse, auxquelles elle n'avait pas été partie, la cour d'appel*

Même si dans le cadre d'une instance en cours, le juge peut ordonner une mesure d'instruction à partir de l'instant où il ne dispose pas d'éléments suffisants pour statuer¹⁰⁹⁵, une mesure d'instruction ne peut « (...) être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve ». ¹⁰⁹⁶

3 Le recours contre une décision administrative

S'il s'agit d'une décision administrative, l'article L. 142-1 du code de la sécurité sociale définit l'organisation du contentieux général de la sécurité sociale qui règle les différents auxquels donne lieu l'application des législations et règlements de sécurité sociale et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux. ¹⁰⁹⁷

Les commissions de recours amiable, le tribunal des affaires de sécurité sociale, la cour d'appel et la possibilité de cassation correspondent au contentieux général.

Le contentieux technique de la Sécurité Sociale¹⁰⁹⁸ est compétent pour les recours portant sur l'évaluation de la gravité notamment des séquelles faisant suite à un accident ou une maladie professionnelle. Il est défini pour sa partie législative par les articles L. 143-1 et suivants et pour sa partie réglementaire par les articles R. 143-1 et suivants du code de la sécurité sociale.

Les contestations ont lieu en première instance devant les tribunaux du contentieux de l'incapacité (T.C.I.) et en appel devant la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail (C.N.I.T.A.A.T.).

En assurance maladie, les litiges concernent la catégorie d'invalidité, catégorie 1 avec capacité de travail maintenue, catégorie 2 avec absence de capacité de travail pouvant coïncider avec la nécessité de l'assistance d'une tierce personne pour les actes de la vie ordinaire dans la catégorie 3.

En accident du travail et en maladie professionnelle, les litiges concernent l'état d'incapacité permanente et son taux attribué par la caisse, la prise en compte du retentissement professionnel par l'attribution d'une majoration dite « coefficient professionnel », la majoration de rente pour assistance d'une tierce personne nécessaire pour les actes de la vie ordinaire.

Il peut y avoir aussi contestation par l'employeur du taux d'incapacité partielle attribué par la caisse, suite à l'évaluation médicale réalisée par le médecin conseil, lorsque celui-ci a une

n'avait pas donné de base légale à sa décision au regard du texte susvisé (...)». L'employeur étant financièrement intéressé, ayant accès au dossier sur sa demande et pouvant émettre des réserves ne peut être considéré comme n'étant pas partie. La Cour d'appel semblait avoir omis de vérifier la bonne communication des pièces entre caisse et employeur

¹⁰⁹⁵ Art. 144 NCPC

¹⁰⁹⁶ Art. 146 NCPC

¹⁰⁹⁷ T. C., 20 novembre 2006, n° 3531 Un litige opposant un assuré à un praticien conseil et portant sur l'application de la réglementation de sécurité sociale relève de la compétence de l'ordre judiciaire

¹⁰⁹⁸ Art. L. 143-1 à L. 143-4, L. 144-1, L. 144-2, R. 143-1 à R. 143-34 et R. 144-1 à R. 144-7 du code de la sécurité sociale

incidence sur ses cotisations¹⁰⁹⁹ et, en sus spécifiquement devant la C.N.I.T.A.A.T., suite à la fixation par l'assurance maladie du taux de cotisation des employeurs.

Il y a enfin possibilité de contestation sur les conditions de réalisation d'un accident du travail ou de la survenue d'une maladie professionnelle. Ces recours sont portés devant les juridictions générales du droit de la sécurité sociale que sont les tribunaux des affaires de sécurité sociale afin de voir modifiée la décision prise initialement par la caisse primaire.

La particularité des ces contentieux repose sur l'association d'un avis médical portant sur des données de santé et d'une décision administrative. Le tribunal peut donc être amené à devoir mettre en œuvre une mesure d'instruction portant sur un point médical afin d'être suffisamment éclairé¹¹⁰⁰.

1-1 L'historique du contentieux technique

Les difficultés liées à la communication de pièces médicales sur demande des employeurs ont fait l'objet de développements plus particuliers dans le cadre des juridictions du contentieux technique¹¹⁰¹.

1-1-1 Un défaut de composition

Initialement, ces juridictions étaient présidées par le représentant de l'Etat, Directeur Régional de l'Action Sanitaire et Sociale¹¹⁰², fonctionnaire des services déconcentrés de l'Etat et tutelle des services de l'Assurance Maladie.

La jurisprudence de la Cour de cassation

La chambre sociale de la Cour de cassation avait d'abord jugé que la procédure devant la C.N.I.T.A.A.T. était conforme aux exigences de l'article 6 § 1 de la Convention, tant en ce qui concernait le droit à un tribunal indépendant et impartial eu égard à la composition de la C.N.I.T.A.A.T., que le respect du principe du contradictoire devant elle concernant des pièces médicales non communiquées aux parties et sur lesquelles elle avait fondé sa décision.¹¹⁰³

Cette position a fait l'objet de revirements aboutissant à une solution contraire.

Ainsi, la chambre sociale de la Cour de cassation a jugé en 1998 que le Tribunal du contentieux de l'incapacité n'était pas un tribunal indépendant et impartial, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention, en ce qu'il était présidé par un fonctionnaire soumis à une autorité hiérarchique ayant des liens avec la caisse d'assurance maladie, partie au litige.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁹ DEL SOL M., « Contentieux des cotisations des accidents du travail » ; Études Francis Lefebvre, octobre 2003

¹¹⁰⁰ L'expertise peut même être obligatoire lorsque le désaccord porte sur une question médicale

¹¹⁰¹ DALIGAND L., CARDONA J., FASQUEL D., JACQUES M.-C., MARVALIN S., REY A.-M., SCHORLE E., TERRASSON de FOUGERES G., *Sécurité Sociale Connaissance et pratique, collection des abrégés*, Ed. Masson, Paris, 5^{ème} actualisée, 2001, Contentieux technique pp. 116-119

¹¹⁰² Ancien article R. 143-4 du code de la sécurité sociale

¹¹⁰³ Cass. soc. 28 mai 1998, *Bull.* n° 290 ; *RJS* 1998, n° 921 ; *JCP E* 1998, pan. p. 1123, obs. F. Taquet

¹¹⁰⁴ Cass. Soc. 17 décembre 1998 (*RJS* 1999, n° 436),

Dans les suggestions de modifications législatives ou réglementaires contenues dans son rapport annuel pour 1998, publié en avril 1999, la Cour de cassation avait exprimé ses doutes quant à la compatibilité de la procédure devant la C.N.I.T.A.A.T. avec les garanties du droit à un procès équitable telles qu'énoncées par l'article 6 § 1 de la Convention en raison :

- de la composition de la juridiction¹¹⁰⁵, intégrant, en particulier, des fonctionnaires¹¹⁰⁶ intégrés dans une hiérarchie, en violation du droit à un tribunal indépendant et impartial ;
- du fait qu'elle statuait uniquement sur pièces, en violation du principe de la publicité¹¹⁰⁷ de la procédure¹¹⁰⁸ ;
- de l'examen préalable du dossier par le médecin qualifié, en ce qu'il était soustrait au principe du contradictoire¹¹⁰⁹ en l'absence de communication de son avis aux parties¹¹¹⁰. A cet égard, la Cour de cassation estimait que, même si le médecin qualifié n'a pas la qualité d'expert, la communication de son avis à un médecin que le justiciable a été invité à désigner devrait être envisagée.

Par cinq arrêts en date du 22 décembre 2000¹¹¹¹, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a opéré un revirement de jurisprudence.

Dans ses conclusions pour quatre de ces affaires, destinées à la Cour de cassation, l'avocat général Lyon-Caen a relevé :

“ Il est manifeste que les fonctionnaires qui siègent à la CNITAAT, non seulement ne bénéficient d'aucune garantie spécifique quant à leur liberté de décision dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle, mais que le ministre qui dirige l'administration dont ils dépendent exerce une tutelle sur la Sécurité sociale au travers d'une direction de son ministère et des directeurs régionaux des affaires sanitaires et sociales, lesquels exercent eux-mêmes, au nom de l'Etat, sous l'autorité du préfet de région, leur tutelle sur les caisses primaires de sécurité sociale de leur circonscription.

Or ce sont bien les décisions des caisses de sécurité sociale qui sont en cause devant la CNITAAT, celles-ci étant elles-mêmes le plus souvent parties à la procédure (...)

¹¹⁰⁵ Même situation en ce qui concerne les juridictions du contentieux du contrôle technique CE, 14 janvier 1998, Syndicat des médecins d'Aix et région, n° 184 735 ; CEDH Diennet c/ France, 26 septembre 1995, n° 25/1994/472/553 ; CEDH Ouendeno c/ France, 9 janvier 2001, n° 39 996/98

¹¹⁰⁶ Mais l'obligation des Etats de mettre en œuvre des obligations positives concerne aussi les personnes morales de droit privé; FLAUSS J.-F., Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (janvier- avril 1994), AJDA © Editions Dalloz 2009, p 511

¹¹⁰⁷ FLAUSS J.-F., Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme : l'année 1991, AJDA 1992 p. 15

¹¹⁰⁸ Sur la publicité de débats voir CEDH 20 mai 1998, Gautrin et autres c/ France, § 42: Rec. 1998-III ; 26 sept. 1995, Diennet c/ France, § 33: préc. note 29-3 ; 22 févr. 1984, Sutter c/ Suisse, § 26: Série A n° 74 ; 8 déc. 1983, Pretto et autres c/ Italie, § 21: Série A n° 71; RSC 1984. 140, obs. Pettiti; Ann. fr. dr. int. 1984. 453, obs. Pelloux; JDI 1985. 228, obs. Rolland et Tavernier ; 24 nov. 1997, Werner c/ Autriche, § 45: préc. note 16 ; 8 déc. 1983, Axen c/ Allemagne, § 25: Série A n° 72; RSC 1984. 139, obs. Pettiti; Ann. fr. dr. int. 1984. 451, obs. Pelloux; JDI 1985. 228, obs. Rolland et Tavernier

¹¹⁰⁹ KOERING-JOULIN R., « Article 6-1. Contestation sur un droit de caractère civil, publicité et impartialité », Revue de science criminelle 1996 p. 481 A propos de l'affaire *Diennet c/ France* (26 septembre 1995, série A, n° 325-A)

¹¹¹⁰ CEDH 20 févr. 1996, Lobo Machado c/ Espagne, § 93: Rec. 1996-I ; CEDH 15 juin 1992, Lüdi c/ Suisse, § 47: préc. note 122 ; 20 nov. 1989, Kostovski c/ Pays-Bas, § 41: Série A n° 166; Ann. fr. dr. int. 1991. 602, obs. Coussirat-Coustère; JDI 1990. 738, obs. Rolland et Tavernier. CEDH 19 déc. 1990, Delta c/ France, § 36 note 122, V. également CEDH 9 juin 2001, Atlan c/ Royaume-Uni: JDI 2001. 270, obs. Bachelet ; 2 oct. 2001, G.B. c/ France: JDI 2001. 270, obs. Bachelet

¹¹¹¹ Cass. Ass. Plén. 22 déc. 2000 (*Bull.* n° 12 ; *RJS* 2001, n° 366),

Le fait que ces fonctionnaires sont nommés sans limitation de durée et qu'il peut ainsi être mis fin, à tout instant, à leur activité juridictionnelle, renforce leur précarité et ajoute, au doute sur l'impartialité, la fragilité sur le terrain de l'indépendance.

(...) En ce qui concerne les autres catégories de membres de la CNITAAT, leur nomination par le ministre chargé de la Sécurité sociale, ou l'élaboration par ce même ministre des listes sur lesquelles ils sont choisis, même si les organisations professionnelles formulent des propositions - ce qui laisse au ministre la possibilité de faire des choix -, le fait qu'ils soient tous nommés sans limitation de durée - ce qui permet aux ministres de mettre fin à leur fonction à tout moment - y compris les magistrats qui ne sont donc pas inamovibles, à l'exception des assesseurs représentant des salariés et des employeurs nommés pour cinq ans, mais pour lesquels le ministre a la faculté de renouveler ou non leur mandat, ainsi que l'absence de garantie dans l'exercice de leur activité juridictionnelle, constituent autant d'éléments qui caractérisent le défaut d'indépendance et d'impartialité de cette juridiction.

(...) Ce qui est manifeste pour la composition de la CNITAAT, l'est aussi pour son fonctionnement et pourrait aussi être relevé d'office.

C'est ainsi (...) que cette Cour nationale fonctionne avec le concours obligatoire, dans chaque affaire, d'un "médecin qualifié" et d'un rapporteur, le plus souvent non membre de la juridiction : non seulement ces collaborateurs sont rétribués au dossier, sur des crédits du ministère de tutelle de la Sécurité sociale, mais ils sont choisis sur des listes établies par le même ministère et, pour ce qui concerne les rapporteurs, ils sont en majorité des fonctionnaires en activité ou à la retraite du ministère de tutelle, ou des salariés ou anciens salariés des caisses de sécurité sociale (...).

De plus, l'article R. 143-19 du code de la sécurité sociale prévoit que le ministre chargé de la Sécurité sociale - dont les pouvoirs au regard de l'apparence sont déjà si considérables sur cette juridiction - peut présenter des observations écrites ou orales devant la CNITAAT. Cette faculté - dont il ne semble pas qu'il ait été fait usage dans aucune des affaires qui vous sont soumises - porte manifestement atteinte à l'égalité des armes, donc au procès équitable, et à l'article 6.1. En effet, en particulier, cette possibilité de présenter des observations orales suppose que le ministre soit, lui, avisé de l'audience et qu'il ait connaissance de l'avis du médecin qualifié et du rapport, l'un et l'autre "privilèges" dont sont privées les autres parties (...). »

La Cour européenne des droits de l'Homme

Cette argumentation claire et indiscutable, a été reprise par la Cour européenne des droits de l'Homme dans sa décision Augusto contre France de janvier 2007.¹¹¹²

« La Cour rappelle que le droit à une procédure contradictoire, au sens de l'article 6 § 1, " implique en principe la faculté pour les parties à un procès, pénal ou civil, de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et de la discuter"¹¹¹³.

Elle rappelle également avoir déjà jugé qu'une expertise médicale, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer de

¹¹¹² Arrêt concernant l'affaire Augusto c. France, Première section, Requête n° 71665/01, 11 janvier 2007

¹¹¹³ Citant notamment *Morel c. France*, n° 34130/96, § 27, CEDH 2000-VI ; *Mefteh et autres c. France* [GC], n°s 32911/96, 35237/97 et 34595/97, § 51, CEDH 2002-VII

*manière prépondérante leur appréciation des faits et constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être efficacement commenté par les parties au litige*¹¹¹⁴.

La Cour relève le caractère déterminant de la mission confiée au médecin qualifié, qui consiste dans un examen du dossier médical soumis à la CNITAAT, et qui a pour finalité de conclure, ou non, à la réunion des conditions médicales pour l'attribution de la prestation sociale réclamée. En l'espèce, elle observe que la CNITAAT s'est essentiellement fondée sur cet avis, qu'elle cite au soutien de sa motivation, pour rejeter la demande de pension de la requérante. A cet égard, la Cour n'est pas convaincue par la pertinence de la distinction opérée par la Cour de cassation, dans son arrêt du 2 mars 2000, entre l'avis du médecin qualifié et le rapport d'un expert médical, pour justifier la soumission de ce dernier seulement à la discussion contradictoire des parties. En outre, s'il est vrai que l'avis du médecin qualifié, en droit, ne liait pas la CNITAAT, il était susceptible, comme le relève la présente affaire, d'exercer une influence décisive sur la décision de cette juridiction. »

Ces éléments ont été considérés comme suffisant à la Cour pour conclure que la cause de la requérante n'a pas été entendue équitablement, faute de communication contradictoire de l'avis du médecin désigné par la C.N.I.T.A.A.T. permettant à la requérante de le discuter et qu'il y avait eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Un tel risque portant sur l'indépendance de la juridiction, la jurisprudence européenne s'étant prononcée contre cette procédure, de nombreux arrêts de la Cour de cassation ayant relevé une non-conformité de la procédure réglementaire française avec les exigences de la Convention européenne des droits de l'Homme et notamment son article 6¹¹¹⁵, une modification de la réglementation était nécessaire. Celle-ci a été effectuée en plusieurs temps.

1-1-2 Le changement de composition du tribunal

Les décrets des 2 juin 1999¹¹¹⁶ et 3 juillet 2003¹¹¹⁷ et la loi du 17 janvier 2002¹¹¹⁸ ont modifié les procédures applicables en créant une nouvelle juridiction.

L'entrée en vigueur du décret d'application du 3 juillet 2003 concernant l'article 35 de la loi du 17 janvier 2002¹¹¹⁹ relatif au contentieux de la sécurité sociale et la loi du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale¹¹²⁰ ont modifié la dénomination des organismes chargés du contentieux technique de la sécurité sociale. Les commissions régionales sont devenues des organes juridictionnels : les tribunaux du contentieux de l'incapacité. La Commission nationale technique est devenue la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail.¹¹²¹

¹¹¹⁴ Citant notamment *Feldbrugge c. Pays-Bas*, arrêt du 29 mai 1986, série A n° 9, § 44 ; *Mantovanelli c. France*, arrêt du 18 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II, p. 437, § 36

¹¹¹⁵ LR/ DRM/129/2004 du 05/10/2004 présentant les modifications intervenues suite à la réforme du contentieux technique de la sécurité sociale et ses conséquences pour les services administratifs. non publiée

¹¹¹⁶ Décret n° 99-449 du 2 juin 1999

¹¹¹⁷ Décret n° 2003-614 du 3 juillet 2003

¹¹¹⁸ Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002

¹¹¹⁹ Art. L. 143-2 du code de la sécurité sociale

¹¹²⁰ Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994

¹¹²¹ Art. L. 143-3 et L. 143-4 du code de la sécurité sociale

§ 2 Des difficultés persistantes liées à la composition du tribunal

La loi a donc créé une nouvelle juridiction afin de répondre aux remarques de la juridiction suprême mais un défaut majeur a présidé à cette création. Les représentants du Ministère de la justice semblent ne pas avoir pris l'attache du Ministère des affaires sociale et donc ne pas avoir saisi la portée de la spécificité du droit de la sécurité sociale. De nombreuses difficultés sont immédiatement apparues.

1 L'absence des professionnels de santé pour les parties

Afin de répondre aux exigences européennes d'impartialité de ces juridictions, la loi a modifié leur composition.¹¹²² Les médecins représentant la caisse et le requérant ne font plus partie de la juridiction. Quant au médecin expert, toujours présent, il ne participe plus au délibéré.¹¹²³ Or le déroulement ancien de la procédure permettait aux praticiens présents, praticien traitant ou de recours assistant l'assuré et praticien conseil d'apporter des informations strictement limitées au contentieux en cours, en présence de la victime, sur l'ensemble du dossier de l'assuré, dans le respect du secret professionnel.

Ces absences, ainsi que les textes définissant la composition du tribunal et les possibilités de comparution, ont provoqué de nombreuses difficultés concernant plusieurs points.¹¹²⁴

Tout d'abord un certain nombre d'attaques ont porté sur les possibilités de présence de médecins lors du déroulé de l'audience.

Les termes du décret du 3 juillet 2003 n'ont prévu l'assistance ou la représentation du demandeur que par un avocat. La présence d'un médecin représentant l'assuré n'a effectivement pas été spécifiquement prévu.¹¹²⁵

Cette absence est comparée à une hypothétique représentation de la caisse par un médecin. Cette analyse ne peut prospérer puisque malgré les dispositions de l'article L. 124-5 Du code de la sécurité sociale¹¹²⁶, il n'est pas possible à un médecin de représenter, à son titre de professionnel de santé, une caisse primaire d'assurance maladie. Un praticien conseil,

¹¹²² Même si la juridiction nationale doit écarter la loi interne jugée contraire à la Convention par la Cour dès lors que l'arrêt rendu par cette dernière a dégagé une solution qui n'est « ni imprécise ni incomplète, le principe de sécurité juridique risquant une remise en cause des actes ou situations juridiques nécessitait une évolution de la loi ; LABAYLE H., SUDRE F., « Droit administratif et convention européenne des droits de l'homme, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif », RFDA 2005 p. 985

¹¹²³ Article 35 de la loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002 ; décret n°2003-614 du 3 juillet 2003 ; circulaire ministérielle DSS/agriculture/2003/n° 350 du 15 juillet 2003

¹¹²⁴ Il est dommage que le législateur ait fait initialement l'économie d'une réflexion dépassant la simple adaptation des juridictions. La Chancellerie aurait certainement bénéficié d'un rapprochement avec le ministère chargé à l'époque de l'Assurance Maladie afin de coordonner les législations. De nombreuses années de contentieux auraient probablement été économisées

¹¹²⁵ Sur ces points voir notamment une intervention telle que VOXEUR M., *Les nouveaux TCI : des débuts calamiteux*, Semaine Sociale Lamy - 2004 - n°1181 - 13-09-2004 dont les contenus sont partiellement étayés par des analyses incomplètes, voire erronées, comme le montre notre analyse

¹¹²⁶ « tout organisme (...) partie à une instance, peut s'y faire représenter par un de ses administrateurs, un de ses employés ou un employé d'un autre organisme de sécurité sociale »

intervenant en tant que représentant d'une caisse, ne pourrait pas évoquer des éléments médicaux du fait du secret. Son intervention en dehors de sa compétence professionnelle n'aurait aucun intérêt pour la caisse primaire.

L'expérience a d'ailleurs démontré l'absence de mise en œuvre d'une telle hypothèse.

De plus la même expérience a démontré que les juridictions acceptaient l'intervention des médecins consultants de médecins mandatés par les assurés ou les employeurs même sans justification légale, les caisses primaires ne s'y opposant pas.

2 Les médecins consultants

Les juridictions du contentieux technique ont la possibilité de mettre en œuvre des mesures d'instruction. Ces mesures sont, en ce qui concerne les questions d'ordre médical, la consultation et l'expertise.¹¹²⁷

La consultation est confiée à un médecin qui procède immédiatement à sa consultation puis se présente devant la formation de jugement pour exposer oralement les conclusions qu'il a rédigées.

L'expertise reprend le déroulement et le formalisme classique d'un avis traditionnel réalisé par un expert.

Dans les deux cas, le tribunal considère que l'exposition publique de l'avis du médecin intervenant pour le tribunal permet de respecter le contradictoire.

§ 3 Les difficultés soulevées par la nouvelle organisation des juridictions du contentieux technique

Les difficultés portant notamment sur l'association d'intérêts légitimes contradictoires et sur la transmission de données personnelles de santé perdurent depuis de nombreuses années

1 L'association de plusieurs intérêts légitimes

De fréquents recours portent sur l'évaluation de l'incapacité partielle séquellaire par le médecin conseil. Les victimes s'estiment insuffisamment reconnus dans leur handicap ou dans leur souffrance et souhaitent voir augmenter le taux d'incapacité permanente retenu en conformité avec le barème national d'évaluation des incapacités fonctionnelles en accidents du travail et en maladie professionnelle.

Dans le même temps, les employeurs qui participent au financement du régime prenant en charge les accidents du travail et les maladies professionnelles de la prévention à l'indemnisation ont intérêt à voir les taux évalués à un montant minimum.

¹¹²⁷ Circ. DSS n° 2003-350, 15 juill. 2003

- On a donc l'association de plusieurs intérêts légitimes :
- l'intérêt pour l'employeur de pouvoir contester les conséquences corporelles d'un accident du travail dont il est appelé à supporter les conséquences financières ;
 - l'intérêt des médecins tenus de respecter le secret professionnel, qui peuvent se voir reprocher un manquement à cette obligation ;
 - l'intérêt de la justice de pouvoir mener à bien toute mesure d'instruction, dans le respect du principe de la contradiction et des impératifs de la recherche de la vérité ;
 - l'intérêt de la victime de l'accident, parfois non présente au procès, de voir respecter sa vie privée dans ce qu'elle a de plus intime, son état de santé.¹¹²⁸

2 La difficulté de la preuve

La législation actuelle en accidents de travail, fait bénéficier le salarié de la présomption d'imputabilité lorsque les éléments de fait, de temps et de lieu rapportent la preuve que son accident a eu lieu dans les conditions de travail ou au cours du trajet pour s'y rendre ou en revenir. C'est au salarié qui prétend avoir été victime d'un accident du travail que revient la charge d'établir la réalité de cet accident et son caractère professionnel. Tout retard ou inexactitude peut faire rejeter la demande par la caisse qui doit instruire la demande de prise en charge même si la bonne foi de l'assuré n'est pas mise en doute.¹¹²⁹

Pour les maladies professionnelles, la présomption d'imputabilité est acquise dans la mesure où toutes les conditions posées par le tableau concerné sont satisfaites ou lorsque le Comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles a émis un avis favorable.

Dans le cadre d'un contentieux opposant l'employeur à la caisse primaire, cette dernière est subrogée dans les droits de l'assuré et supporte la charge de prouver que la présomption d'imputabilité est acquise.¹¹³⁰

Dans la mesure où les conditions de prise en charge sont satisfaites, il appartient à l'employeur, qui conteste le caractère professionnel du sinistre, de rapporter la preuve qu'il a une cause étrangère pour origine.¹¹³¹

Les axes de contestation porte actuellement le plus fréquemment sur l'affirmation de l'existence d'un état pathologique antérieur au sinistre et celle de l'absence d'influence des conditions de travail sur l'apparition des lésions.

Cette situation médicale échappe au pouvoir habituel de l'employeur qui non seulement ne possède pas de pouvoir d'investigation et se voit opposer le secret professionnel¹¹³² mais n'a pas la compétence pour faire l'analyse des éléments qui auraient pu être portés à sa connaissance.¹¹³³

¹¹²⁸ Rapport de la Cour de cassation 2008, 482 p.

¹¹²⁹ Cass. Soc., 28 octobre 1975, n° 74-14.413, *Publication* : Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre sociale N. 494 P. 421

¹¹³⁰ CHATENET I., VOXEUR M., « L'employeur face à la présomption d'imputabilité instituée en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle : un combat impossible ? », *Jurisprudence Sociale Lamy* - 2005 - n°177 - 10-11-2005, *Chronique*

¹¹³¹ Cass. soc., 12 oct. 1995, n° 93-18.395, *Bull. civ. V*, n° 276, p. 200

¹¹³² CHATENET I., « Accidents du travail et maladies professionnelles : l'employeur face au secret médical », *Jurisprudence Sociale Lamy* n° 169 du 7 juin 2005

¹¹³³ Cass. Civ 2^{ème}, 18 novembre 2010, n° 09-16673, Non publié au bulletin, une société demandait que soit ordonnée une mesure d'expertise médicale afin que soient vérifiées l'existence d'un éventuel état pathologique préexistant à l'accident et la durée des arrêts de travail qui lui semblait trop prolongée et qu'elle produisait à

Or la contestation portant sur le taux d'incapacité subie par l'assuré social fait fréquemment l'objet d'une analyse tant de l'état de santé de cet assuré dans les suites de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle que de l'état de santé antérieur à l'accident.

On se trouve donc dans une situation où l'employeur a un intérêt financier à obtenir communication du dossier contenant des informations de santé de son salarié. Et, hors de toute position partisane, l'on peut comprendre qu'un employeur souhaite ne pas se voir rendu responsable financièrement de la prise en charge de soins qu'il estime sans lien avec le travail, d'arrêts de travail dont la durée lui semble disproportionnée avec l'atteinte initialement déclarée.

L'employeur et ses conseils peuvent être amenés à rechercher tout moyen de preuve visant à démontrer que la pathologie déclarée était préexistante. Selon les cas, l'argumentation vise soit à s'opposer à une reconnaissance administrative de l'accident, l'employeur ayant la possibilité d'émettre des réserves lors de la déclaration¹¹³⁴, soit à faire exclure de la prise en charge une pathologie¹¹³⁵ qui aurait été déjà présente avant la demande de reconnaissance professionnelle.

De nombreuses demandes portent sur l'accès au dossier détenu par la caisse primaire, notamment les certificats et les prescriptions d'arrêts successifs, ou par le service du contrôle médical pour ce qui concerne les antécédents médicaux. Sur ce dernier point, on doit signaler que certains auteurs signalent l'insuffisance du contenu de ces documents lorsqu'il s'agit de « démontrer l'existence d'une cause étrangère dans la mesure où la caisse, elle-même, ne l'a pas recherchée. »¹¹³⁶

Pour plus de clarté, on peut prendre un exemple peu éloigné de la réalité.

Un employeur voit son salarié, qui se plaint d'une douleur aiguë du dos survenue au cours d'un effort, lui signaler l'accident survenu sur le lieu et dans les conditions de travail. Il est dans l'obligation de le déclarer au titre d'un accident du travail à la caisse d'assurance maladie au risque d'encourir une sanction en cas de carence de sa part. Sa seule latitude première est d'émettre des réserves sur les conditions de réalisation de l'incident et sur son lien avec le travail.

Le médecin consulté par le salarié rédige un certificat médical initial en décrivant la situation médicale sous la dénomination lombalgie aiguë ou lumbago. L'employeur peut avoir accès à cette information. Ce diagnostic laisse présumer un arrêt de courte durée. Les soins et

l'appui de sa demande, l'avis d'un médecin. « Mais attendu que l'arrêt retient par motifs adoptés que la société ne produit pas d'éléments probants de nature à établir l'existence d'un état antérieur avéré ou l'absence de lien entre les arrêts de travail et la lésion initiale (...) »

¹¹³⁴ Pour être retenues, elles doivent porter sur la réalité de la matérialité du fait accidentel ou sur l'absence de lien entre pathologie et accident

¹¹³⁵ Ceci concerne les prestations telles que les indemnités journalières, la durée de l'arrêt étant prise en compte pour la tarification employeur, mais aussi les séquelles liées à la pathologie reconnue

¹¹³⁶ Voir sur ce point CHATENET I., VOXEUR M., « L'employeur face à la présomption d'imputabilité instituée en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle : un combat impossible ? », Jurisprudence Sociale Lamy - 2005 - n°177 - 10-11-2005, Chronique. L'auteur évoque notamment l'utilité de « rapport d'intervention du SAMU, un compte-rendu d'intervention chirurgicale ou, encore, un rapport d'hospitalisation... toutes pièces pourtant fort utiles pour démontrer l'existence d'un état pathologique antérieur. »

l'absence de son salarié se prolongeant, un nouveau diagnostic est déclaré tel qu'une hernie discale.

Plusieurs questions peuvent alors être posées. La pathologie signalée sur le certificat médical, différente du premier diagnostic, est-elle en lien avec le fait accidentel déclaré ? La durée de l'arrêt de travail est-elle justifiée et, en cas de réponse favorable, est-elle en lien avec l'accident ou avec une autre pathologie, dite intercurrente, dont la prise en charge ne devrait pas être imputée à l'employeur ? N'existait-il pas une atteinte préexistante, un « *état antérieur* », qui alourdi la prise en charge ? Les soins et arrêts ne devraient être mis au compte de l'employeur au titre de l'accident du travail que pour la période initiale en lien direct avec la pathologie.

3 Les difficultés de communication

Un point essentiel porte sur la communication par les caisses primaires d'assurance maladie des documents justifiant le taux d'incapacité permanente partielle accordé à un salarié.

Les recours devant le contentieux technique concernent les multiples évolutions de la jurisprudence portant sur la communication des éléments médicaux, notamment dans le cadre d'une expertise. Les décisions concernées ont, en quelques années, précisé la conduite à tenir dans de telles situations. Il n'est probablement pas possible d'en conclure que les pratiques avaient elles-mêmes fait l'objet d'évolution majeure. Par contre il est possible d'envisager que ces décisions ont permis de préciser des points qui n'avaient jamais fait l'objet d'analyse.

3-1 Une obligation de transmission pour les Caisses primaires

En effet, l'article R. 143-8 du code de la sécurité sociale oblige les caisses d'assurance maladie à transmettre au secrétariat du tribunal du contentieux de l'incapacité les documents médicaux concernant le contentieux en cours. Dans le cadre d'une application stricte de l'article R. 143-8 du code de la sécurité sociale¹¹³⁷, les caisses d'assurance maladie ont considéré qu'elles devaient accéder aux demandes de communication d'une juridiction mais qu'elles ne pouvaient transmettre que les éléments mis à leur disposition. Il s'agissait de l'avis du praticien conseil et, pour les risques professionnels, les pièces listées à l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale.

Or les informations médicales, notamment les rapports médicaux ne sont pas transmis aux services administratifs des caisses. Seul l'avis du praticien conseil prévu par l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale¹¹³⁸ est concerné et il s'impose aux services administratifs des caisses en couverture assurance maladie et pour la couverture A.T.-M.P. depuis l'article 117 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008.¹¹³⁹

¹¹³⁷ Art. R. 143-8 du code de la sécurité sociale, décret n° 2003-614 du 3 juillet 2003, les caisses doivent « *transmettre au secrétariat les documents médicaux concernant l'affaire et d'en adresser copie au requérant ou le cas échéant au médecin qu'il a désigné.* »

¹¹³⁸ Art. L. 315-2

¹¹³⁹ Art. L. 442-5 II du code de la sécurité sociale « *Les articles L. 315-1 et L. 315-2 sont applicables aux accidents de travail.* »

Comme le reconnaissent les rédacteurs des amendements n° 448 et n° 1429 du 6 février 2009 concernant la loi de réforme de l'hôpital n° 1210, devenu par la suite hôpitaux, patients, santé et territoire et dont le contenu est développé plus après, « *la caisse détient, en application des dispositions de l'article L 441-6 du CSS, le certificat initial et le certificat médical de consolidation (...) il n'en est pas de même du rapport d'IP établi par le service du contrôle médical. Or, pour transmettre ce document, le praticien-conseil est confronté aux dispositions relatives au respect de la vie privée de la personne et du secret des informations la concernant sous peine du délit prévu par l'article 226-13 du code pénal.* »

Les caisses ne sont destinataires que des conclusions comprenant pour l'évaluation des séquelles suite à un accident du travail ou une maladie professionnelle la description des séquelles strictement retenues comme étant en lien avec la pathologie déclarée. Il y a aussi le taux d'incapacité permanente proposé, taux associant évaluation médicale et perte socioprofessionnelle éventuelle.

Pour l'évaluation du degré d'invalidité dans le cadre de l'invalidité, l'information ne porte que sur la catégorie retenue.

3-2 L'utilisation de fictions juridiques

De nombreux litiges sont apparus. Les caisses considéraient que le respect du secret n'était plus assuré et qu'elles ne pouvaient communiquer à l'employeur, y compris au médecin désigné par lui, et souvent à la juridiction elle-même, les documents justifiant le taux accordé¹¹⁴⁰ qu'elles ne possèdent pas.

On a donc aboutit dans la pratique à un blocage des juridictions qui ne pouvaient se prononcer. Le risque de déni de justice¹¹⁴¹ était flagrant ce qui a amené le juge à se doter de facto d'un pouvoir normatif.¹¹⁴²

Les décisions de justice sanctionnant les caisses primaires du fait de la non-transmission des données personnelles de santé ignorent systématiquement la séparation légale et pratique existant entre caisses primaires et service du contrôle médical. De même, l'affirmation de l'absence de possibilité pour l'assuré social de s'opposer à une transmission de ses données de santé au motif qu'il n'avait pas d'intérêt à l'affaire ne pouvait être entendue. Pourtant de nombreux juges justifiaient initialement l'absence d'information de l'assuré, se félicitant de la facilité de gestion des dossiers du fait de l'absence de pouvoir de celui-ci.

Du fait de ces deux difficultés, séparation de ces deux structures administratives et refus de reconnaître un droit de l'assuré sur ses données de santé, il semble avoir été utilisé par les juges une démarche de fiction juridique.

¹¹⁴⁰ LR-DSM 7/2004 du 27/01/2004 conditions de respect du secret médical lors de la communication des pièces médicales et possibilités d'intervention du praticien conseil informant l'expert désigné par le tribunal ou en tant que représentant les caisses d'assurance maladie. non publiée

¹¹⁴¹ Art. 4 du code civil « *Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.* »

¹¹⁴² STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, p. 336

Un élément commun aux nombreuses définitions du terme de fiction est qu'elle se caractérise par une dénaturation de la réalité.

« *Constitue une fiction toute solution de droit contraire à la réalité.* »¹¹⁴³

La définition qui semble être privilégiée par la doctrine contemporaine retient que la fiction doit être évoquée chaque fois qu'une solution de droit apparaît contraire à une règle de droit. Il s'agit d'un mécanisme technique, « *d'un mensonge créateur du droit par contravention à la réalité matérielle ou juridique.* »¹¹⁴⁴

Dans ces conditions, on constate l'existence d'un double niveau dans cet artifice. Il y a association d'une méconnaissance tant de la réalité matérielle que de la réalité juridique.

Au niveau matériel, le service du contrôle médical ne possède pas les éléments que souhaite obtenir le juge sur demande des parties¹¹⁴⁵. La recherche des historiques de consommation de soins ou arrêt de travail pour vérification d'un état antérieur ne peut être suivie d'effet. Ce service n'est destinataire de ces informations que dans des cas prédéterminés par la loi pour un nombre d'assurés sociaux restreint. Les archives de consommation des caisses primaires ont une ancienneté limitée liée à la prescription des délais de remboursement. Cette incapacité pratique n'empêche pas le juge de sanctionner fréquemment le service médical du fait de cette absence de communication des éléments attendus, voire pour certains intervenants d'évoquer une dissimulation¹¹⁴⁶.

Au niveau juridique, on rappelle que le service du contrôle médical est indépendant, tant juridiquement que pratiquement des caisses primaires, il ne peut être créé artificiellement une confusion entre des structures autonomes.

Il est évident qu'une telle situation est complexe, les arcanes de l'organisation et du fonctionnement de l'assurance maladie échappant au plus grand nombre d'observateurs. Il est possible aussi de comprendre la volonté du juge d'obtenir un résultat pratique¹¹⁴⁷, l'absence de communication de pièces, pouvant être considérées comme essentielles à l'avis de l'expert, semble être un obstacle à la bonne administration de la justice.

L'élaboration de la décision de droit semble permettre une réduction, voire une simplification de la réalité matérielle¹¹⁴⁸. Néanmoins, même si la fiction peut viser à permettre d'écarter une

¹¹⁴³ ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, p. 717

¹¹⁴⁴ ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, p. 717

¹¹⁴⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Capitant, Quadrige Dicos Poche, PUF, 2004, p. 402
Normalement, la fiction est réservée au législateur qui lui permet de supposer un fait contraire à la réalité en vue de produire un effet de droit mais elle semble fréquemment utilisée par les juges

¹¹⁴⁶ Nous avons personnellement fait l'objet d'accusation de dissimulation par un expert parisien qui, recherchant l'existence d'un état antérieur très ancien dans un dossier qui avait été transmis par l'assuré, estimait que nous avions modifié des pièces médicales

¹¹⁴⁷ ROLAND H., *Lexique juridique. Expressions latines*, 3^{ème} édition, Objectif Droit, Juris classeur, LexisNexis, Ed. Litec, 2004, p. 96 « (...) *N'étant qu'un expédient pour procurer la solution désirable dans tel cas précis, elle (la fiction) est d'interprétation étroite, confinée dans les cas de l'espèce. Néanmoins, la doctrine défend une compréhension large de la fiction lorsque celle-ci recèle un principe de justice ou d'utilité.* »

¹¹⁴⁸ ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, p. 718

règle jugée incompatible avec d'autres règles dont l'application est préférée¹¹⁴⁹, cette possibilité devrait permettre une réponse conforme à l'ordre juridique¹¹⁵⁰. Or, dépassant simplement la notion de respect du droit de la sécurité sociale, cette fiction écarte l'application du droit de l'individu à la maîtrise de la transmission des données le concernant. Le simple prétexte de l'absence d'intérêt financier immédiat de l'assuré ne semble pas suffisant pour valider la violation des droits prévus dans le Code civil et dans les principes essentiels du code de la santé publique. Admettre une telle possibilité serait lier obligatoirement les droits fondamentaux de l'individu à un fondement économique, ce qui nous apparaît inacceptable.

Le seul apport positif pratique de la fiction dans les situations évoquées est de démontrer, à l'appui de notre hypothèse, les limites de la systématisation du droit qui est manifestement imparfait sur les points évoqués. L'évolution du droit devrait permettre à l'utilisation de cette fiction de n'être que transitoire¹¹⁵¹.

Ainsi dans les faits, cette fiction ne produisant pas d'effet réel sur les pratiques, les services médicaux placés auprès des caisses primaires ne pliant pas, il a fallu amener le débat sur un plan supérieur. Le législateur, ayant reconnu la première difficulté liée à la séparation des structures, a introduit une obligation de transmission des données personnelles de santé par le médecin conseil au secrétariat du tribunal. On peut donc dire que cette fiction a obtenu l'effet attendu en constatant l'opposition entre réalité et règles de droit. Si elle n'a pas permis au juge d'être de lui-même créateur du droit, elle a permis de changer la loi.

4 Des décisions de justice contradictoires

Dans le même temps, les difficultés relatives à la communication des pièces étant tranchées par les tribunaux¹¹⁵², les décisions prises ont montré une absence totale d'homogénéité.

4-1 Les décisions des juridictions du contentieux technique

L'évolution des jurisprudences successives relève fondamentalement du romanesque.

4-1-1 Les décisions initiales

La plupart des juridictions ont reconnu le droit au respect de sa vie privée comme fondement du secret médical qui « *institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin* ». ¹¹⁵³

¹¹⁴⁹ La fiction juridique a pour but soit d'étendre l'application d'une règle de droit à des cas pour laquelle elle n'était pas prévue, soit d'adapter une règle en diminuant le nombre des conditions d'application, soit d'écarter l'application d'une règle au profit d'une autre. Il semble que nous sommes placés, dans le cas du contentieux technique, dans ce dernier cas

¹¹⁵⁰ ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, p. 719

¹¹⁵¹ ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadriga Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, pp. 720-721

¹¹⁵² Art. R. 143-12 du code de la sécurité sociale

¹¹⁵³ Cass. Civ., 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-11959 Les visas de la décision portent sur les articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique

Admettant une indépendance du service du contrôle médical vis-à-vis de la caisse, les juges ont considéré que les réserves émises par les caisses sur le respect du secret ne pouvaient exonérer les parties à la procédure du respect des principes d'un procès équitable.¹¹⁵⁴ L'article R. 143-8 du code de la sécurité sociale précisant les pièces que la caisse doit transmettre au secrétariat de la juridiction, il était constaté que les caisses ne fournissaient pas les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire.¹¹⁵⁵

« (...) Attendu que l'arrêt retient à bon droit que ni l'indépendance du service du contrôle médical vis-à-vis de la caisse ni les réserves émises par celle-ci sur le respect du secret médical ne peuvent exonérer les parties à la procédure du respect des principes d'un procès équitable ; que l'article R. 143-8 du code de la sécurité sociale précise les pièces que la caisse doit transmettre au secrétariat de la juridiction ; que la caisse n'a pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire sur la fixation du taux d'incapacité permanente partielle, de sorte que l'employeur n'a pu exercer de manière effective son droit de recours (...). »

Certains tribunaux, se considérant suffisamment informés, demandaient aux avocats des demandeurs d'exposer les raisons médicales pour lesquelles ils demandaient que soit ordonnée une consultation ou une expertise.¹¹⁵⁶ Il est pourtant défini par la loi qu'une mesure d'expertise s'impose à chaque fois qu'une difficulté d'ordre médical se présente dans le dossier.

Certains tribunaux ont retenu l'argument portant sur « l'empêchement légitime » lié au secret conformément à l'article 11 du nouveau code de procédure civile et au titre de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.

Certains juges, estimant que les caisses ne pouvaient transmettre que les éléments qui sont à leur disposition, c'est-à-dire l'avis du praticien conseil et, pour les risques professionnels les pièces listées à l'article R. 441-13 du code de la sécurité sociale, ont développé une réflexion sur la possibilité de communication d'éléments médicaux détenus par les services du contrôle médical placés auprès des caisses d'assurance maladie. Ils considéraient que, du fait de l'absence de dossier médical structuré, les éléments détenus, bien que portant sur des données médicales, étaient simplement d'ordre administratif et n'étaient donc pas soumises au secret médical.

Qu'il nous soit permis de ne pas adhérer à cette interprétation qui, si elle facilite la gestion de certains dossiers contentieux devant les juridictions, nous semble prendre de singulières libertés avec la notion de secret. Le fait que le détenteur de l'information soit une administration ne signifie pas qu'il n'y a plus de distinction sur le contenu de l'information.

Certains tribunaux ont directement déclaré la décision d'attribution de la rente inopposable à l'employeur ou sans prononcer l'opposabilité, se sont prononcé sur le fond en ramenant le taux d'indemnisation à zéro.

Cette solution ne semblait pas satisfaisante puisque le taux d'incapacité permanente se trouvait, de facto, ramené à zéro. Or, si une discussion sur les sujets médicaux avait pu

¹¹⁵⁴ Cass. Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-11888, Publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, N° 08-12023, Non publié au bulletin, Cass. Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, n° 08-12024, Non publié au bulletin

¹¹⁵⁵ Cas. Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, n° 08-11961, Non publié au bulletin

¹¹⁵⁶ VOXEUR M., « Les nouveaux TCI : des débuts calamiteux », Semaine Sociale Lamy - 2004 - n°1181 - 13-09-2004

s'instaurer, ce taux aurait été soit maintenu soit minoré en fonction des séquelles persistantes. L'employeur, qui s'était vu reconnaître une responsabilité par son activité, est donc exonéré de toute obligation à indemnisation, celle-ci se faisant par l'intermédiaire d'un fond commun à tous les employeurs. Ces décisions d'inopposabilité ont eu ainsi pour effet de mutualiser sur la communauté des employeurs la dépense qui devrait être imputable au seul employeur responsable de l'accident du travail.¹¹⁵⁷ Cette déresponsabilisation était contraire à la recherche de prévention des accidents et de protection des salariés dans leurs conditions de travail.¹¹⁵⁸

D'autres enfin, ont adressé une injonction de produire sous astreinte aux services administratifs de la caisse primaire, puis au service de contrôle médical dépendant de la caisse nationale¹¹⁵⁹, donc tiers détenteur¹¹⁶⁰ sur la base de l'article 139 du Nouveau code de procédure civile.¹¹⁶¹

Ces injonctions ont parfois été nominatives portant sur un recours précis, parfois générales portant même sur les dossiers à venir et non encore connus. Les caisses et les services médicaux, s'appuyant sur l'obligation de respect de l'article L. 1110-4 du code de la sécurité sociale, demandaient au juge une rétractation de son ordonnance de communication au tribunal, demande systématiquement rejetée.¹¹⁶²

L'examen des décisions des juridictions montre qu'elles ont été parfois amenées à prononcer des condamnations systématiques des caisses primaires au motif que, malgré l'envoi du rapport au tribunal à l'intention du médecin expert, l'absence de communication directe du rapport médical d'attribution à l'employeur ne respecte pas le contradictoire, attendu que « *la CNTAT s'est prononcée, en vertu de (la) Convention Européenne, sur le caractère légalement dérogatoire de la présente procédure et de la production des pièces médicales (arrêts du 20 décembre 2006 et de juin 2007) dans laquelle sont comprises les pages intégrales du rapport d'IPP ; qu'elle vient par ailleurs de statuer sur l'obligation légale pour les caisses de communiquer les dites pièces à l'employeur (arrêts du 5 décembre 2007 et 27 février 2008)* » et que « *le Tribunal n'a pas à se substituer à la partie défaillante dans ses obligations procédurales* ». ¹¹⁶³

¹¹⁵⁷ PREEL J.-L., Assemblée Nationale, Débat du 04/03/2009, amendements n^{os} 448 et 1429

¹¹⁵⁸ Art. D.242-6-3 du code de la sécurité sociale ; Art. L. 221-1 du code de la sécurité sociale

¹¹⁵⁹ En matière pénale le défaut de remise volontaire du dossier et des documents médicaux nécessaires à l'instruction peut aboutir à une saisie, ce qui ne peut être le cas en matière civile PENNEAU J., quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire, Actualité Juridique Pénal 2009 p. 169

¹¹⁶⁰ Proposition de loi n^o 980 visant à permettre de traduire les services de contrôle médical devant les tribunaux de l'incapacité, enregistré à la présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2008

¹¹⁶¹ On rappelle que l'article 10 du code civil précise que « *chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité* » et ajoute que « *celui qui, sans motif légitime, se soustrait à cette obligation lorsqu'il en a été légalement requis, peut être contraint d'y satisfaire, au besoin à peine d'astreinte ou d'amende civile, sans préjudice de dommages et intérêts* »

¹¹⁶² En ce sens, TCI de Paris, 6 octobre 2005, n^o 000252AT05, soc. M/CPAM de la Sarthe

¹¹⁶³ Trib. Contentieux de l'incapacité de Limoges, 4 avril 2008, audience 20080019, n^o 000189AT07, soc. Madrange/CPAM 87 ; Trib. Contentieux de l'incapacité de Nantes, 17 avril 2008, audience 20080073, n^o 000091MP08, soc. SAS LDC Sable/CPAM du de la Mayenne

4-1-2 Des tentatives de demande de rétractation

Un exemple réel peut être pris pour montrer les difficultés de gestion qui existaient à cette période.

Suite à un recours d'un employeur aux fins d'annulation d'une décision d'attribution d'un taux d'I.P., le tribunal du contentieux de l'incapacité de Paris, juridiction saisie par la plupart des employeurs, s'estimant insuffisamment informé, « *a, par jugement du 6 octobre 2005, ordonné une instruction complémentaire afin que soient versées aux débats toutes pièces administratives et médicales détenues par les organismes décideurs ou les médecins-conseils de la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS) nécessaires à la solution d'un litige essentiellement médical* ».

Par ordonnance du 23 octobre 2005, le président du tribunal a enjoint sous astreinte au service médical de la C.N.A.M.T.S. détaché auprès de la caisse primaire, de lui faire parvenir, à l'intention du médecin consultant qui devait être désigné, toutes pièces administratives et médicales relatives à cette affaire, ces dernières éventuellement sous double enveloppe « *secret médical* ». Le médecin-conseil chef du service du contrôle médical a demandé la rétractation de cette ordonnance aux motifs que son service n'était qu'un service déconcentré de la C.N.A.M.T.S. et que le secret médical lui interdisait de déférer à cette injonction.

Une ordonnance du président du T.C.I. de Paris du 21 décembre 2005, refusant de rétracter l'ordonnance de communication, lui a opposé que le refus de communication invoqué « *aurait pour effet d'annihiler tout débat contradictoire au sens de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de gêner l'analyse du médecin expert du tribunal et d'enrayer le cours de la justice* ».¹¹⁶⁴

Cette décision de rejet de la demande de rétractation évoquait une autorisation tacite du salarié victime de l'accident de travail. La demande de prestation par la victime, c'est à dire versement d'une rente indemnisant les séquelles consécutives à l'accident de travail, devait être considérée comme autorisant le recours de son employeur et donc l'accès de ce dernier aux éléments nécessaires à la défense de son dossier, probablement dans le cadre du contradictoire fréquemment évoqué.

« *Attendu que pour confirmer l'ordonnance ayant enjoint la production de toutes pièces administratives et médicales relatives à l'affaire, la décision retient que l'assuré social sollicitant un avantage social en réparation d'un préjudice doit en rapporter la preuve en application de l'article 9 du code de procédure civile devant les organismes d'attribution et les juridictions de recours ; qu'à cette fin, il lui est nécessaire de faire état de ses déficiences, handicaps, infirmités et pathologies tant physiologiques que psychiatriques ; qu'il renonce volontairement, dans son propre intérêt, à la protection instituée en sa faveur par l'article 4 du code de déontologie médicale ; que dans ces conditions, le secret médical ne peut être valablement opposé aux juridictions alors même que l'assuré sollicite qu'il soit débattu contradictoirement de sa situation de santé.* »

Ces décisions ont abouti à de très nombreux recours devant la juridiction d'appel. Or celle-ci avait les mêmes difficultés pour l'application des dispositions de l'article R. 143-27 du code de la sécurité sociale qui régit la mise en état des dossiers à la Cour nationale de l'incapacité et de la tarification de l'assurance des accidents du travail.

¹¹⁶⁴ Décision CNITAAT n° 06/00549, 20 juin 2007

4-2 Les motivations du refus de communication par le service du contrôle médical

Le refus de communication du dossier par le service du contrôle médical, argumentait que ce service, indépendant des caisses primaires¹¹⁶⁵, ne pouvait qu'être tiers au litige et qu'en l'absence de disposition législative spécifique comme prévu dans les dispositions des articles 226-13 du code pénal, L. 1110-4 et R. 4127-4 du code de la santé publique, « *le juge ne pouvait contraindre (un établissement de santé) à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime.* »

Le juge aurait le pouvoir d'ordonner la communication mais il n'aurait pas le pouvoir d'utiliser la contrainte¹¹⁶⁶, sauf disposition législative spécifique l'y autorisant, « *sans subordonner l'exécution de cette mission à l'autorisation préalable du patient concerné* »¹¹⁶⁷ ou si les intéressés s'y sont opposés¹¹⁶⁸ tant que le secret est opposé de bonne foi. Sinon « *il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat* ». ¹¹⁶⁹

Ces arguments ont été balayés par l'arrêt de la Cour de cassation du 22 novembre 2007 qui énonce comme principe qu'« *une expertise médicale qui en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties (...).* »¹¹⁷⁰

5 Des revirements de jurisprudence

La Cour de cassation a alors été amenée, se prononçant sur de nombreux recours, à une construction progressive jurisprudentielle.

5-1 Une jurisprudence complexe

On doit relever une jurisprudence déjà ancienne sur ce sujet, un arrêt de la chambre sociale de 27 avril 1967 précisant qu'on ne saurait interdire en matière d'accident de travail « *à l'expert choisi par les parties ou commis par la juridiction contentieuse de prendre*

¹¹⁶⁵ Le service du contrôle médical est actuellement un service relevant uniquement et directement de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés conformément au 5 de l'article L. 221-1 du code de la sécurité sociale

¹¹⁶⁶ Cass. Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-11959 « Qu'en statuant ainsi, alors que des informations couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées à un tiers sans que soit constaté l'accord de la victime ou son absence d'opposition à la levée de ce secret (...) »

¹¹⁶⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 08-12742 pour le paiement d'une indemnité journalière prévue par un contrat de prévoyance

¹¹⁶⁸ HAUSER J., « L'objet et l'étendue du droit au secret de la personnalité : que peut-on cacher et à qui ? » (Civ. 1^{re}, 15 juin 2004, D. 2004.2682 note Duval-Arnould ; 19 févr. 2004, D. 2004.Somm.1633, obs. C. Caron et Jur. 2596, note C. Bigot ; 8 juill. 2004, D. 2004.2694 ; 23 sept.2004, RJPF 2004-12/18, obs. Putman ; 25 nov. 2004, D. 2004.3197 et les obs.), RTD Civ. 2005 p. 99

¹¹⁶⁹ En ce qui concerne un contrat d'assurance

¹¹⁷⁰ Arrêt du 22 novembre 2007, Bull. civ. I, n° 261 ; D. 2008, Pan. 510, obs. J. Penneau

*connaissance des pièces et documents médicaux nécessaires à l'accomplissement de sa mission. »*¹¹⁷¹

Plusieurs jurisprudences de la Cour de Cassation sur le sujet ont abouti à des décisions contradictoires.¹¹⁷² Il y a eu ainsi coexistence d'une analyse stricte du secret dans le cadre de la chambre criminelle alors que les chambres civiles, commerciale notamment¹¹⁷³ et maintenant sociale¹¹⁷⁴ réfutent de plus en plus la notion de secret absolu.

La jurisprudence a confirmé récemment que « *la caisse n'était fondée à opposer ni l'impossibilité d'obtenir la production d'une pièce détenue par un tiers ni le respect du secret médical à une demande de communication d'un dossier médical à un médecin expert judiciaire (...).* »¹¹⁷⁵

La Chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que la production des pièces relatives à la santé d'une personne pouvait être justifiée, sans que son avis ou celui de ses ayants droits soit sollicité, si elle restait proportionnée, par la défense des intérêts des demandeurs.

La chambre civile a, quant à elle, admis la transmission d'informations en limitant strictement le droit d'accès à l'expert, celui-ci « *lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise.* ». La C.N.I.T.A.A.T. avait été beaucoup moins restrictive en estimant que les articles R. 441-13 et R. 143-8 du code de la sécurité sociale relatifs à l'obligation de transmission des documents médicaux valaient autorisation de levée du secret professionnel, en cas de contestation d'un taux d'incapacité permanente au sens de l'article 226-14 du code pénal.

5-2 Une décision de principe

Sur recours ultime dans une affaire de ce type, la cour suprême a été amenée à se prononcer. Un litige opposant une coopérative agricole et une caisse de la Mutualité Sociale Agricole (M.S.A.) et portant devant la juridiction de l'incapacité sur l'évaluation du taux d'incapacité partielle consécutif à un accident de travail aboutit à une décision de principe.

Initialement, le litige a amené deux arrêts des 3 novembre 2005 et 29 juin 2006 tranchant la question de recevabilité du recours et l'opposabilité de la décision dans le cadre du respect du contradictoire. Par un premier arrêt avant dire droit, la Cour d'appel a ordonné une expertise sur pièces « *sans que puisse être opposé le secret médical ou professionnel.* », l'expert étant chargé de se faire remettre l'entier dossier médical du salarié ayant déterminé le taux d'incapacité partielle séquellaire retenu par la caisse de M.S.A.

¹¹⁷¹ Cass. soc., 27 avril 1967, Bull. civ. IV, n° 343

¹¹⁷² Cass. Crim., 8 avril 1998 – Bulletin n° 97-83.656, Cass. 1^o ch civ., 15 juin 2004, Bulletin n° 01-02.338

¹¹⁷³ Cass. com. 15/05/2007, n° 06-10606, publié au Bulletin

¹¹⁷⁴ Cass. civ. 2^{ème}, 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250, Publié au bulletin

¹¹⁷⁵ Cass. Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2010, n° 09-16829, Publié au bulletin

Suite à recours, la juridiction a déclaré la décision de fixation du taux inopposable à l'employeur. La caisse a alors déposé un pourvoi pour la seconde décision. Le pourvoi a été rejeté et l'arrêt du 22 novembre 2007 énonce comme principe qu'« *une expertise médicale qui en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties (...).* »¹¹⁷⁶

Bien que rappelant les conditions du secret médical qui « *institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi et lui fait obligation de protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées* », l'arrêt aboutit à un principe nouveau. « *Le secret médical ne saurait être opposé à un médecin expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise.* »

5-3 Une décision ouvrant les débats

Cette décision, définissant un droit direct et permanent à l'accès aux données personnelles de santé pour tout expert au motif qu'il est professionnel sa santé et soumis, à ce titre, au secret professionnel était en opposition avec l'ensemble des constructions précédentes.

Il y avait création d'une équivalence de secret partagé en dehors de tout soin, la position étant contraire aux avis de l'Ordre qui encadre la possibilité de transmission à destination des experts médicaux.

5-3-1 Les spécificités du contentieux de l'employeur

Tout d'abord, nous devons rappeler les conditions exactes de cette décision qui se place dans le cadre de la gestion d'une difficulté particulière de ce type de contentieux. En effet, si la communication à l'assuré social lui-même des éléments le concernant et détenus par le service du contrôle médical placé auprès des caisses d'assurance maladie ne soulève aucune difficulté, de par l'application des conditions de l'article L. 1111-7 du code de la santé publique issu de la loi du 4 mars 2002¹¹⁷⁷, il n'en est pas de même lorsque le recours provient de l'employeur. Celui-ci peut être en désaccord avec la décision d'attribution d'un taux d'incapacité permanente suite à l'évaluation réalisée par le praticien conseil, ce taux servant de base au calcul de la cotisation employeur qu'il doit verser au titre des prestations sociales pour la couverture accident du travail-maladies professionnelles. Il peut exercer un double

¹¹⁷⁶ Arrêt du 22 novembre 2007, Bull. civ. I, n° 261 ; D. 2008, Pan. 510, obs. J. Penneau

¹¹⁷⁷ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé (JO du 05/03/2002) et LR DSM-56/2003 du 26/09/2003 reprenant l'ensemble des dispositions applicables suite à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé

recours, devant le T.C.I. sur l'évaluation du taux et devant la C.N.I.T.A.A.T. sur le montant de sa cotisation.¹¹⁷⁸

On constate donc que la communication est demandée, non par l'assuré lui-même sur ses propres informations médicales mais par son employeur qui cherche ainsi à obtenir des informations personnelles sur la personne de son salarié. Celui-ci, n'étant pas la plupart du temps informé du recours de son employeur peut ainsi, sans pouvoir s'y opposer, subir une divulgation de ces informations auprès de son employeur et devant le tribunal, les audiences étant publiques.¹¹⁷⁹

L'ensemble des réflexions qui tendent à définir une transmission d'information à l'intention de l'employeur dans le cadre d'un recours évoque la position du Conseil constitutionnel qui a précisément considéré que les droits de la défense sont « *un droit fondamental à caractère constitutionnel* ». Le postulat est que les droits de la défense seraient supérieurs au droit au secret. C'est omettre un peu trop rapidement que l'article L. 1110-2 du code de la santé publique évoque le droit au respect de la dignité, dignité qui est le fondement du droit au respect de la vie privée et du secret des informations personnelles, notamment de santé, et qui est reconnu par le Conseil constitutionnel comme de valeur constitutionnelle.¹¹⁸⁰

Nous nous trouvons néanmoins devant un conflit de pouvoir : certainement droit constitutionnel de la défense contre droit constitutionnel au secret ; éventuellement pouvoir judiciaire contre pouvoir médical.

La solution de cette difficulté semble reposer dans la notion analysée plus avant de proportionnalité. Une prédominance du droit à la défense sur le droit au secret de la vie privée nécessiterait un encadrement strict de la Loi définissant le respect des intérêts en cause et autorisant un recours pour la personne faisant l'objet d'une limitation de ses droits.

En ce qui concerne la décision de la chambre civile de la Cour de cassation du 22 novembre 2007 il semble utile d'en reproduire le dispositif : « *Mais attendu que si le secret médical, institué dans l'intérêt des patients, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi et lui fait obligation de protéger contre toute indiscretion les documents médicaux concernant les personnes qu'il a soignées ou examinées, une expertise médicale qui, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties ; qu'il en résulte que le secret médical ne saurait être opposé à un médecin expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise ;* »¹¹⁸¹. Plusieurs points peuvent être critiqués.

¹¹⁷⁸ Article L. 143-1, 2° du code de la sécurité sociale

¹¹⁷⁹ Certains tribunaux ont mis en place un huit clos quasi systématique

¹¹⁸⁰ Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993 : *Justices* janv. 1995, p. 201, obs. Molfessis

¹¹⁸¹ Cass. civ. du 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250 sus citée

5-3-2 Les critiques du dispositif

Le dispositif présenté ci-dessus fait l'objet de certaines critiques visant à démontrer son imperfection.

L'expert soumis au secret

Tout d'abord, on doit relever que, selon ces attendus, la caisse ne pourrait refuser de communiquer les documents médicaux à l'expert, à condition que celui-ci remplisse sa mission en dehors de tout débat contradictoire, puisque l'employeur ou le médecin désigné par lui, ne pourrait prendre connaissance de ces documents. L'expert est « *lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise.* ».

Cela semble limiter le droit au respect du contradictoire, ce qui a probablement provoqué l'opposition des juridictions de l'incapacité de première instance dont on vu précédemment qu'elles persistaient dans leur analyse en condamnant l'assurance maladie malgré la communication des dossiers à l'expert. Certains juges estiment que les parties devant être à égalité, la transmission des données doit être complète, l'employeur étant une partie.

Cela revient à permettre un accès direct au dossier de santé à l'employeur pour tout contentieux ce qui semble être un contournement de la loi qui lui interdit d'accéder aux données personnelles de santé de son salarié.

Cette décision semble laisser persister des difficultés, principalement du fait de la volonté affirmée de respect du contradictoire par communication de l'ensemble des éléments disponibles aux parties. Il est ainsi apparu, ultérieurement à sa mise en œuvre¹¹⁸², des cas dans lesquels il y a eu communication des dossiers médicaux par l'expert lui-même aux médecins mandatés par l'employeur¹¹⁸³, malgré les attendus qui précisait qu'il est « *lui-même (l'expert) tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties* ».

L'intérêt de l'assuré

Ensuite, il est important de rechercher dans la décision concernée la justification de cette transmission.

Il apparaît clairement que la juridiction suprême se réfère tout d'abord à l'obligation de respect du secret médical institué dans l'intérêt des patients reprenant l'argumentation de la Caisse primaire ayant déposé le recours. Puis elle rejette l'argument pour justifier le droit à « *connaissance* » des informations par l'expert au titre de son rôle technique d'auxiliaire du juste, aux fins de bonne administration de la justice

¹¹⁸² LR-DAJI-2/2008 du 24/07/2008 non publiée

¹¹⁸³ Cass. civ. du 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250 sus citée

Il y a donc dans cette décision la définition d'une primauté du pouvoir juridique sur la pouvoir médical, primauté de l'autorisation de communication favorable aux parties sur l'interdiction de communication dans l'intérêt des patients qui ne sont par parties au contentieux.¹¹⁸⁴

En effet, la solution du litige opposant l'employeur à la caisse primaire est sans incidence sur la prise en charge par cette caisse des conséquences subies par la victime de l'accident du travail ou de l'assuré atteint d'une maladie professionnelle.¹¹⁸⁵ Celle-ci n'est pas partie au litige.

Il est d'usage d'écrire qu'on ne peut lui demander aucune intervention, ni participation à une mesure d'instruction, ni expression de son consentement à la communication des renseignements médicaux la concernant.

Néanmoins, il semble possible de remettre en cause ce dogme

- L'assuré, même s'il n'a pas d'intérêt financier immédiat à l'affaire, a un intérêt moral qui peut être lié à sa volonté de maîtriser la transmission de ses données personnelles de santé, à la loyauté du lien avec son employeur ;
- En ce qui concerne les assurés décédés, le recours est alors posé par un ayant droit agissant pour son propre compte qui ne devrait pas se voir opposer une impossibilité d'exprimer ou de refuser son consentement.

Un cas d'espèce

Enfin, un point de pratique essentiel nous amène à considérer que, cette décision, loin de pouvoir être considérée comme une décision de principe, relève d'un cas d'espèce. En effet, notre pratique fréquente de ce type de contentieux nous montre que, conformément aux conditions de l'article R. 143-13 du code de la sécurité sociale, et probablement dans un souci de rapidité et de bonne administration de la justice, la quasi-totalité des avis demandés par les T.C.I. et, de façon systématique pour la C.N.I.T.A.A.T.¹¹⁸⁶ ne correspondent pas à une expertise mais à une simple consultation. Cette consultation, réalisée le jour même de l'audience et dans les cas de recours déposé par un employeur portant sur des pièces médicales ne bénéficie en aucun cas des conditions spécifiques aux expertises. Le contradictoire n'est pas respecté et le praticien n'établit aucun rapport, un simple relevé d'information et de données médicales non formalisé servant de base à une information orale du tribunal.¹¹⁸⁷

Les termes de l'article R. 143-13 du code de la sécurité sociale¹¹⁸⁸ établissent d'ailleurs une distinction évidente entre ces deux modes de réalisation d'avis médicaux.

¹¹⁸⁴ Cass. Soc., 18 mars 2003, n° 01-20121, La même démarche concerne le médecin désigné par l'assuré qui doit bénéficier de la communication des observations médicales du médecin-conseil de la Caisse

¹¹⁸⁵ Dans un certain nombre de cas, accident mortel ou cancer professionnel ayant entraîné le décès, le dossier est évidemment géré en l'absence de la personne concernée

¹¹⁸⁶ La C.N.I.T.A.A.T. ne se prononce que sur avis du médecin consultant qui se prononce au vue du dossier seul

¹¹⁸⁷ Sur le point du contradictoire du fait de la présence des parties voir Cass.Civ.2^{ème}, 22 janvier 2009, N° 07-15131, Non publié au bulletin ; Cass. Civ. 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 09-10460 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 18 février 2010, n° 09-11812, Cass. Civ. 2^{ème}, 6 mai 2010, n° 09-14703 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 2010, n° 09-67330

¹¹⁸⁸ Art. R. 143-13 du code de la sécurité sociale stipule que « *Le tribunal peut ordonner, d'office ou à la demande des parties, une consultation ou une expertise, (...). Les mesures d'instruction ordonnées peuvent être exécutées sur-le-champ par le technicien avisé de sa mission par tout moyen. Dans ce cas, le technicien fait immédiatement rapport au tribunal de ses constatations en présence des parties. Lorsqu'il ordonne une*

L'expertise, mesure d'instruction complexe qui nécessite un formalisme important, notamment en ce qui concerne le contradictoire¹¹⁸⁹ avec convocation des parties¹¹⁹⁰, fait la plupart du temps l'objet d'une décision de justice précisant la question et donnant un délai de réalisation.

La consultation est immédiate et ne nécessite pas un tel formalisme, notamment en ce qui concerne la convocation des parties.

Ces différences sont retrouvées dans le code de procédure civile.¹¹⁹¹

On pense donc être en droit d'admettre que la décision qui justifie la communication d'informations à un expert dans un cadre strict de réalisation d'une expertise ne peut spontanément s'appliquer à la réalisation d'une simple consultation. Cette analyse semble être conforme puisque la même distinction a été clairement relevée par le législateur.

On doit rappeler dans le même sens la décision fondamentale de la Cour de cassation qui définit que « *le secret médical ne saurait être opposé à un médecin expert appelé à éclairer le juge sur les conditions d'attribution d'une prestation sociale, ce praticien, lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les éléments médicaux examinés par lui aux parties et ayant pour mission d'établir un rapport ne révélant que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées et excluant, hors de ces limites, ce qu'il a pu connaître à l'occasion de l'expertise.* »¹¹⁹²

6 Des propositions de Loi

L'analyse de cette situation complexe avait tout d'abord amené la rédaction d'une proposition de loi permettant la transmission des documents médicaux aux juridictions du contentieux technique.¹¹⁹³ Il était envisagé une simple extension de l'obligation de communication au tribunal « *par les caisses d'assurance maladie et les services du contrôle médical* »¹¹⁹⁴ (...) ainsi que tout tiers (...) » de « *l'entier dossier médical ou tout document*

expertise, le tribunal détermine par une décision la mission confiée à l'expert, les questions qui lui sont posées et le délai dans lequel l'expert devra donner son avis. Le médecin expert adresse son rapport au secrétaire du tribunal dans le délai imparti qui court à compter de la réception de la demande d'expertise qui lui a été adressée. (...) »

¹¹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n° 09-69721, Publié au bulletin « (...) qu'afin de respecter le principe du contradictoire l'expert doit communiquer spontanément à chaque partie les documents que lui ont remis les autres parties (...) »

¹¹⁹⁰ Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2007, Bull. Civ. I, n° 261 ; D. 2008. Pan. 510, obs. J. Penneau « *une expertise médicale qui, en ce qu'elle ressortit à un domaine technique échappant à la connaissance des juges, est susceptible d'influencer leur appréciation des faits, constitue un élément de preuve essentiel qui doit pouvoir être débattu par les parties.* »

¹¹⁹¹ Art. 232 du code de procédure civile « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.* » et art. 263 du code de procédure civile « *L'expertise n'a lieu d'être ordonnée que dans le cas où des constatations ou une consultation ne pourraient suffire à éclairer le juge.* »

¹¹⁹² Civ. 1^{ère}, 22 novembre 2007, Bull. Civ. I, n° 261 ; D. 2008. Pan. 510, obs. J. Penneau

¹¹⁹³ Proposition présentée par M. Olivier Jardé, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 février 2007

¹¹⁹⁴ Nous soulignons les termes qui reconnaissent une distinction entre services médicaux et services des Caisses primaires

médical spécifié qu'ils détiennent concernant la personne dont l'état de santé est l'objet du litige examiné par cette juridiction sans que le secret médical ne puisse lui être opposé. » Il semble que cette proposition, qui émanait d'un seul parlementaire, se soit vue reprocher un trop large champ d'application de cette obligation de communication. En effet, dans la législation actuelle, toute diminution du taux d'indemnisation sur demande de l'employeur n'est pas opposable à l'assuré lui-même qui ne perd donc aucun des avantages initialement reconnus. L'assuré n'étant pas partie au contentieux est donc tiers et cette obligation de communication aurait pu être considéré comme un moyen de lui rendre la nouvelle décision opposable.

Il a été enregistré par la suite à la Présidence de l'Assemblée Nationale le 19 juin 2008, une proposition de loi émanant d'un groupe de députés visant à permettre de traduire les services de contrôle médical devant les tribunaux de l'incapacité. Cette proposition souhaitait imposer deux affirmations :

- « *Le respect du secret médical ne s'oppose pas à ce que, dans le cadre d'un contentieux portant sur le taux d'IPP, les pièces médicales justifiant cette décision soient communiquées au demandeur quel qu'il soit et à la juridiction* ». En effet, on rappelle que le secret médical n'est pas absolu et doit céder notamment dans les cas prévus par la loi conformément aux articles 226-14 du code pénal, 1110-4 du code de la santé publique et 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme qui prévoit notamment que le secret peut être levé lorsqu'une mesure nécessaire à la protection des « *droits et libertés d'autrui* » est édictée, notamment par la loi ;
- Conformément à l'article 117 de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008 dans l'article L. 442-5 du code de la sécurité sociale : « *Les articles L. 315-1 et L. 315-2 sont applicables aux accidents de travail.* », les avis du service du contrôle médical, tels qu'ils sont prévus par l'article L. 315-1, qui s'imposaient à la caisse dans le cadre de la couverture maladie, s'imposent aussi dorénavant en matière d'accident de travail. Le décisionnaire serait donc, en matière de fixation du taux d'incapacité permanente, le service de contrôle médical et c'est lui qui devrait être attrait devant la juridiction compétente.

Ces propositions de loi ci-dessus étudiées ont été un préalable à un article incorporé dans le projet de loi de financement du budget de la sécurité sociale pour l'année 2009 puis maintenu dans la version définitive adoptée le 27 novembre 2008 mais le Conseil constitutionnel a été amené à rejeter ces dispositions en considérant qu'elles étaient sans lien avec une loi de financement.¹¹⁹⁵

¹¹⁹⁵ DC du 11 décembre 2008 n° 2008-571 portant sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 « *Considérant que l'article 99 de la loi déferée autorise, en cas de contestation d'une décision relative à la fixation du taux d'incapacité d'une victime, la transmission du rapport médical à un médecin placé auprès de la juridiction saisie ; (...) ; que ces dispositions n'ont pas d'effet ou ont un effet trop indirect sur les dépenses des régimes obligatoires de base ou des organismes concourant à leur financement ; que, par suite, elles ne trouvent pas leur place dans une loi de financement de la sécurité sociale ; (...)* Article premier.- *Sont déclarées contraires à la Constitution les dispositions suivantes de la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009 : (...) les articles (...) 99 (...).* »

7 Un amendement de la loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires.

Les propositions d'évolution de la législation ayant fait l'objet d'un rejet par le Conseil Constitutionnel, deux amendements ont été déposés dans le cadre de la discussion du projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires.¹¹⁹⁶ L'amendement n° 448 présenté par Monsieur Rolland, rapporteur au nom de la commission des affaires culturelles, mais initié par Messieurs Jardé, Prétel et Leteurtre et l'amendement n° 1429 présenté par un groupe de parlementaires¹¹⁹⁷, en principal M. Bapt, visaient à insérer un article additionnel après l'article 21 de la loi, créant un article L. 143-10 du code de la sécurité sociale reprenant les mêmes termes que le projet présenté en fin d'année 2008. Cet amendement a été adopté en l'état par les députés le 4 mars 2009.

Il est intéressant de signaler que les motifs présentés initialement, pour ce que nous serons amenés à appeler l'amendement Jardé¹¹⁹⁸ reconnaissant ainsi l'implication personnelle de son rédacteur dans la résolution d'une difficulté complexe, portaient tant sur la protection des dépenses de l'Assurance Maladie que sur la volonté de s'opposer à une certaine « *amoralité* »¹¹⁹⁹. En effet, les décisions d'inopposabilité prises ont pour effet de mutualiser sur la communauté des employeurs la dépense qui devrait être imputable au seul employeur responsable de l'accident du travail. Le second amendement avait pour motif affirmé la volonté de protéger les entrepreneurs qui déploient de réels efforts de prévention des maladies professionnelles et des accidents du travail par rapport à ceux qui se contentent de la mutualisation.

Les arguments évoquaient aussi un motif d'ordre économique. Il s'agissait de la nécessité d'éviter l'évasion de recettes de cotisations, en rapport avec l'utilisation de la complexité des procédures par des cabinets spécialisés « *cost-killers* » qui ont été reconnus comme ayant bénéficié des incertitudes de la loi et de la jurisprudence.

Il persiste dans ces amendements la volonté de concilier principe du contradictoire et respect du secret¹²⁰⁰.
« Tout d'abord, la chaîne du secret médical est assurée dès lors que le rapport médical ayant contribué à la fixation du taux d'incapacité de travail permanente est transmis au médecin expert désigné par la juridiction, sans que soient opposées au praticien conseil les dispositions de l'article 226-13 du code pénal. »

¹¹⁹⁶ Loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, n° 1210 rectifié, déposée le 22 octobre 2008

¹¹⁹⁷ Débat du 04/03/2009, amendement n 1429, loi HPST

¹¹⁹⁸ Débat du 04/03/2009, amendement n 448, loi HPST

¹¹⁹⁹ Nous utilisons ce terme devant une situation qui vise à faire transférer les dépenses d'un employeur dont l'activité à amener la réalisation d'un dommage sur la communauté des employeurs

¹²⁰⁰ Projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires n° 1210. Amendement n° 448, présenté par M. Rolland, rapporteur, au nom de la commission des affaires culturelles, M. Jardé, M. Prétel et M. Leteurtre, exposé sommaire de l'article additionnel après l'article 21, « *C'est ainsi que, d'une part, la chaîne du secret médical est assurée dès lors que le rapport médical ayant contribué à la fixation du taux d'incapacité de travail permanente est transmis au médecin expert désigné par la juridiction, sans que soient opposées au praticien-conseil les dispositions de l'article 226-13 du code pénal et que, d'autre part, le principe du contradictoire est respecté puisque ce rapport est notifié au médecin que l'employeur aura mandaté à cet effet. »*

Ensuite, le principe du contradictoire est respecté puisque ce rapport est notifié au médecin que l'employeur aura mandaté à cet effet.

Enfin, bien que la victime de l'accident ne soit pas partie à l'instance puisque le taux de son incapacité est fixé par la caisse, il est prévu de l'informer de cette notification dans un but de transparence de la procédure suivie. »

Il n'apparaît pas, dans l'exposé sommaire des motifs des deux amendements, qui ont été acceptés ensemble, de défense de l'intérêt de la victime.

Les questions évoquées plus haut et portant sur le droit au respect du secret pour l'assuré ainsi que son droit à maîtriser l'utilisation de ces données personnelles persistent. En effet, la seule justification de son information portant sur la notification est celle d'un but de transparence de la procédure suivie.

La notion de transparence s'opposant à celle de droit personnel est donc ici fondamentale dans l'évolution de la Loi.

7-1 La loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires

Après toutes ces péripéties, les discussions entre législateur, ministères et Assurance Maladie ont abouti à la création de l'article L. 143-10 du code de la sécurité sociale qui définit la transmission par le praticien conseil du rapport médical d'évaluation des séquelles consécutives à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. Le contenu du rapport est précisé dans l'article R. 143-33 du code de la sécurité sociale.¹²⁰¹

Ce texte a fait l'objet d'un décret d'application définissant avec précision les modalités de transfert d'information du médecin conseil sur demande du secrétariat du tribunal T.C.I. ou C.N.I.T.A.A.T. à son attention sous enveloppe scellée à destination du médecin consultant ou expert et portant la mention du secret. Le secrétariat transmet les pièces à l'expert et au médecin éventuellement mandaté par l'employeur. Il informe simplement l'assuré de cette transmission.¹²⁰²

L'épopée romanesque connue de l'ensemble des intervenants ne pouvait se clore sur un simple texte de loi, même bénéficiant d'un décret d'application.

¹²⁰¹ Art. R. 143-33 du code de la sécurité sociale « *L'entier rapport médical mentionné à l'article L. 143-10 comprend :*

1° L'avis et les conclusions motivées données à la caisse d'assurance maladie sur le taux d'incapacité permanente à retenir ;

2° Les constatations et les éléments d'appréciation sur lesquels l'avis s'est fondé. »

¹²⁰² Art. R. 143-32 du code de la sécurité sociale « *Lorsque la juridiction du contentieux technique de la sécurité sociale saisie d'une contestation mentionnée aux 2° et 3° de l'article L. 143-1 a désigné un médecin expert ou un médecin consultant, son secrétariat demande au praticien-conseil du contrôle médical dont le rapport a contribué à la fixation du taux d'incapacité permanente de travail objet de la contestation de lui transmettre ce rapport.*

Le praticien-conseil est tenu de transmettre copie de ce rapport en double exemplaire au secrétariat de la juridiction dans un délai de dix jours à compter de la réception de la demande. Chaque exemplaire est transmis sous pli fermé avec la mention " confidentiel " apposée sur l'enveloppe.

Le secrétariat de la juridiction notifie dans les mêmes formes un exemplaire au médecin expert ou au médecin consultant ainsi que, si l'employeur en a fait la demande, au médecin mandaté par celui-ci pour en prendre connaissance. Il informe la victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle de la notification au médecin mandaté par l'employeur par tout moyen permettant d'établir sa date certaine de réception. »

En effet, dès sa parution, des questions ont été posées sur les conditions exactes de son application.

7-1-1 Des difficultés d'application

Certains juges ont maintenu leur volonté de permettre un accès direct pour les justiciables, notamment employeurs, à l'ensemble du dossier médical détenu par le service du contrôle médical.

L'argumentation présentée par les avocats des employeurs portait sur la nécessité de connaître, non seulement les éléments de fait constituant le litige au titre de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle, mais aussi l'ensemble des informations sur le passé médical de la victime. Un état antérieur ancien de plusieurs années pouvait être utile pour tenter d'infléchir le médecin consultant du Tribunal et obtenir une réduction du taux proposé.

Cette question soulève plusieurs difficultés.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà signalé cela revient à permettre un accès direct au dossier de santé à l'employeur pour tout contentieux ce qui semble être un contournement de la loi qui lui interdit d'accéder aux données personnelles de santé de son salarié. C'est ainsi le cas du droit du travail qui limite l'accès au médecin du travail ou le code de la santé publique qui sanctionne les tentatives de violation du secret.

Si l'on peut comprendre la volonté pour un justiciable de mettre en œuvre tous ses moyens de défense, il ne saurait être admis que les juridictions interfèrent dans la gestion des organismes de protection sociale et leur demandent de s'exonérer de l'application de la réglementation générale telle que la loi informatique et liberté ou leur réglementation propre qui limite la conservation des documents.

Très fréquemment, il transparaît, à la lecture des publications du domaine juridique ainsi que des décisions des tribunaux, l'existence de la croyance que l'Assurance Maladie, et notamment les services du contrôle médical, possèdent des informations illimitées sur les assurés sociaux.

Cette portée illimitée concernerait à la fois le champ de conservation des données, l'ensemble des consommations de soins en nature et en espèce, mais aussi l'ancienneté des prestations prise en charge.

La phrase « *mais vous savez bien s'il a été en arrêt de travail il y a plusieurs années pour cette maladie ?* » nous a été fréquemment posée dans notre expérience professionnelle.

Or le service du contrôle médical, au cours de ses activités, ne constitue pas, au sens strict du terme et du contenu prévu par le code de la santé publique, un dossier médical. Ne sont relevées, au sein d'une fiche médicale¹²⁰³, que les informations strictement nécessaires à

¹²⁰³ Art. R. 4127-45 du code de la santé publique « (...), le médecin doit tenir pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle ; cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques. Dans tous les cas, ces documents sont conservés sous la responsabilité du médecin.(...). »

la prise de décision dans la gestion d'une demande établie émanant des services administratifs de la caisse suite à demande de prestation, certaines demandes ne faisant même pas l'objet d'une saisie informatique de donnée médicale.

De plus, l'application des conditions de la loi informatique et liberté portant sur le droit à l'oubli entraîne une épuration régulière des données qui ne sont conservées que tant qu'elles ont une utilité.

Il est donc clairement inacceptable d'exiger de la part du service du contrôle médical une conservation indue de données personnelles de santé en opposition aux conditions de la loi informatique et liberté.

7-1-2 L'absence de satisfaction des praticiens conseils

Sur le fond du débat, la loi ne peut pas satisfaire les praticiens conseils dans sa demande de clarification des conditions de transmission des informations.

En effet, l'absence de possibilité, pour un assuré se plaignant de violation du secret professionnel le concernant, de rechercher la responsabilité du médecin conseil, ne saurait l'empêcher de rechercher une réparation civile qui devrait alors être prise en charge par l'employeur de ce dernier, l'Assurance Maladie.

Il pourrait même être envisagé un contentieux disciplinaire devant l'ordre professionnel. La juridiction pénale saisie risquerait de mettre en évidence les faits constitutifs de la violation sans pouvoir sanctionner. La juridiction ordinaire, indépendante de la juridiction pénale, éventuellement saisie par le procureur de la République pourrait relever les faits démontrés pour sanctionner le praticien au titre disciplinaire. La rédaction de la loi ne protège donc pas les praticiens conseils qui risquent de s'opposer encore à la communication.

7-1-3 L'intervention du médecin mandaté par l'employeur

La loi a défini la possibilité d'intervention d'un médecin mandaté par l'employeur.¹²⁰⁴

L'absence de possibilité de transmission par l'expert au médecin mandaté par l'employeur

Nous reproduisons cet article afin de développer la question essentielle de la justification de ces communications.

Initialement l'article 65 bis¹²⁰⁵ devenu ensuite article 99 de la loi, insère, après l'article L. 143-9 du code de la sécurité sociale, un article L. 143-10 ainsi rédigé :

¹²⁰⁴ Assemblée nationale (13^{ème} législ.) : 1^{ère} lecture : 1157, 1211, 1212 et T.A. 202.1268. C.M.P. : 1269 et T.A. 211., Sénat : 1^{ère} lecture : 80, 83, 84 et T.A. 14 (2008-2009).C.M.P. : 112 (2008-2009)

« Article L. 143-10. - Pour les contestations mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 143-1, (c'est à dire à l'évaluation des séquelles des accidents de travail et maladies professionnelles pour le régime général et le régime agricole, le régime de travailleurs indépendants ne possédant pas de spécificité pour cette couverture AT-MP ¹²⁰⁶) le praticien conseil du contrôle médical du régime de sécurité sociale concerné transmet, sans que puissent lui être opposées les dispositions de l'article 226-13 du code pénal, à l'attention du médecin expert ou du médecin consultant désigné par la juridiction compétente, l'entier rapport médical ayant contribué à la fixation du taux d'incapacité de travail permanente. À la demande de l'employeur, ce rapport est notifié au médecin qu'il mandate à cet effet. La victime de l'accident du travail ou de la maladie professionnelle est informée de cette notification. »

La décision de la chambre civile de la Cour de cassation suscitée ¹²⁰⁷ justifiait la transmission d'éléments médicaux à l'expert « *lui-même tenu au respect de cette règle, ne pouvant communiquer les documents médicaux examinés par lui aux parties* » par l'obligation au secret.

En effet, même s'il est auxiliaire du service public de la justice, et donc à ce titre auxiliaire du juge, et en l'attente d'un encadrement national des pratiques souhaité par certains intervenants, l'expert auprès du tribunal n'est pas membre à ce titre d'une profession légalement réglementée. Il est néanmoins soumis au respect de devoirs essentiels, donnant au justiciable la garantie d'un procès équitable. ¹²⁰⁸

Dans ces conditions, conformément aux conditions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme et de l'article 16 du code de procédure civile déjà cités, l'expert doit s'impliquer dans respect du contradictoire lors de la procédure. Chaque partie au procès doit pouvoir connaître les arguments adverses et disposer du temps suffisant pour y répondre.

Néanmoins, s'il doit veiller à ce que cette communication soit effectuée, au risque de voir prononcer la nullité de ses opérations d'expertise, il ne semble pas attendu que l'expert communique lui-même les pièces d'un procès aux parties ¹²⁰⁹.

Les risques de violation du secret

Si l'on doit envisager la possibilité pour la loi d'autoriser la transmission du rapport médical, quelle est la justification de cette transmission au médecin mandaté par l'employeur ?

¹²⁰⁵ Projet de Loi de financement de la sécurité sociale pour 2009, séance du 5 novembre 2008, adopté par l'Assemblée nationale, transmis au Sénat, Renvoyé à la commission des Affaires sociales

¹²⁰⁶ Note de l'auteur, conformément à l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale : Il est institué une organisation du contentieux technique de la sécurité sociale. Cette organisation « *règle les contestations relatives : (...) 2° à l'état d'incapacité permanente de travail et notamment au taux de cette incapacité, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle ; 3° à l'état d'incapacité de travail pour l'application des dispositions du livre VII du code rural autres que celles relevant soit du contentieux général de la sécurité sociale, soit des juridictions de droit commun en vertu des articles 1169, 1234-17 et 1234-25 du code rural (...)* »

¹²⁰⁷ Cass. Civ., 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250

¹²⁰⁸ PERICAUD J.-F., « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », Revue de droit immobilier 2001 p. 321

¹²⁰⁹ PERICAUD J.-F., « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », Revue de droit immobilier 2001 p. 321

Car si le projet de loi a prévu la possibilité de cette transmission, elle n'a pas prévu le rappel des conditions de l'obligation au respect du secret au titre de l'article 226-13 du code pénal.

La rédaction de l'article concerné démontre que cette transmission d'information ne peut se faire à l'employeur qui n'est pas justifié à prendre connaissance de l'ensemble des éléments médicaux du dossier médical de son salarié. Il ne possède pas la compétence technique du dossier, il ne peut être considéré comme impartial et ne peut être tenu au secret n'en étant pas dépositaire « *soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire.* »¹²¹⁰

La transmission de l'information doit se faire par l'intermédiaire d'un médecin mandaté par l'employeur. Le médecin accédant à l'information doit la protéger contre toute violation, sélectionner les éléments utiles au recours de son mandant tout en conservant l'impartialité nécessaire au respect de la déontologie.

Ce médecin ne peut intervenir au titre d'auxiliaire du juge. Celui n'a pas besoin de son avis pour être éclairé dans sa décision. Il n'y a pas alors justification de son accès à l'information au titre « d'expert » pour l'accès au dossier.

Il ne peut être considéré comme mandaté par l'assuré, le mandat venant de l'employeur. Il faut d'ailleurs relever que, dans le projet de loi, si la victime doit obligatoirement être informé de la transmission du rapport, il ne semble pas prévu qu'il puisse s'y opposer, ce qui semble contraire aux dispositions du code de la santé publique. Une explication avancée est que si l'assuré possédait ce droit, devenant partie « nécessaire » au procès, il pourrait se voir opposer une décision de réduction de l'évaluation de son taux, ce qui est actuellement impossible.¹²¹¹ Le médecin mandaté par l'employeur n'est en aucun cas médecin de la victime et ne peut se présenter comme ayant un lien contractuel avec elle.

Son intervention semble donc être la seule voie trouvée par le législateur pour faire coexister deux obligations inconciliables, respect du contradictoire, droit de la défense et respect du droit au secret professionnel, droit de la personnalité. Peut-être faut-il en déduire une nouvelle application du secret partagé, en dehors de toute fonction de soins, tel que celui reconnu initialement par l'Ordre des médecins pour les praticiens conseils ? La justification de la violation du secret serait constituée par les droits de la défense.

L'absence d'accord de l'assuré

Qu'il nous soit permis de considérer cette voie comme maladroite, ouvrant la possibilité au service du contrôle médical de communiquer l'information au tribunal qui pourra la transférer au médecin représentant une des parties, mais omettant, dans le respect du droit de l'individu au respect de ses droits personnels, de prévoir sa préservation. En effet, si le secret partagé reconnu pour les praticiens conseils est destiné à faciliter une prérogative de

¹²¹⁰ Art. 226-13 du code pénal

¹²¹¹ Il faut en effet savoir que si l'assuré dépose un recours sur le taux de son incapacité permanente, il ne risque pas de le voir baissé par le tribunal. Si par contre le taux est baissé sur demande de l'employeur, cette diminution sera favorable à celui-ci et ne sera pas opposée à la victime. Quel que soit le demandeur, employeur ou salarié, celui-ci ne court des risques que très limités, puisqu'il ne peut jamais perdre, juste rester en l'état ou gagner. Nous ne pouvons que regretter qu'il n'en soit pas de même avec les jeux de hasard, nous oserions alors à y jouer.

la société sur les droits de l'individu dans l'intérêt de la gestion des dépenses de santé, cette violation est utile pour l'assuré qui pourra ainsi bénéficier des prestations qu'il demande lui-même.

Cet intérêt n'est pas retrouvé dans la rédaction de la loi, l'assuré n'étant en aucun cas partie au procès.

Ainsi, non seulement la victime peut-elle voir les éléments médicaux de son dossier transmis à un tiers sans qu'il ait lui-même intérêt à la transmission mais, en sus, il n'est pas prévu qu'elle puisse s'y opposer.

Il eut été simple de prévoir dans le projet un lien avec l'article 226-13 du code pénal pour toutes les informations ne concernant pas le contentieux en cours.

En effet, tout d'abord sur la forme, nous devons relever que les conditions permettant une transmission d'information et relevant des professionnels de santé ne peuvent être définis par un texte réglementaire mais seulement par la loi. Le silence de celle-ci ne peut être compensé par un texte d'application.

Une disposition anticonstitutionnelle ?

Nous devons évoquer enfin le risque que la disposition soit anticonstitutionnelle en ce qu'elle autorise la communication d'information concernant des données médicales, éminemment personnelles, avec simple information du patient sans envisager l'obligation de respecter son droit personnel sur la maîtrise de ces informations.¹²¹²

Seule la loi peut relever un professionnel du secret sous condition que la loi entoure cette communication d'une protection suffisante. La transmission à un médecin en lien direct de subordination avec l'employeur, risquant de ne pas présenter l'indépendance et l'impartialité d'un expert, ne peut être considérée comme une telle protection.¹²¹³ Il doit être rappelé qu'il existe un principe de liberté de la preuve pour l'établissement des faits juridiques auxquels la loi attache une conséquence juridique sans qu'il soit permis pour cela de recourir à des moyens frauduleux ou contraires à l'ordre public.¹²¹⁴

Une décision ultérieure de la cour suprême¹²¹⁵ semble donner raison à notre analyse en renversant encore une fois la jurisprudence.

La Cour de cassation a, dans une décision du 13 novembre 2008, pris position en annulant une décision de la C.N.I.T.A.A.T. avec renvoi devant la Cour et en condamnant aux dépens l'employeur qui avait été à l'instigation du recours initial.

Sans statuer sur les autres griefs du pourvoi, la Cour suprême tranche le nœud gordien de la question. Il ne peut y avoir transmission d'information concernant une personne sans qu'elle ait donné son accord explicite. Cette analyse se base sur les attendus de la décision : « *Qu'en*

¹²¹² Devrait-on envisager un nouvel exemple de question prioritaire de constitutionnalité ?

¹²¹³

¹²¹⁴ BEGHIN C., « La problématique juridique de la preuve », Les Cahiers du DRH - 2003 - n°90 Supplément - 24-10-2003

¹²¹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, Arrêt n°1498 du 13 novembre 2008, n° 07-18.364

statuant ainsi, alors que ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent résulter de la simple sollicitation de prestations, la Cour nationale a violé les textes susvisés ; ».

Il ne peut y avoir d'accord tacite présumé.

L'étude des visas de la décision apporte des éléments essentiels à la compréhension de la décision.

Initialement, les arguments développés par les services de l'Assurance Maladie s'appuyaient, en sus de l'analyse démontrant l'indépendance légale entre services administratifs des caisses et services du contrôle médical, sur les articles 9 et suivant du code de procédure civile¹²¹⁶, le juge pouvant demander au malade ou à la victime de transmettre au tribunal les éléments le concernant. Cette analyse avait pour principal intérêt de réintroduire l'assuré au sein d'un contentieux aux cours duquel des éléments médicaux personnels allaient être publiquement évoqués sans qu'il en soit même informé.

Dans sa décision, la juridiction suprême a retenu d'autres visas.¹²¹⁷

- L'article 9 du code civil a déjà été évoqué en ce qu'il définit le droit au respect de la vie privée.
- L'article R. 4127-4 du code de la santé publique¹²¹⁸ a déjà été fréquemment évoqué dans notre travail. Ancien article 4 du code de déontologie, il définit le secret professionnel comme étant institué dans l'intérêt des patients.

Ces articles viennent à l'appui d'une lecture très « civiliste » du secret et la conjonction dans les visas de la décision du code civil et du code de déontologie. Le patient est replacé au cœur du dispositif et il est rappelé son droit à la gestion de son propre secret.

Il est à noter que ces deux visas sont proches des arguments développés par le service médical de l'assurance maladie dans les lettres-réseau des 27/01/2004¹²¹⁹ et 05/10/2004¹²²⁰, arguments repris par la Caisse primaire et validés par la juridiction suprême.

¹²¹⁶ Art. 9 du code de procédure pénale : « *Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.* » ; art. 10 du code de procédure pénale : « *Le juge a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admissibles.* » et art. 11 du code de procédure pénale : « *Les parties sont tenues d'apporter leur concours aux mesures d'instruction sauf au juge à tirer toute conséquence d'une abstention ou d'un refus. Si une partie détient un élément de preuve, le juge peut, à la requête de l'autre partie, lui enjoindre de le produire, au besoin à peine d'astreinte. Il peut, à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, au besoin sous la même peine, la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime.* »

¹²¹⁷ Cass. civ. 2^{ème}. Arrêt n°1498 du 13 novembre 2008, n° 07-18.364, « *Vu les articles 9 du code civil et R. 4127-4 du code de la santé publique, précédemment article 4 du code de déontologie médicale;* »

¹²¹⁸ Art. R. 4127-4 « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi. Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* »

¹²¹⁹ LR/ DSM/7/2004 du 27/01/2004 Possibilités d'intervention des praticiens conseils et communication de pièces médicales suite à la réforme du contentieux technique de la Sécurité Sociale, non publiée

¹²²⁰ LR/ DRM/129/2004 du 05/10/2004 présentant les modifications intervenues suite à la réforme du contentieux technique de la sécurité sociale et ses conséquences pour les services administratifs, non publiée

Cette décision, est évidemment essentielle en ce qu'elle répond négativement à la question de la possibilité de communication directe, hors accord explicite de l'assuré concerné, dans le cadre du contentieux technique de la sécurité sociale, cadre restreint de la question importante du devenir du secret médical. Elle laisse persister deux analyses différentes. En effet, les juridictions pénales et civiles appliquent strictement la notion de secret en défendant un droit personnel au respect de l'individu, les juridictions sociales et commerciales évoluent vers un pouvoir de la société sur le secret, même s'il porte sur des éléments individuels.
Le débat n'est sûrement pas clôt.

Il ne l'est pas si l'on prend en compte la demande déposée auprès de la Commission d'accès aux documents administratifs par un avocat au nom d'un employeur afin d'obtenir, à destination d'un médecin conseil désigné par cet employeur, communication de l'entier dossier médical de son salarié dans le cadre de la gestion d'un accident de travail.

Le contenu de l'avis de la C.A.D.A., en date du 11 décembre 2008, même s'il ne s'impose pas et ne peut que servir d'argument à l'appui d'un recours devant une juridiction, est important. Reprenant pratiquement les arguments développés par la Caisse primaire de l'Ain, cet avis précise que « *La commission rappelle que le dossier médical d'une personne détenue par une administration ou une personne de droit privé chargé de la gestion d'un service public est protégé par le secret médical et ne peut être communiqué qu'à la personne à laquelle il se rapporte et aux éventuelles personnes intéressées, en application des dispositions de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique, de l'article R. 1111-1 du même code et du II de l'article 6 de la loi du 17 juillet 1978* ». ¹²²¹

Rejetant pour le demandeur la reconnaissance de la qualité d'intéressé à l'égard du dossier médical concerné, la commission émet un avis défavorable à la communication.
La clarté de cet avis ne laisse planer aucun doute en ce qui concerne l'impossibilité de transmission directe d'information par l'Assurance Maladie aux employeurs.

7-2 L'inopposabilité à l'employeur

Par contre, il est en contradiction avec la récente décision de la Cour de cassation du 19 février 2009¹²²² qui dans un cas de refus de communication de pièces par la caisse à l'employeur a confirmé la décision de la Cour d'Appel. Celle-ci avait déclaré le taux d'I.P. inopposable à l'employeur au motif que « *l'arrêt retient à bon droit que ni l'indépendance du service du contrôle médical vis-à-vis de la caisse ni les réserves émises par celle-ci sur le respect du secret médical ne peuvent exonérer les parties à la procédure du respect des principes d'un procès équitable ; que l'article R. 143-8 du code de la sécurité sociale précise les pièces que la caisse doit transmettre au secrétariat de la juridiction ; que la caisse n'a pas fourni les pièces nécessaires à un réel débat contradictoire sur la fixation du taux d'incapacité permanente partielle, de sorte que l'employeur n'a pu exercer de manière effective son droit de recours ;* »

¹²²¹ Avis CADA n° 20084443-AP du 11 décembre 2008

¹²²² Cass. civ. 2^{ème}, 19 fév. 2009, n° 08-11888

Il n'apparaît donc plus la notion de transmission à l'expert, la caisse ne pouvant transmettre les pièces demandées sans accord de l'assuré¹²²³ mais étant sanctionnée s'il n'y a pas eu communication à l'attention du tribunal.

Il est actuellement proposé, afin de sauvegarder le principe du secret, de mettre en place une transmission par le service médical à l'assuré victime des documents médicaux demandés qu'il pourra communiquer au médecin expert commis par le juge. Il n'est pas certain que cette proposition puisse perdurer, le refus de communication, dans son bon droit, par la victime des éléments le concernant risquant de bloquer le bon fonctionnement de la justice.

Ces difficultés sont encore plus prégnantes depuis que l'on voit apparaître les mêmes demandes de transmission des données personnelles de santé devant d'autres juridictions telles que les T.A.S.S.

Peut-être sera t'on amenés à voir déposée un jour une question prioritaire de constitutionnalité sur cette loi ? Il semble évident que la mise en œuvre d'une disposition qui définit une transmission de données personnelles de santé sans que la personne concernée par les données ne puisse s'opposer pose la question du respect des droits de l'individu.

Cette situation serait une solution intéressante sur le plan théorique afin de trancher le débat mais au plan pratique, elle se heurte à la notion d'intérêt à agir. En effet, le service du contrôle médical n'étant pas partie à l'affaire dans les contentieux devant les juridictions du contentieux technique ne pourrait initier une demande.

L'assuré social concerné, ayant fait l'objet que d'une information tardive au moment de la transmission de données, devrait être rarement en situation de s'opposer dans un délai utile à la décision. La transmission serait déjà réalisée, une éventuelle violation du secret étant déjà instantanément consommée.

De plus, la réglementation actuelle ne permet pas une opposabilité envers cet assuré d'une nouvelle décision. En clair, suite au recours déposé par un employeur, l'attribution d'un taux inférieur à celui initialement attribué ne s'applique pas à l'assuré qui conserve le bénéfice du taux initial. Il lui faudrait alors agir dans le seul intérêt moral de la défense de son droit à la maîtrise de ses données personnelles de santé.

Cette situation semble possible mais elle reste peu probable.

8 Une extension de l'application des demandes

Comme nous l'avons signalé, il apparaît de nouveaux contentieux devant les T.A.S.S. qui semble s'associer à une pratique générale de demande de communication des dossiers concernant la totalité des recours devant les T.C.I.

¹²²³ A signaler le refus constant de reconnaître au consentement de la victime la puissance d'un fait justificatif, PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993, Université de Nancy II, Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion

8-1 Une demande de communication générale par les T.C.I.

En effet, dans l'intérêt bien compris des assurés demandeurs et afin de simplifier leur accès au droit, certaines juridictions ont contacté les services médicaux afin d'obtenir les dossiers des assurés sociaux déposant un recours sur une évaluation non plus d'une séquelle d'accident du travail, mais sur une attribution d'une invalidité ou d'une retraite par inaptitude.

Or la loi et le décret publiés ne concernent très précisément que les contestations mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale.

Cet article, qui a institué une nouvelle organisation du contentieux technique de la sécurité sociale, « règle les contestations relatives, en ce qui concerne le régime général des travailleurs salariés,

1°) à l'état ou au degré d'invalidité, en cas d'accident ou de maladie non régie par le livre IV du présent code et à l'état d'inaptitude au travail ;

2°) à l'état d'incapacité permanente de travail et notamment au taux de cette incapacité, en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle (...). »

L'article L. 143-10 ne concerne donc clairement pas le 1° de l'article L. 143-1 du code de la sécurité sociale et ne peut autoriser le médecin conseil à communiquer le rapport demandé.

Il doit être constaté que la rédaction du décret qui prévoit une communication à destination du secrétariat du tribunal d'un rapport en double copie dont un exemplaire est destiné éventuellement au médecin mandaté par un employeur n'a pas lieu d'être appliqué lorsque c'est l'assuré qui dépose le recours. Il n'y a pas d'intervention d'un médecin mandaté par un employeur. L'assuré qui dépose le recours peut et doit fournir copie du rapport qu'il souhaite déposer à l'appui de sa demande. Une copie de son entier dossier lui est fournie par le service du contrôle médical sur simple demande. Les textes sus cités ne pouvant concerner les demandes portant sur un refus d'attribution d'invalidité et dans le silence des textes, c'est alors l'article 9 du code de procédure civile qui doit s'appliquer. Celui-ci précise qu'il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention.

Les principales difficultés liées à la demande d'intervention du salarié dans le cadre d'un recours de son employeur résident dans la place particulière qu'il jouerait dans le contentieux en cours. En effet, les seules jurisprudences portant sur la possibilité pour une personne concernée par la transmission d'un dossier médical correspondent à des recours des salariés eux-mêmes. Lorsque celui-ci refuse la communication, il revient donc de la compétence du tribunal d'en tirer toute conséquence. Il « appartient au juge, en cas de difficulté, d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime. »¹²²⁴

¹²²⁴ Civ. 2^{ème} 2 juin 2005, Bull. civ. II, n° 142 ; D. 2006. Pan. 690, obs. J. Penneau et Pan. 1791, obs. H. Groutel ; RDSS 2005. 673, obs. P. Hennion-Jacquet a propos d'un litige avec une assurance, celle-ci ne pouvant « produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret ». Pour établissement de santé voir Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, Bull. Civ. I, n° 306 ; D. 2005. Pan. 1323, obs. H Groutel

8-2 Des recours devant les T.A.S.S.

Certains employeurs ont présenté des demandes de transmission des données personnelles de santé devant les T.A.S.S., juridictions du contentieux général de la Sécurité Sociale.

La loi a encadré cette transmission pour les juridictions du contentieux technique. Les mêmes questions peuvent être évoquées dans des recours portant sur la justification de la durée des arrêts de travail.

La réglementation actuelle de la tarification des A.T.-M.P.¹²²⁵ prend en compte les durées d'indemnité journalières selon des seuils réglementaires. A chaque franchissement d'un seuil de durée, la cotisation est augmentée. Les employeurs ont donc intérêt à remettre en cause devant le tribunal la relation entre arrêt et A.T.-M.P. ou la durée de cet arrêt. Pour cela, ils peuvent affirmer l'existence d'un état antérieur ou d'une pathologie intercurrente fréquemment en s'appuyant sur l'avis d'un médecin de recours qui se prononce sur l'état de santé de l'assuré sans l'avoir examiné.

Afin d'apporter la preuve de ces pathologies, il est demandé au service du contrôle médical la transmission du dossier détenu. Or ce service se retrouve dans la situation précédemment constatée de ne pouvoir le communiquer puisque aucun texte ne l'y autorise.

Le problème n'est donc pas encore réglé et l'on risque d'évoluer vers des pratiques de contournement de la loi difficilement acceptable.

Comme me l'a avoué une des personnes rencontrées lors d'entretien préparant ce travail, suffirait-il qu'un employeur dépose une plainte pour escroquerie contre son salarié au motif qu'il y a eu rétention volontaire d'information lors de la conclusion d'un contrat de travail pour que l'accès au dossier médical du salarié soit libre ?

Les avocats ont en effet intérêt à faire reconnaître une carence de transmission des données personnelles de santé par l'assurance maladie afin d'obtenir une inopposabilité de la décision à l'employeur, ce qui leur évite d'aller au fond de l'affaire.

9 La publicité de l'audience

Le respect du secret dépasse la simple communication préalable de documents. Il doit être évoqué aussi lors de l'audience alors que le médecin consultant est amené à donner au tribunal les résultats de sa consultation et pose la question de la possibilité de huis clos, de l'oralité et/ou de la publicité des débats.

Le droit de chacun à ce que sa cause soit « *entendue publiquement* » au sens de l'article 6-1 peut impliquer le droit à une audience publique¹²²⁶ lorsque peuvent être évoqués des questions de fait.¹²²⁷

¹²²⁵ Applicable depuis 2011 et portant sur les dépenses liées à des indemnités journalières évaluées pour une entreprise sur trois années consécutives sur tous les accidents reconnus

¹²²⁶ CEDH, *Hakansson et Sturesson c/ Suède*, 21 février 1990, série A, n° 171-A, § 64 ; CEDH *Fredin c/ Suède*, 23 février 1994, n° 2, série A, n° 280

Ce même article 6 § 1, permet d'écarter la publicité de l'audience en tant que de besoin lorsque, notamment, la protection de la vie privée l'exige. Il y a donc possibilité pour une partie de demander le huis clos et de renoncer ainsi aux garanties offertes par la publicité de l'audience.¹²²⁸

Le problème de la publicité de l'audience n'est pas prégnant lorsque le recours émane de l'assuré social lui-même. Il s'agit simplement de l'application de son droit et il semble aisé, bien que plus long en pratique au cours de l'audience, pour le tribunal d'accéder à cette demande. Certains tribunaux avaient d'ailleurs initialement envisagé un systématisme de mise en œuvre du huis clos suivant en ce sens la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui estime que « *la production d'un dossier médical couvert par le secret professionnel doit impliquer automatiquement le huis clos, la juridiction devant justifier le caractère public des débats, même en l'absence de demande de huis clos.* »¹²²⁹

Le problème semble majeur lorsque le recours émane de l'employeur. Les informations médicales personnelles peuvent être divulguées en public, sans même que l'assuré concerné puisse s'y opposer. Il n'est pas informé du contentieux dans la plupart des cas, et lorsqu'il l'est, les juridictions ne le considèrent pas comme partie et lui dénie la possibilité de s'opposer à la « *violation de son secret* ».

Certains tribunaux ont évoqué un accord tacite de l'assuré social lié à la déclaration d'accident du travail. Le salarié, en acceptant de bénéficier de la couverture sociale liée au régime des accidents de travail serait dans l'obligation non seulement de se plier aux conditions de la réglementation mais aussi d'accepter la communication d'informations en l'absence desquelles une gestion du dossier est plus complexe.

Cette opinion ne peut être entendue¹²³⁰, la jurisprudence ayant relevé « *que ni l'accord de la victime, ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peuvent être le résultat de la simple sollicitation de prestations.* »¹²³¹

En effet, la Cour de cassation admet aujourd'hui que le médecin révèle les informations qu'il détient lorsque l'assuré ou ses ayants droit le sollicitent.¹²³² Il semble possible d'admettre qu'un accord de la personne concernée par les informations autorise leur communication mais il n'est pas possible d'envisager une transmission s'il s'y oppose.

Il semblerait essentiel, dans ces cas particuliers de mettre en œuvre systématiquement un huis clos protecteur, même sans demande émanant de l'assuré social.

¹²²⁷ FLAUSS J.-F., Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (janvier- avril 1994), AJDA © Editions Dalloz 2009, p 511

¹²²⁸ SENERS f., « La commission départementale des travailleurs handicapés face à la Convention européenne des droits de l'homme : respect des « droits civils » et principe d'impartialité », conclusions sur Conseil d'Etat, 6 décembre 2002, *M. Aïn-Lhout*, Revue de droit sanitaire et social 2003 p. 163

¹²²⁹ VITENBERG J., « Le secret médical à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire d'un arrêt de la chambre criminelle du 24 avril 2007 », Médecine et Droit 2008, 88 : 8-9

¹²³⁰ TAURAN T., « Secret médical. Pièces administratives et médicales. Levée du secret. Absence d'accord de la victime. Sollicitation de prestations sociales », Revue de droit sanitaire et social 2009 p. 185

¹²³¹ Civ. 2e, 13 nov. 2008, *Mme X... c/ Société Guy Challancin*, n° 07-18.364

¹²³² Cass. 1^{re} civ. 22 mai 2002, Bull. civ. I, n° 144 a propos d'une mesure d'expertise portant sur la capacité suite à une donation

Chapitre 3 Le devenir du secret

Nous avons déjà relevé l'affirmation, chez plusieurs auteurs, d'une évolution du secret dans la société. Cette même évolution semble être retrouvée au sein de l'assurance maladie.

Section 1 L'évolution de la protection du secret au sein de l'assurance maladie

Le développement d'outils informatiques, ainsi que le développement d'une démarche de gestion du risque assurencielle entraînent une réflexion sur les possibilités d'évolution de la protection du secret au sein de l'assurance maladie

Sous section 1 La place du praticien conseil

L'article R. 4127-104 du code de la santé publique définit la place du praticien conseil dans la protection du secret. « (...) *Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme* »¹²³³

La protection du secret au sein de l'assurance maladie est renforcée par la loi du 4 mars 2002 sur les droits des malades et la qualité du système de santé¹²³⁴ en ce qui concerne le support informatique, par l'association de ces dispositions à la loi du 13 août 2004¹²³⁵ en ce qui concerne le dossier médical personnel intégrant l'article L. 161-36-1¹²³⁶ « *Systèmes d'information de l'assurance maladie et cartes de santé* » dans le code de la sécurité sociale et par l'article L. 161-36-1 du même code. Cet article reprend les dispositions de l'article L. 1110-4 du code de la santé publique.

Sous section 2 L'absence de définition du dossier

Il est essentiel de rappeler que le service du contrôle médical, au cours de ses activités, ne constitue pas, au sens strict du terme et du contenu prévu par le code de la santé publique,

¹²³³ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 4

¹²³⁴ Loi du 4 mars 2002 n° 2002-303 sur les droits des malades et la qualité du système de santé, J.O. 5 mars 2002, p. 4118

¹²³⁵ Loi du 13 août 2004 n° 2004-810 relative à l'assurance maladie, J.O. 17 août 2004, p. 14598

¹²³⁶ Art. L. 161-36-1 « *Afin de favoriser la coordination, la qualité et la continuité des soins, gages d'un bon niveau de santé, chaque bénéficiaire de l'assurance maladie dispose, dans les conditions et sous les garanties prévues à l'article L. 1111-8 du code de la santé publique et dans le respect du secret médical, d'un dossier médical personnel constitué de l'ensemble des données mentionnées à l'article L. 1111-8 du même code, notamment des informations qui permettent le suivi des actes et prestations de soins. Le dossier médical personnel comporte également un volet spécialement destiné à la prévention.* »

un dossier médical. Ne sont relevées, au sein d'une fiche médicale¹²³⁷, que les informations strictement nécessaires à la prise de décision dans la gestion d'une demande établie émanant des services administratifs de la caisse suite à demande de prestation, certaines demandes ne faisant même pas l'objet d'une saisie informatique de donnée médicale.

De plus, l'application de l'article 6 de la loi informatique et liberté portant sur le droit à l'oubli entraîne une épuration régulière des données qui ne sont conservées que tant qu'elles ont une utilité.

On retrouve plus spécifiquement la notion de dossier dans plusieurs textes.¹²³⁸ Il est souvent fait référence à de multiples appellations.

On trouve ainsi le dossier médical qui devient le dossier médical de synthèse dans les articles R. 1112-2 et suivants du code de la santé publique¹²³⁹. Le dossier patient est cité dans les recommandations de l'A.N.A.E.S. destinées « à l'ensemble des professionnels de santé, quel que soit leur mode d'exercice. »

Un dossier de suivi médical mis en place par la loi n° 94-43 du 18 janvier 1994 relative à la santé publique et à la protection sociale a été supprimé par l'ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 article 7, J.O.R.F., 25 avril 1996.

Un dossier malade apparaît dans la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière

L'article R. 4127-45 1^{er} alinéa du code de la santé publique évoque la nécessité d'une fiche d'observation personnelle pour chaque patient, son 3^{ème} alinéa citant les informations et documents utiles à la continuité des soins.

Pourtant malgré ces textes, il n'y a pas eu de définition d'un dossier médical dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.¹²⁴⁰

Sous section 3 Une volonté de disparition du secret médical

Il est fréquemment évoqué au cours de notre travail la volonté de certains intervenants de voir disparaître le secret médical.¹²⁴¹ Pour eux, il ne suffit pas d'en faire un secret fongible avec les autres secrets professionnels. Il faut, bien plus aboutir à une transparence large même

¹²³⁷ Art. R. 4127-45 du code de la santé publique « (...), le médecin doit tenir pour chaque patient une fiche d'observation qui lui est personnelle ; cette fiche est confidentielle et comporte les éléments actualisés, nécessaires aux décisions diagnostiques et thérapeutiques. Dans tous les cas, ces documents sont conservés sous la responsabilité du médecin.(...). »

¹²³⁸ GAGNEUX M., *Pour un dossier patient virtuel et partagé et une stratégie nationale des systèmes d'information de santé*, recommandations à la ministre de la santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative, 23 avril 2008

¹²³⁹ BJPH, septembre 2008, n° 110, p. 15

¹²⁴⁰ loi n° 202-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, JORF, 5 mars 2002

¹²⁴¹ Dans le sens de la disparition des secrets particuliers comme le secret médical ou le secret de l'instruction au profit du secret professionnel SALLES A., « La fin du secret de l'instruction, symbole moribond », Article publié le 03 Septembre 2009, LE MONDE

à l'attention de personnes ne pouvant être concernées par le secret professionnel. Le secret est plus souvent vu comme heurtant le principe de la liberté d'information, principe renforcé ces dernières années par les décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme.¹²⁴²

Il semble pourtant essentiel de rappeler le fondement du droit pénal de sa protection. A quoi servirait-il de mettre en place des incitations à la transmission d'information par les professionnels de santé à d'autres intervenants s'il persistait pour eux un risque majeur de sanction ?

Section 2 Le devenir du secret envers l'employeur

Nous avons évoqué dans le chapitre précédent les demandes de plus en plus fréquentes de transmission de données émanant d'employeurs. Ces demandes ont fait l'objet d'une évolution importante de la réglementation pour permettre, dans un cadre défini, une transmission par les praticiens conseils, or cette question peut concerner aussi les liens existant entre salarié et employeur dans le cadre d'un contrat de travail. L'existence de données détenues par l'assurance maladie pourrait-elle être pris en compte dans de telles relations contractuelles et existe-t'il une justification à la recherche d'informations ?

Sous section 1 L'obligation d'information de son employeur par le salarié

Une question qui doit être évoquée à ce stade de notre réflexion est celle de l'obligation d'information de son employeur par le salarié sur son état de santé, notamment lors de la conclusion du contrat initial.

§ 1 Les obligations de l'employeur

L'employeur ne peut prendre en considération l'état de santé du salarié lors de l'embauchement¹²⁴³, mais l'évaluation de l'aptitude du candidat au poste à pourvoir dans l'entreprise en fonction de son état de santé, de ses capacités physiques mais aussi de la nature de l'activité en cause et des conditions de travail reste d'une importance majeure.

¹²⁴² Rapport LEGER *Comité de réflexion sur la justice pénale*, Remis le 1^{er} septembre 2009, p. 28 7^{ème} proposition Supprimer le secret de l'enquête et maintenir le secret professionnel, Article 11 du code de procédure pénale

¹²⁴³ Conformément à l'article L. 121-6 du code du travail, les informations demandées par l'employeur au salarié doivent présenter un lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou l'évaluation des aptitudes professionnelles. Elles ne peuvent avoir comme finalité que d'apprécier sa capacité à occuper l'emploi ou ses aptitudes professionnelles. L'article L. 122-45 du code du travail prohibe les discriminations à l'embauche fondées sur l'état de santé ou le handicap, à l'exception de l'inaptitude constatée par le médecin du travail, l'employeur reste tenu d'une obligation particulière de non discrimination. Il ne peut donc prendre en considération ni l'état de santé, le handicap, l'origine, la race, la religion, le sexe, les mœurs, la situation familiale, les opinions politiques ou encore l'activité syndicale du salarié

§ 2 Les droits de l'employeur

Lorsqu'un employeur potentiel envisage l'embauche d'un postulant, il définit ses besoins et les compétences attendues pour la tenue du poste. Or il peut arriver que le salarié présente un état de santé pouvant interférer avec la capacité au travail déterminé et qu'il ne souhaite pas que cet état soit connu de l'employeur potentiel. Celui-ci pourrait en effet ne pas conclure le contrat.

La personne du salarié, de par ses compétences, sa personnalité et l'élément humain qu'il apporte dans son emploi, est l'objet même du contrat de travail qui est *intuitu personae*.

« (...) *La question se pose alors logiquement de savoir dans quelle mesure les droits de la personnalité seront soumis au principe de la liberté contractuelle et au pouvoir de direction du chef d'entreprise. En effet, la conclusion et l'exécution du contrat de travail imposent une certaine transparence pouvant entraîner la révélation de certains secrets de la vie personnelle.* »¹²⁴⁴

Comme exemple, il est possible de prendre notamment certaines pathologies neurologiques qui ne permettent pas d'effectuer des fonctions à forte responsabilité ou à risque physique. Une perte de connaissance peut faire courir un risque pour les autres, par exemple conducteurs de véhicules, pilote de bateau ou d'avion, ou pour soi-même avec risque de chute, par exemple grutier. Le médecin du travail est le garant de la santé et de la sécurité de l'intéressé et des autres salariés de l'entreprise puisque le médecin vérifie également si l'intéressé n'est pas atteint d'une affection dangereuse pour les autres.

Ces exemples semblent caricaturaux, une visite médicale par un médecin du travail au préalable devant permettre une prise en compte de ces difficultés.

Plus complexes peuvent être les situations dans lesquelles il existe un « *état antérieur* », pathologie préexistante, peu apparente mais qui risque à terme de gêner le salarié dans son travail. Des lombalgies chroniques, même sans intervention chirurgicale, peuvent rapidement empêcher une activité nécessitant le port de charges. On voit ainsi des employeurs émettre des réserves lors d'une déclaration d'accident de travail en estimant qu'un état antérieur a été soit la seule cause, soit un facteur d'aggravation d'une pathologie dont la reconnaissance au titre professionnel est demandée par le salarié.

Un exemple fréquent correspond à une déclaration de « *lumbago* », pathologie simple devant en théorie s'associer à un arrêt de travail de courte durée. On peut alors constater l'existence d'arrêts et de soins très prolongés en lien avec une pathologie rachidienne de type hernie discale pouvant nécessiter une chirurgie.

S'il est possible médicalement de confondre initialement une hernie discale avec un lumbago lors de la déclaration, la hernie étant la conséquence d'un effort important, il est aussi possible d'envisager qu'une hernie préexistante soit révélée par un effort. Est-il logique, si la pathologie était déjà connue du salarié, ayant déjà fait l'objet de soins, que l'employeur soit amené à prendre en charge par ses cotisations les dépenses liées aux soins. ?

Pour contrer tout éventuel angélisme, il est essentiel de confronter le théorique au réel. J'ai personnellement été amené à connaître certains dossiers dans lesquels un assuré présentant une pathologie intercurrente cherchait à bénéficier, par son silence, d'une couverture sociale

¹²⁴⁴ KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4

plus protectrice.¹²⁴⁵

Si l'employeur est désireux de connaître les éléments les dispositions, les aptitudes et capacités du candidat au regard de l'emploi, le salarié peut estimer que la révélation de certaines informations le concernant influencera sur la décision de l'employeur.

Dès lors, il peut s'agir d'une simple omission, consciente ou non, d'une dissimulation malencontreuse ou d'un véritable mensonge calculé¹²⁴⁶, la distinction pouvant être complexe.¹²⁴⁷

Ne pourrait-on considérer qu'il relève de la responsabilité du salarié d'informer sinon son employeur, du moins le médecin du travail de cette difficulté ? Il n'est pas certain qu'une visite médicale puisse détecter systématiquement une telle pathologie et une rétention d'information par le salarié ne pourrait-elle pas être considérée comme déloyale envers l'employeur ?

§ 3 La possibilité d'un dol

Certains auteurs ont évoqué la notion de dol dans la formation du contrat¹²⁴⁸.

Pour pouvoir être qualifié de dol, une rétention d'information doit correspondre à une manœuvre destinée à surprendre le consentement du cocontractant.

La Cour de cassation considère que la fourniture de renseignements inexacts par le salarié¹²⁴⁹ lors de l'embauche ne peut être interprétée comme un manquement à l'obligation de loyauté susceptible d'entraîner la nullité du contrat de travail que si elle constitue un dol matérialisant une faute susceptible de justifier un licenciement.¹²⁵⁰

Ainsi, cela peut être le cas si le salarié n'a pas les compétences effectives pour exercer les fonctions pour lesquelles il a été embauché ou si la détention du diplôme est une condition légale nécessaire à l'exercice de la fonction pour laquelle le salarié est embauché.¹²⁵¹

¹²⁴⁵ Mon expérience de médecin contrôleur me permet de confirmer l'existence des traumatismes lors des compétitions sportives de niveau amateur le dimanche associés à des déclarations d'accident du travail le lundi. La lecture attentive des pages locales des quotidiens a parfois permis de corriger quelques déclarations

¹²⁴⁶ POLERE P., A « propos de Cass. Soc., 21 septembre 2005 », GP20060408002, Gazette du Palais, 08 avril 2006 n° 98, P. 8, G0974

¹²⁴⁷ PANSIER F.-J., « Liberté de mentir, droit au mensonge du salarié lors de l'embauche », Cah. soc. Barreau de Paris, août 2002, p. 17; C. Puigelier, Le mensonge du salarié, JCP, éd. E, 2003, 193

¹²⁴⁸ Art. 1116 du code civil

¹²⁴⁹ Art. L. 121-6 du code du travail. Le salarié ou le candidat à l'emploi ne serait pas tenu de répondre de bonne foi lorsqu'il estime que les informations qui lui sont demandées ne présentent pas de lien direct et nécessaire avec l'emploi proposé ou avec l'évaluation des aptitudes professionnelles. Mais aurait-il le droit en sus du mensonge par omission de donner de fausses informations

¹²⁵⁰ Cass. soc., 30 mars 1999, Bull. civ. V, n° 142, JCP, éd. G, 1999, II, 10195, obs. J. Mouly ; D. 2000, jur., p. 97, note Aubert-Montpeyssen. Add Cass. soc., 16 février 1999, Dr. soc. 1999, p. 396, obs. B. Gauriau, RTD civ. 1999, p. 419, obs. Gautier

¹²⁵¹ Le mensonge d'un salarié sur l'obtention d'un diplôme n'est pas fautif si celui-ci s'avère compétent pour exercer les fonctions Cass. soc., 30 mars 1999 et 16 février 1999, op. cit. ou si la possession du diplôme ne semblait pas être une condition préalable à son embauche, ni un élément déterminant à la conclusion du contrat de travail

L'omission d'information sur l'existence d'un état de santé peut-elle être considérée comme un dol ? ¹²⁵²

La chambre sociale de la Cour de cassation dans sa décision du 21 septembre 2005 s'est clairement prononcée contre cette hypothèse.

« (...) *Le fait pour l'intéressé de ne pas révéler à l'employeur des problèmes de santé ou un handicap ne constitue pas un dol viciant le contrat de travail.* » ¹²⁵³

Les renseignements relatifs à l'état de santé du salarié, notamment lors de l'examen médical d'embauche, ne peuvent être confiés qu'au médecin du travail ¹²⁵⁴ et il ne peut reprocher au salarié de n'avoir pas fourni d'information préalable sur son état de santé ¹²⁵⁵ ou son handicap qu'il n'a pas à révéler. ¹²⁵⁶ Certains auteurs acceptent même la rétention d'information dans le cadre d'un mensonge justifié. ¹²⁵⁷

Selon d'autres auteurs ¹²⁵⁸, le salarié pourrait consentir, par la conclusion du contrat de travail, à révéler une partie de l'intimité de sa vie privée en acceptant de se soumettre au pouvoir de direction du chef d'entreprise. Il aurait accepté à l'avance les atteintes ou restrictions que l'exercice du pouvoir de direction pourrait apporter à ses droits et libertés. ¹²⁵⁹

Néanmoins il ne saurait être accepté des atteintes au droit de l'Homme portant sur le respect de la vie privée ¹²⁶⁰. Si la protection du secret de la vie privée et des autres droits et libertés n'est pas absolue, elle ne peut accepter de restrictions que si elles sont proportionnées au but recherché, justifiées par la nature de la tâche à accomplir ¹²⁶¹ et si elles ne constituent pas des discriminations. ¹²⁶²

C'est le cas des informations relatives à l'état de santé qui ne peuvent être demandées que si elles peuvent avoir une influence sur l'exécution du contrat de travail par le médecin du travail soumis au secret professionnel. ¹²⁶³

¹²⁵² Article 1116 du code civil

¹²⁵³ POLERE P., A propos de Cass. Soc., 21 septembre 2005, GP20060408002, Gazette du Palais, 08 avril 2006 n° 98, P. 8, G0974

¹²⁵⁴ Art. R. 241-48 du code du travail

¹²⁵⁵ Art. L. 122-25 du code du travail confirmé par Cass. soc., 2 février 1994, Bull. civ. V, n° 38 en ce qui concerne son état de grossesse

¹²⁵⁶ CHARBONNEAU C., « L'impossible dol du salarié. L'embauche d'un salarié déjà inapte ». CSBP2006-176-A6, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 01 janvier 2006 n° 176, P. 15. Cass. soc. 21 septembre 2005, Association Languedoc aides et services c. Mme Guibal ; CHARBONNEAU C., « Devoir de loyauté et connaissance de l'état de santé du salarié par l'employeur », CSBP2007-187-A17, Cahiers sociaux du Barreau de Paris, 01 février 2007 n° 187, P. 56 A propos du licenciement d'un salarié dont le handicap a été reconnu par la commission technique d'orientation et de reclassement professionnel ; dans le même sens de la révélation de la qualité de travailleur handicapé Cass. soc., 6 mai 2003, JCP, éd. G, 2004, II, 10063, note L. Noël

¹²⁵⁷ KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4 La protection de la victime de l'intrusion excessive dans son intimité constitue une sorte de fait justificatif de déloyauté ou de dispense légale d'être de bonne foi

¹²⁵⁸ KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4

¹²⁵⁹ KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4

¹²⁶⁰ On ne saurait y renoncer même moyennant rémunération

¹²⁶¹ Art. L. 120-2 et L. 122-35 du code du travail

¹²⁶² Art. L. 122-45 du code du travail

¹²⁶³ KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4

Sous section 2 Le médecin du travail

La réglementation s'oppose à ce que l'employeur ait accès aux informations de santé. Dans le droit du travail¹²⁶⁴, seul le médecin du travail est amené à connaître ces informations en constituant, en sus d'une fiche médicale d'aptitude qui est transmise à l'employeur¹²⁶⁵, un dossier médical au moment de la visite d'embauche¹²⁶⁶ évoluant au cours de la vie professionnelle du salarié.

L'obligation au secret professionnel est rappelée par le code du travail, le médecin du travail étant le garant de son respect.¹²⁶⁷

Les informations détenues par le médecin du travail, tenu au secret, ont pour finalité la protection de la santé des travailleurs. Le dossier médical d'un salarié, couvert par le secret, ne peut donc en aucun cas être communiqué à l'employeur.¹²⁶⁸

Les seules possibilités de communication concernent les médecins régionaux du travail et de la main d'œuvre ou à la demande de l'intéressé tout médecin de son choix¹²⁶⁹. Le juge ne peut pas ordonner à un médecin du travail de communiquer à un expert judiciaire des pièces couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droits s'y sont opposés.¹²⁷⁰

Cette protection des informations médicales du salarié est confirmée par les dispositions de la loi du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites.¹²⁷¹ La communication du dossier médical en santé au travail, constitué par le médecin du travail, retraçant dans le respect du secret professionnel les informations relatives à l'état de santé du travailleur n'est possible qu'au salarié lui-même, au médecin inspecteur du travail en cas de risque pour la santé publique ou à un autre médecin du travail dans la continuité de la prise en charge.¹²⁷²

Si le médecin du travail est soumis au secret professionnel, la loi lui impose « *dans le domaine qui lui est propre, de renseigner l'employeur et de le conseiller en lui fournissant les éléments de fait qui lui sont nécessaires, selon la nature des décisions à prendre* » afin de permettre la protection de la santé du salarié et de la collectivité du personnel. Il peut être amené à informer l'employeur des faits qui lui semblent de nature à rendre le salarié inapte à ses fonctions, sans révéler de notions médicales, cette information devant être limitée au contenu de l'avis d'aptitude sous réserve d'adaptation du poste ou de la fonction ou d'inaptitude.

¹²⁶⁴ Voir fiche pratique, Contrôle des arrêts de travail : quelles conséquences pour le salarié ?, Social Pratique / N° 557 / 25 novembre 2010 pp. 29-30

¹²⁶⁵ Art. R. 7214-20 du code du travail

¹²⁶⁶ Art. D. 4626-33 du code du travail

¹²⁶⁷ Notamment art. R. 4412-51 du code du travail

¹²⁶⁸ Cass. soc., 10 juil. 2002, Bull. civ. V, n° 251, Dr. soc. 2002, p. 1010

¹²⁶⁹ Art. L. 241-56 du code du travail

¹²⁷⁰ Cass. 1^{re} civ., 15 juin 2004, D. 2004, jur. p. 2682, note D. Duval-Arnould ; H. Groutel, Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical, Resp. civ. et assur., septembre 2004, chr. n° 18, p. 7 et s. Add. sur le secret médical : H. Perez et P. Polère, note sous Cass. 1^{re} civ., 7 décembre 2004, Rev. gén. de droit médical 2006, n° 18, p. 245 et s.

¹²⁷¹ Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JORF 10 novembre 2010 NOR : MTSX1016256L sur la pénibilité du parcours professionnel, décision du Conseil constitutionnel no 2010-617 DC du 9 novembre 2010

¹²⁷² Art. L. 4624-2 du code du travail

Sous section 3 Le médecin contrôle mandaté par l'employeur

Lorsqu'un assuré a fait l'objet d'une prescription d'arrêt de travail, la fourniture du certificat médical emporte présomption de régularité de la suspension.¹²⁷³

S'il a fait l'objet d'une prescription médicale d'arrêt et perçoit des indemnités journalières au titre de la maladie, accident du travail ou maladie professionnelle, il bénéficie d'une présomption d'incapacité de travail. Cela concerne son emploi dans la couverture AT MP et tout emploi dans le régime maladie.

L'état d'incapacité temporaire de travail, physique ou psychique, constatée par le médecin traitant correspondant à l'impossibilité de continuer ou reprendre le travail est apprécié différemment par le médecin prescripteur et les médecins appelés à contrôler l'incapacité, médecin-conseil de la caisse de sécurité sociale ou du médecin contrôleur mandaté par l'employeur ou par l'assureur. C'est l'état dans lequel se trouve une personne qui ne peut plus exercer d'activité professionnelle pendant une période donnée. Il ne peut reprendre le travail¹²⁷⁴ ou son travail^{1275 1276} même s'il lui est possible de retrouver sa capacité ultérieure. En droit du travail, « l'inaptitude médicale suppose une diminution acquise, plus ou moins importante et irrémédiable de la capacité du salarié à tenir son emploi »¹²⁷⁷.

Si l'employeur émet des doutes sur la justification d'un arrêt de travail, il doit établir son caractère frauduleux¹²⁷⁸. Il peut être amené à faire diligenter une contre-visite de contrôle¹²⁷⁹.

Le médecin contrôleur mandaté doit avoir accès au domicile du salarié mais celui-ci n'est pas dans l'obligation de donner l'ensemble des informations concernant sa santé. Le médecin contrôleur rend un avis qui, s'il est défavorable à la poursuite de l'arrêt pourront entraîner la suspension de l'indemnisation par l'employeur, soit en totalité en cas de subrogation, soit pour la part spécifique des indemnités complémentaires de maladie versée par l'employeur.¹²⁸⁰

Cette présomption supporte ainsi la preuve contraire dès lors que l'employeur met en œuvre un contrôle par un médecin qu'il mandate ou qu'une compagnie d'assurance se réserve la faculté d'apprécier, de reconnaître et contrôler l'état de santé de l'assuré.¹²⁸¹

¹²⁷³ Cass. soc. 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-45.438 ; CSBP 2004, n° 164 S. 390, obs. C. Charbonneau

¹²⁷⁴ Art. L. 321-1-5° du code de la sécurité sociale

¹²⁷⁵ Art. L. 431-1-2° c. séc. soc. pour ce qui concerne les prestations accordées aux victimes d'accident de travail ; art. L. 461-1 c. séc. soc. relatif aux maladies professionnelles et qui renvoie implicitement aux dispositions de l'art. L. 431-1 du même code, reprise de son travail

¹²⁷⁶ Le régime en AT MP est plus protecteur Cf. PELISSIER J., « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. soc.* 1991.608 ; J. Frouin, La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident, *RJS* 1995.chron.773

¹²⁷⁷ BERRA D., « L'inaptitude médicale du salarié et le contrat de travail », *Semaine sociale Lamy*, suppl. au n° 274, 19 août 1985, p. 1

¹²⁷⁸ Cass. soc. 13 juillet 2004, pourvoi n° 02-45.438 ; CSBP 2004, n° 164 S. 390, obs. C. Charbonneau ; Cass. soc. 24 mars 1999, inédit, pourvoi n° 97-41.273 ; Cass. soc. 31 mai 1990, inédit, pourvoi n° 87-45.276 ; Cass. soc. 6 décembre 1990, inédit, pourvoi n° 88-45.787 ; Cass. soc. 20 décembre 1990, 2 arrêts inédits, pourvoi n° 88-45.270 et inédit, pourvoi n° 88-45.098 ; Cass. soc. 17 juillet 1996, inédit, pourvoi n° 93-44.961

¹²⁷⁹ Si le salarié a plus d'un an de présence dans l'entreprise, certaines professions ayant une activité intermittente étant exclues du dispositif

¹²⁸⁰ Cass. soc. 22 octobre 1997, pourvoi n° 95-43.380 ; CSBP 1998, n° 96 A. 5

¹²⁸¹ REBECQ G., « L'appréciation de l'état d'incapacité temporaire de travail dans le cadre de la maladie non professionnelle », *Revue de droit sanitaire et social* 1998 p. 912 citant Gan Assurances, prêts professionnels et

On doit signaler l'indépendance technique des différents contrôles, affirmée par la jurisprudence qui estime que le salarié ne peut se prévaloir de l'avis du médecin-conseil de la sécurité sociale. Bien que s'imposant à la caisse, cet avis est inopposable à l'employeur, pour exiger le versement du complément de salaire¹²⁸². Le maintien du droit aux prestations que sont les indemnités d'assurance est subordonné au seul avis du médecin contrôleur de l'assureur.

Cette indépendance se retrouve aussi dans le cadre des expertises lorsque le salarié est amené à contester l'avis du médecin-conseil constatant la capacité à reprendre une activité professionnelle quelconque et l'avis du médecin contrôleur¹²⁸³ soit du service du contrôle médical soit de l'employeur ayant conclu à la reprise de son activité salariée. Les avis des deux experts, le premier agissant dans le cadre de l'expertise médicale technique de sécurité sociale¹²⁸⁴, le second dans le cadre d'une expertise médicale judiciaire, pourront être différents. L'employeur n'est tenu pour la partie complémentaire de salaire que par les conclusions de l'expert judiciaire.

S'il était possible de tirer des conclusions simples de cette analyse du droit à communication permettant à l'employeur d'accéder à des informations concernant son salaire, on constaterait qu'il existe actuellement une opposition entre un droit de plus en plus présent à l'accès reconnu par le juge lorsqu'un intérêt financier est démontré, et une protection des droits du salarié par la loi.

Dans l'état actuel de la réglementation, cette transmission d'information passe par l'intermédiaire d'un professionnel de santé mandaté par lui ou expert dans le cadre d'un contentieux.

Quelle que soit l'évolution de ce droit à transmission de données personnelles de santé à destination de l'employeur, il est nécessaire de retenir qu'il s'associe à des devoirs de protection du salarié et de respect de la confidentialité envers lui.

Section 3 Les possibilités d'évolution des mécanismes de sanction

Si l'on doit admettre les éventuelles évolutions du secret et de la possibilité de transmission des données personnelles de santé, il doit être aussi envisagé une évolution des mécanismes de sanction de l'absence de respect du secret.

En effet et sauf à envisager une transmission totalement libre et sans limite donc sans risque de violation, s'il est défini un élargissement du droit à l'accès aux données, il ne faut pas oublier que dans les pratiques actuelles, ce sont les professionnels de santé qui détiennent les informations et qui doivent les protéger. Ce sont eux qui feraient l'objet de sanction en cas d'erreur ou de faute.

immobiliers (résumé des conditions de la police n° 6172/464936 souscrite par le CIC Lyonnaise de banque auprès de Gan Vie par l'intermédiaire du cabinet G. et H. Moulin, Lyon)

¹²⁸² Soc. 15 févr. 1995, *Sté Plum plastiques c/ Honnorat*, RJS 1995, n° 204

¹²⁸³ Voir sur ce point l'alerte du Conseil national de l'Ordre des médecins sur les risques de la suppression des indemnités journalières après seul contrôle patronal des arrêts de travail en date du 03/09/2010 qui rappelle ses réserves suite à la parution du décret d'application de la loi de financement de la sécurité sociale le 26 août 2010, décret n° 2010-957 du 24 août 2010

¹²⁸⁴ Art. L. 141-1 Css

Comment recueillir leur adhésion pour une transmission s'il n'est pas prévu pour eux une protection ?

Il doit donc être envisagé une évolution des mécanismes de sanction.

Nous devons tout d'abord souligner que les entretiens que nous avons menés en préalable de notre travail avec des praticiens conseils nous confirment que le premier axe de protection cité par eux correspond à la déontologie médicale sans qu'il y ait évocation d'un serment¹²⁸⁵, ni même d'un risque pour le professionnel.

Ces obligations déontologiques générales doivent s'appliquer spontanément avant même qu'il soit envisagé une sanction.

Nous avons vu précédemment qu'il coexiste plusieurs voies de recherche d'une sanction envers un professionnel ayant violé un secret.

La principale, en ce qui concerne la gravité des sanctions et la connaissance des professionnelles est bien évidemment la voie pénale.

La question de l'intérêt et des conséquences d'une dépénalisation du secret doit être posée.¹²⁸⁶

Il peut être envisagé d'autres moyens visant à substituer à la sanction pénale d'autres mécanismes de protection contre la violation du secret.

Sous section 1 Définitions

Il semble utile tout d'abord d'apporter des définitions.

La dépénalisation doit être distinguée de nombreux autres termes qui s'opposent sur ce point. On peut ainsi citer la déjuridicisation, la déjudiciarisation, la déjusticialisation et la déjuridictionnalisation.¹²⁸⁷

La déjuridicisation apparaît comme un phénomène qui préconise de porter un regard autre que juridique pour analyser un comportement auquel s'attachaient antérieurement des effets de droit. La société doit s'attacher à proposer d'autres explications et d'autres réponses à une situation donnée¹²⁸⁸.

La déjudiciarisation tend à éviter le processus judiciaire, les solutions au conflit de droit pénal étant recherchées sans qu'il y ait intervention des tribunaux judiciaires.

¹²⁸⁵ Cette notion a pu être confirmée par une étude réalisée aux. Voir CARTON R., L'histoire du jour, le serment, Le quotidien du médecin, n° 8951, jeudi 28 avril 2011, p. 6

¹²⁸⁶ Sur ce point voir RIPOSSEAU G.-H., *Pénalisation et dépénalisation (1970-2005)*, Mémoire de Master II recherche droit pénal et sciences criminelles, Université de Poitiers, Faculté de droit et sciences sociales, Année 2004/2005

¹²⁸⁷ BERTRAND Y., STEINMANN B., LUCIANI D., BERBINAU J., LEYMARIE L., RIAC C., *Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale*, Mission d'audit de modernisation, Novembre 2006

¹²⁸⁸ Voir notamment TEITGEN F., THOUZELLIER B., « Non pas dépénaliser mais mieux pénaliser », Table ronde, Cahiers de droit de l'entreprise N° 1, Janvier - Février 2008, p. 9 La commission Coulon a ainsi travaillé sur la dépénalisation du droit des affaires

Michel Van De Kerchove considère comme synonymes la déjusticialisation et la déjurisdictionnalisation qui tendent à faire sortir une situation de la compétence de la justice, pour transférer ces compétences vers des autorités non juridictionnelles.¹²⁸⁹

A l'opposé, on peut citer des notions directement liées à la dépenalisation.

Il s'agit de la décriminalisation, la correctionnalisation et la contraventionnalisation.

- La décriminalisation stricto sensu, dans son acception purement pénaliste, voit l'incrimination criminelle être remplacée par l'incrimination de délit ou de contravention. Elle suit l'évolution de la société, que ce soit celle représentée par le législateur qui modifie la compétence du système pénal par la loi¹²⁹⁰, après constat de l'inutilité de la norme. L'infraction n'apparaît plus utile car la valeur protégée qu'elle a vocation à défendre ne se justifie plus.¹²⁹¹ Cela peut être aussi celle de la justice pénale qui réagit de façon moins stricte sans qu'il y ait eu changement de la loi.¹²⁹² Cette démarche amène la société à rechercher une sanction moins lourde pour un acte qui était répréhensible.¹²⁹³
- Lato sensu, le terme « crime » est utilisé pour représenter toutes les infractions¹²⁹⁴. La décriminalisation consiste donc à supprimer l'incrimination, la société estimant qu'il n'y a plus lieu de sanctionner pénalement certains faits.¹²⁹⁵ La suppression de l'incrimination entraîne celle de la peine.

Une différence persiste dans les définitions sur la portée de cette décriminalisation qui correspond à une désincrimination.

Il peut s'agir d'une réduction du périmètre de la qualification pénale, en modifiant ses éléments constitutifs, ou d'une suppression totale de l'incrimination. Le fait n'est plus interdit pénalement et sanctionné par une sanction pénale mais il peut toujours être considéré par la société comme illégal, la recherche d'une autre responsabilité restant possible du type de la responsabilité civile.

Il peut s'agir d'une simple disqualification du fait de l'inadéquation de la réponse, compte tenu de son caractère inefficace, trop sévère, ou contre-productif. Le comportement reste incriminé mais il devient une infraction moins grave et se trouve puni de peines moins fortes ou est remplacé par des mécanismes de substitution.

Il peut s'agir de la correctionnalisation ou de la contraventionnalisation qui peuvent être opérées, soit par le législateur, lorsqu'il remplace la peine attachée à une incrimination par une autre peine, soit par le ministère public ou un tribunal qui négligent certains aspects des faits de l'espèce.

¹²⁸⁹ VAN DE KERCHOVE.M., « Le droit sans peine, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux USA », Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987, p.303

¹²⁹⁰ décriminalisation « de jure »

¹²⁹¹ Rapport COULON, Ibid. Janvier 2008, 108 p.

¹²⁹² décriminalisation « de facto »

¹²⁹³ CORNU G., *Vocabulaire juridique* - Ass.CAPITANT H. (dir.CORNU G.), 7eme Ed, PUF, 1998

¹²⁹⁴ Par exemple, le crime ne paye pas

¹²⁹⁵ Par exemple l'adultère qui ne fait plus l'objet de sanctions pénales

Il peut y avoir aussi volonté, de la part du législateur, de supprimer la sanction pénale qui était attachée à une action qui sort alors de la matière pénale. Il peut persister un délit civil ou une faute disciplinaire¹²⁹⁶.

Néanmoins, le législateur ne devrait jamais être amené à rendre légitime un fait condamné par la morale.

Sous section 2 L'intérêt de la dépenalisation de la violation du secret

La question doit être posée de l'intérêt d'une sanction pénale de la violation du secret. Si l'on décide de s'interroger sur l'élément constitutif de la sanction liée à une violation d'un droit prévu au code pénal, on constate qu'il coexiste comme sanction deux types de droits, le droit répressif et le droit restitutif ou réparatif.¹²⁹⁷

La sanction répressive est celle qui consiste à infliger une peine.

« *S'il est normal que, dans toute société, il y ait des crimes, il n'est pas moins normal qu'ils soient punis. L'institution d'un système répressif n'est pas un fait moins universel que l'existence d'une criminalité, ni moins indispensable à la santé collective.* »¹²⁹⁸

La sanction restitutive ou réparative, a pour objet de « *remettre les choses en l'état* », de rétablir le fonctionnement normal que l'acte a troublé. La sanction revient à une remise des choses en l'état. Il vise à rétablir une situation, un rapport affecté de normalité. En droit civil¹²⁹⁹, droit contractuel ou en droit administratif, cette démarche correspond à une annulation des conséquences du fait concerné par la faute.

Même s'il peut y avoir condamnation à dommages-intérêts, l'acte attaqué, bien que ne pouvant être supprimé, est sensé de ne plus pouvoir produire d'effet. Cela a donc deux conséquences : on supprime les conséquences que les événements indus ont produites et on rétablit dans son intégrité la règle violée¹³⁰⁰.

Il est clair qu'en matière pénale, la démarche d'annulation ne peut jouer.

Dans le cas particulier de la violation du secret professionnel, il est possible d'annuler les conséquences civiles de la faute pénale. Ainsi, des preuves obtenues lors d'une violation du secret pourront être exclues des débats. Néanmoins, la violation aura eu lieu. Elle aura eu pour effet de permettre une connaissance par d'autres d'informations personnelles couvertes par le secret et il n'y aura pas de possibilité de « retour en arrière ». Contrairement aux données informatiques, la mémoire des hommes ne s'efface pas instantanément ni facilement.

On constate donc que dans les faits, la sanction pénale ne protège la société que du fait de la peur qu'il inspire aux personnes pouvant se rendre coupable d'une violation. Si le délit est constitué, une sanction n'arrive que trop tard, ne pouvant pas interrompre une violation

¹²⁹⁶ Voir sur ce point la notion d'adultère qui a été dépenalisée mais peut être prise en compte dans une procédure de divorce

¹²⁹⁷ KARSENTI B., « Nul n'est censé ignorer la loi ». Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet, *Archives de Philosophie*, 2004/4, Tome 67, p. 560

¹²⁹⁸ DURKHEIM E., Les règles de la méthode sociologique, Ed Le monde Flammarion, les livres qui ont changé le monde, 2009, p. 20

¹²⁹⁹ La nullité est l'invalidité ou l'inefficacité dont un acte est frappé comme contrevenant à une défense de la loi

¹³⁰⁰ KARSENTI B., « Nul n'est censé ignorer la loi ». Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet, *Archives de Philosophie*, 2004/4, Tome 67, pp. 575- 576

déjà constituée et une réparation ultérieure, même financière ne compensant pas le dommage¹³⁰¹.

Une première approche, quantitative, consiste à utiliser comme critère de dépenalisation les statistiques des condamnations prononcées par les tribunaux. Cette démarche s'appuie sur l'idée qu'une sanction n'a de légitimité et d'efficacité que si elle est réellement appliquée par les tribunaux. La faiblesse du nombre de condamnations ferait ainsi perdre à l'incrimination sa justification, ainsi que l'importance de sa suppression. Toutefois, malgré son intérêt pour déterminer le nombre d'écart à la norme, une telle analyse a été en partie contestée, car elle méconnaît certaines fonctions de la sanction, en particulier sa fonction dissuasive et préventive.

Une seconde approche consiste à dépenaliser les infractions en concours, c'est-à-dire les comportements déjà incriminés par d'autres qualifications, généralement tirées du droit pénal commun. Toutefois, ce critère est susceptible de poser un certain nombre de difficultés, car les infractions en concours sont rarement punies des mêmes peines.

Sous section 3 Les mécanismes de substitution et leur conséquence

On peut envisager plusieurs mécanismes de substitution dont le fondement est soit civil, soit administratif.¹³⁰²

Qu'ils soient civils ou administratifs, ces mécanismes devraient pouvoir être organisés afin de prévenir la réalisation d'un acte répréhensible¹³⁰³. Ces mécanismes présentent en effet l'avantage de chercher à empêcher la réalisation d'un acte contraire à une norme alors que les mécanismes répressifs visent à introduire une sanction.

Il doit être signalé que les éventuelles sanctions de substitution doivent être suffisamment clairement connues et ressenties comme « effrayantes » pour pouvoir convaincre les personnes concernées de ne pas réaliser l'acte fautif.

C'est le cas de la sanction pénale qui conserve un pouvoir coercitif dans les esprits et qui peut faire l'objet de contentieux.¹³⁰⁴

Pour preuve nous pourrions constater la faible fréquence des plaintes déposées sur ce sujet alors que le nombre de professions pouvant relever de l'article 226-13 du code pénal ne cesse de s'accroître.

Le tableau suivant qui produit la fréquence réelles des plaintes démontre que celle-ci est infime en regard d'autres incriminations pénales, que ce soit le rapport entre plainte pour violation du secret par rapport à l'ensemble des plaintes nationales toutes incrimination confondues (C/A), voire par rapport aux atteintes à la personne qui comprennent les violations du secret (C/B).

¹³⁰¹ Cela peut même avoir l'effet inverse puisque la personne se plaignant de la violation d'un secret devra le révéler elle-même pour justifier sa plainte. Le secret serait donc violé deux fois

¹³⁰² MALT-MAES F., « Vers une contractualisation du droit pénal », Ibid., pp. 49-65

¹³⁰³ rapport COULON, Ibid., Janvier 2008, 108 p.

¹³⁰⁴ Une preuve de cette spécificité pourrait reposer sur les exemples d'exclusion par les sociétés d'assurance du champ de la couverture responsabilité civile professionnelle de la violation du secret professionnel

Statistiques du ministère de la justice concernant les plaintes, dénonciations et procès-verbaux parvenus au parquet pendant une année

| | A Plaintes | B Atteintes à la personne | C Violation du secret professionnel | C/A | C/B |
|-------------|-----------------------------|--|--|---------------------|---------------------|
| 2006 | 3 447 851 | 694 895 | 270 | $7,8 \cdot 10^{-5}$ | $3,8 \cdot 10^{-4}$ |
| 2007 | 3 496 798 | 700 521 | 251 | $7,1 \cdot 10^{-5}$ | $3,5 \cdot 10^{-4}$ |
| 2008 | 3 508 244 | 712 099 | 278 | $7,9 \cdot 10^{-5}$ | $3,9 \cdot 10^{-4}$ |

§ 1 Les mécanismes civils

Les mécanismes civils correspondent à une privatisation du contrôle du respect de la règle de droit au profit des acteurs économiques.

On peut citer ainsi :

- Les amendes civiles qui sont des sanctions pécuniaires prononcées par le juge civil à l'encontre d'une des parties au profit du trésor public. Les conditions d'une telle évolution doivent être définies dans la loi et il serait possible de les appliquer à la violation du secret mais il semble que cela revienne à prononcer une amende tout en compliquant l'administration de la preuve puisqu'il n'y aurait plus de pouvoir d'instruction pénale. Or la preuve d'une violation du secret reste complexe à trouver ;
- Les injonctions de faire ne semblent pas pouvoir s'appliquer à la violation du secret qui est instantanée. La sanction postérieure au fait ne peut empêcher sa réalisation ;
- Les nullités de l'acte passé en fraude de l'obligation légale ou contractuelle ne semble de la même façon pas adaptée quand il s'agit de sanctionner un événement passé ;
- La responsabilité civile contractuelle constitue une piste de dépenalisation, en ce qu'elle consiste à indemniser la victime de la violation d'une obligation légale ou contractuelle, plutôt que de sanctionner l'auteur. Toutefois, elle est en pratique difficile à mettre en œuvre et ne peut correspondre à l'activité des praticiens conseils pour lesquels on déjà signalé l'absence de lien contractuel avec l'assuré social ;
- La responsabilité civile extra contractuelle a déjà été signalée dans notre travail comme pouvant s'appliquer mais il ne semble pas, dans le cadre de nos entretiens avec d'autres praticiens conseils, qu'elle puisse ressentie comme pouvoir coercitif. Si la violation a lieu dans les limites strictes de l'activité professionnelle, c'est alors l'employeur qui devra faire l'objet d'une sanction.

§ 2 Les mécanismes administratifs

Les mécanismes administratifs consistent en une régulation administrative a priori ou a posteriori de l'activité. On peut citer :

- La mise en œuvre d'un contrôle préalable. Cette voie n'est pas applicable pour une faute instantanée qui ne peut faire l'objet d'une autorisation administrative ;
- La mis en œuvre de sanctions administratives en lien avec des codes de déontologie est actuellement déjà effective. Elles jouent un rôle important auprès des professionnels de santé qui les citent fréquemment en premier dans l'échelle des risques de sanction ;

- Les injonctions administratives ne sont pas applicables pour une faute instantanée ;
- Les sanctions administratives des services de l'Etat ne peuvent correspondre aux activités des praticiens conseils relevant du droit privé ;
- Les sanctions administratives peuvent être prononcées par des autorités administratives indépendantes. C'est le cas de la C.N.I.L qui peut intervenir en cas de gestion anormale des fichiers de données personnelles. La régulation par ces autorités administratives indépendantes permet d'arrêter rapidement certains comportements fautifs.

§ 3 Des mécanismes actuels de sanction adaptés

Les résultats de ces mécanismes dans la protection du secret seraient divers.¹³⁰⁵

Les mécanismes préventifs par la mise en place d'injonctions, civiles ou administratives correspondent à une obligation de réalisation d'un acte ou de respect d'une procédure. Ils pourraient permettre la mise en place de procédures administratives visant à protéger le secret, mais ils ne peuvent concerner que des intervenants au sein des structures administratives en ignorant les autres intervenants notamment libéraux.

Les mécanismes répressifs, comme les nullités ou les mécanismes du droit des contrats, permettent d'annuler ou rendre inopposable un acte passé en fraude d'une obligation légale ou contractuelle. Ils ne peuvent être utiles pour la violation du secret qui est de réalisation et de consommation immédiate. Il n'est pas possible, une fois que le secret est violé, d'annuler l'acte qui a entraîné la violation. La notion d'inopposabilité n'ayant aucun sens.

En définitive, c'est une combinaison de ces mécanismes de substitution qui devrait être réalisée ce qui rendrait complexe la mise en œuvre de sanctions protectrices du secret alors qu'il existe déjà des outils apparemment performants.

Nous pouvons donc affirmer, constatant d'ailleurs l'absence de publication sur ce point précis, que l'association des dispositions associant actuellement une possibilité de sanction pénale, civile et administrative est satisfaisante pour protéger le secret et accompagner les évolutions.

Il n'y a pas lieu de les modifier.

Il doit par contre y avoir une gestion rigoureuse de l'évolution des pratiques permettant la transmission des données personnelles de santé. Seule une loi doit permettre une évolution de cette transmission sur des points particuliers et dans des situations particulières.

¹³⁰⁵ PIGACHE C., « Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation) », Universités d'été 2001 et 2002 du barreau de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, mars 2004, 214 p.

Conclusion de la première partie

Le secret sur les données de santé est placé au rang des droits de l'Homme dans le cadre du droit au secret de la vie privée, droit de la dignité humaine.

La maîtrise de la transmission des données personnelles de santé relève de la compétence de la personne et le refus d'information est le corollaire du droit de savoir¹³⁰⁶. Cette maîtrise repose sur l'obligation de respect d'un consentement éclairé.

Il est possible, en cas d'opposition entre plusieurs droits de même rang de reconnaître une prépondérance d'un droit sur l'autre sous certaines conditions. Il faut notamment que les intérêts concernés soient reconnus, que la limitation d'un droit respecte le principe de proportionnalité et que la législation nationale encadre l'atteinte au droit en offrant notamment une voie de recours effective à la personne qui voit son droit atteint.

Dans notre étude, les droits de la défense priment sur les droits au secret de la vie privée, il y a donc possibilité de transmission de données personnelles de santé à un tiers, l'ensemble des intérêts étudiés doivent respecter les dispositions attendues.¹³⁰⁷

Les praticiens conseils de l'Assurance Maladie, dont le droit à connaissance des données personnelles de santé longtemps justifié par le secret partagé est clairement encadré par la loi, ont la responsabilité de protéger le secret. Ils accompagnent cette transmission aux différents intervenants concernés au sein d'une administration qui a mis en place des procédures de protection ou de transmission dans l'intérêt des intervenants.

Néanmoins, les situations pratiques évoquées démontrent qu'il persiste des zones d'incertitudes, voire que certaines situations ne peuvent être jugées comme satisfaisantes au regard des référentiels initialement étudiés.

L'analyse dans notre travail des évolutions de la législation et de la jurisprudence concernant les voies de recours des contentieux de la Sécurité sociale, contentieux général ou contentieux technique, démontre que malgré une intervention tardive du législateur, de nombreuses difficultés persistent. C'est le cas tant dans l'encadrement de la transmission des données personnelles de santé que dans les notions de publicité des débats ou de la transparence de la justice.

Il n'est pas possible de mettre en œuvre une dérogation générale du secret au risque d'attenter aux droits fondamentaux de l'Homme, mais il serait utile de préciser, selon les cas d'espèce et dans les législations particulières, les possibilités de transmission des données personnelles de santé ainsi que leur champ d'application. Des spécificités techniques comme les outils de communication, le contenu des données concernées, devraient relever de précisions réglementaires. De telles législations devraient faire l'objet d'une étude attentionnée du législateur afin que les évolutions soient suffisamment encadrées.

¹³⁰⁶ Dossier Droit de la santé, la santé devant la Cour de cassation ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008 coordonné par F. Dreifuss-Netter, Rec. Dalloz 2008, n° 28

¹³⁰⁷ Voir en ce sens sur l'application de ce droit en France BERGOIGNAN-ESPER C., « Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ? », Ibid., pp. 1918-1921

Il doit être affirmé que la mise en œuvre d'une transmission de données personnelles de santé ne peut relever que de la loi¹³⁰⁸ afin de respecter le droit au secret.

L'analyse des textes définissant la transmission des données personnelles de santé, protection et maîtrise par l'assuré, possibilité de transmission à un autre intervenant comme un ayant droits, démontre que les législations actuelles sont adaptées. La jurisprudence est stabilisée, la juridiction suprême ne faisant plus que rarement l'objet de recours.

Ce n'est pas le cas pour le contentieux technique. Les nombreuses difficultés principalement liées au recours des employeurs, bien qu'en partie résolues du fait de l'intervention du législateur, persistent depuis de nombreuses années. La rédaction de l'article de loi amenant les praticiens conseils à transmettre des données personnelles de santé au secrétariat du tribunal les a protégé d'une sanction prévue au code pénal mais il a ouvert dans le même temps de nombreuses questions portant sur le droit d'opposition de l'assuré et sur la possibilité de la recherche de la responsabilité de ces praticiens conseils devant les juridictions civiles ou professionnelles.

Mais la rédaction du texte de cette loi reste imparfaite et son contenu reste insuffisant.

La loi est imparfaite en ce qu'elle ignore les droits de la personne concernée par le secret à maîtriser la transmission et ne prévoit aucune voie de recours. Bien qu'étant informée de la communication elle ne peut s'opposer sauf à envisager, sans aucune connaissance des conditions de déroulement du contentieux, de mettre en œuvre une démarche qui nous semble devoir être un référé auprès du tribunal¹³⁰⁹. Cette démarche hasardeuse devant une juridiction n'ayant aucune expérience des ces procédures ne pourrait sans doute pas prospérer.

La loi est insuffisante puisqu'elle ne règle que les difficultés devant les T.C.I. et ne concerne qu'eux et la C.N.I.T.A.A.T.. Elle ne concerne pas les T.A.S.S. et ne résout donc pas leurs difficultés de gestion des dossiers nécessitant un avis médical Nous avons signalé la fréquence croissante des recours employeurs devant ces tribunaux portant sur une évaluation médicale d'un état de santé.

En posant le postulat de l'association de la maîtrise de la transmission des données de santé par l'assuré et de la protection des droits de la défense, il nous est possible de proposer des évolutions de la législation sur ces points.

Il doit être accepté pour un praticien conseil la possibilité de transmettre des données personnelles de santé au secrétariat du tribunal conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation. Le médecin expert destinataire final de cette transmission et soumis lui-même au secret professionnel et peut encadrer la communication des données à d'autres intervenants professionnels de santé tels que les médecins recours mandaté par l'employeur.

¹³⁰⁸ Art. L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale. « *Toute personne (...) a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. Excepté dans les cas de dérogation expressément prévus par la loi (...)* »

¹³⁰⁹ Dans le silence des textes, on peut signaler la rédaction de l'article 9 du code civil qui évoque la notion de référé « *Chacun a droit au respect de sa vie privée. Les juges peuvent, sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée : ces mesures peuvent, s'il y a urgence, être ordonnées en référé.* »

La question de l'opportunité de la coexistence de deux juridictions compétentes en droit de la sécurité sociale doit être posée. Ce sont deux juridictions spécialisées chargées de gérer les contentieux d'un droit social émanant du droit civil mais il existe une différence notable entre elles. Les tribunaux des affaires de la sécurité sociale sont de compétence générale pour l'application de la législation sociale¹³¹⁰ alors que les tribunaux du contentieux technique T.C.I. et C.N.I.T.A.A.T. connaissent les recours portant sur une évaluation médicale d'un taux d'incapacité.

On pourrait proposer, dans un axe de simplification du droit et des procédures, de transférer la compétence confiée aux juridictions du contentieux technique vers les T.A.S.S. Ce transfert serait naturel puisque concernant des dossiers qui relèvent d'une application de la législation de la sécurité sociale. Un argument utilisé contre cette proposition lié à la conception d'un contentieux particulier « médical » ne peut prospérer puisque les T.A.S.S. ne peuvent trancher un litige portant sur une question médicale sans mettre en œuvre une expertise médicale.

Il y aurait nécessité de modification simple de la législation pour intégrer la possibilité pour les T.A.S.S de mise en œuvre de simples consultations, dispositions conformes aux conditions du code de procédure civile¹³¹¹.

Cette nouvelle compétence justifierait l'extension de l'obligation de transfert de données personnelles de santé prévu par la loi pour les T.C.I. aux T.A.S.S. résolvant les difficultés de communication.

Cette évolution devrait s'associer à un nécessaire évolution des conditions de transmission de données personnelles de santé par le praticien conseil permettant d'intégrer le droit de la personne concernée par les informations à leur maîtrise.

Une nouvelle rédaction de ce texte, éventuellement dans le cadre d'une loi de réforme de la loi hôpitaux, patients, santé et territoire, loi qui va bientôt faire l'objet d'une révision et qui sera appelée nécessairement à s'adapter aux pratiques, devra dépasser la simple information de l'assuré. Une réelle possibilité de recours devra être ouverte portant sur deux axes.

Tout d'abord, un encadrement de la procédure devra préciser les délais et conditions d'information. Un temps suffisant pour un recours devra être laissé à l'assuré pour faire connaître son désaccord sur la transmission de données.

La question de la forme du désaccord doit être évoquée. La seule procédure du droit à opposition peut permettre une gestion acceptable des procédures. Il ne semble pas possible d'attendre systématiquement une réponse positive ou négative de l'assuré et il semble possible de proposer un droit d'opposition¹³¹² associé à la reconnaissance d'un consentement tacite. La preuve de l'envoi par le tribunal d'une information portant sur la décision de transmission par le praticien conseil, de la portée de cette transmission et des conditions et voies de recours associé à la preuve de la réception du courrier par l'assuré devrait permettre

¹³¹⁰ Art. L. 142-1 du code de la sécurité sociale « *Il est institué une organisation du contentieux général de la sécurité sociale. Cette organisation règle les différends auxquels donnent lieu l'application des législations et réglementations de sécurité sociale et de mutualité sociale agricole, et qui ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux, (...).* »

¹³¹¹ Art. 232 du code de procédure civile « *Le juge peut commettre toute personne de son choix pour l'éclairer par des constatations, par une consultation ou par une expertise sur une question de fait qui requiert les lumières d'un technicien.* »

¹³¹² Droit fréquemment utilisé par la loi pour la protection des informations de santé dans le code de la santé publique

de considérer l'absence de réponse dans un délai déterminé comme équivalent à un consentement tacite.

La loi devra définir les voies de recours. Pour cette dernière condition, nous avons déjà estimé que la juridiction concernée devrait être amenée à juger en formation de référé. Toute autre procédure, ne bénéficiant pas de la rapidité et de la diligence du tribunal, ne pourrait pas empêcher une consommation immédiate de la violation du secret. Une décision tardive à posteriori ne pourrait qu'en indemniser les conséquences sans éviter la révélation.

Une décision du tribunal contraire à la demande en référé bénéficierait d'un recours devant le premier président de la Cour d'appel s'il était justifié d'un motif grave et légitime¹³¹³. En effet, la question devra être posée, devant l'opposition de deux droits essentiels, droit au secret et droit de la défense, de la possibilité d'exiger de l'assuré refusant une transmission de données personnelles de santé une justification portant sur la preuve d'un intérêt dépassant un fondement moral. Un risque réel pour la personne devrait pouvoir être identifié, le juge pouvant tirer toute conséquence d'un refus de motivation de la demande dans une analyse s'appuyant sur les notions d'abus de droit, de bonne foi et de loyauté développées plus avant.

On voit donc que c'est déjà ici une certaine reconnaissance de la possibilité de prédominance de l'intérêt de la société sur celui de l'individu. C'est possibilité de prédominance fait l'objet de la seconde partie de notre travail.

¹³¹³ La loi informatique et liberté évoque le droit d'opposition à la collecte et à l'utilisation de données personnelles sous réserve de « motifs légitimes »

Partie II Le contrôle médical et les droits de la société

Envisageant un droit de regard de la société sur les informations concernant l'individu, Simmel estime qu'il est nécessaire pour la société de connaître certains éléments car « *tout ce qui n'est pas dissimulé peut être connu, et tout ce qui n'est pas révélé ne doit pas non plus être connu* ».

Estimant que ce « *qui n'est pas révélé ne doit pas être connu* », il présente la notion de discrétion non pas comme « (...) *le respect du secret de l'autre, de sa volonté directe de nous cacher ceci ou cela ; mais c'est déjà s'abstenir de connaître tout ce que l'autre ne relève pas positivement.* »¹³¹⁴

Tout en évoquant cette discrétion, il estime que la société est en droit de l'encadrer. « *Car il est nécessaire, dans l'intérêt du commerce entre les hommes et la cohésion sociale, que l'un sache certaines choses sur l'autre, et l'autre n'a pas le droit de s'y opposer d'un point de vue moral, ni d'exiger la discrétion, c'est à dire la possession pleine et entière de son être et de sa conscience au risque même de léser les intérêts de la société.* »¹³¹⁵

Selon lui, il existe donc un droit de la société et, dans une hypothèse plutôt « *individualiste* » de l'autre, un droit à regard sur l'individu.

Ce droit de la société semble lié non seulement à un intérêt mais aussi à une impossibilité pratique à maîtriser parfaitement cette communication. On se trouve donc dans une situation où la notion d'efficacité doit être posée.

« (...) *Tout le commerce entre les hommes repose sur le fait que chacun sait de l'autre un peu plus que celui-ci ne dévoile volontairement, et bien souvent des choses dont ce dernier ne souhaiterait pas (...) qu'elles fussent connues de l'autre. Alors qu'on peut considérer cela comme de l'indiscrétion, au sens individuel.* »¹³¹⁶

Simmel utilise le mot de praxis¹³¹⁷. « *Ce sont là des exemples tout à fait sommaire, où le devoir de discrétion - renoncer à connaître tout ce que l'autre ne montre pas de son plein gré - doit céder le pas aux exigences de la praxis.* »¹³¹⁸

L'association de ces deux nécessités, droit de dire et de ne pas dire, possibilité de savoir, de ne pas chercher à savoir et de taire sont nécessaires comme condition de relations interindividuelles. Il semble extrêmement difficile de définir les limites tant légales que morales de ces droits respectifs et de telles incursions de la société dans le domaine privé.

Cette difficulté provient bien évidemment d'une nécessité d'équilibre entre les pouvoirs mais aussi de l'évolution historique de la société qui définit le principe d'évolutivité

¹³¹⁴ SIMMEL G., *secret et sociétés secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 25, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

¹³¹⁵ SIMMEL G., *secret et sociétés secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 28, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

¹³¹⁶ SIMMEL G., *secret et sociétés secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 29, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

¹³¹⁷ Au sens d'action et, notamment, action ordonnée vers une certaine fin. Opposé à, théorie. Le petit Larousse compact, 1996, p. 815

¹³¹⁸ WATIER P., p. 29 in SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, , traduction Sibylle MULLER

des pratiques. « *Quelque chose qui autrefois était manifeste vient à être protégé par le secret, et à l'inverse, ce qui autrefois était secret peut se passer de cette protection et devient manifeste (...).* »¹³¹⁹

Il semble bien que cela soit une évolution paradoxale de notre société que de voir développer le droit de l'individu à demander une maîtrise de ses informations personnelles tout en permettant à la société un accès de plus en plus ouvert aux informations à des titres larges pouvant couvrir même un intérêt économique.

Ce regard de la société sur l'individu va de pair avec une nécessaire validation de cette évolution par l'individu. « *On accepte l'autorité, mais on veut qu'elle se justifie.* »¹³²⁰
En retour d'un droit de regard accru de la société sur l'individu, il se développe un droit à une transparence de l'Etat, en tant que pouvoir de la société dans la société.
« (...) *Au XIX^e siècle, la publicité s'empare des affaires de l'Etat, à un point tel que dorénavant les gouvernements publient eux-mêmes les données que jusque là tous les régimes se croyaient obligés de tenir secrètes pour pouvoir subsister. Ainsi la politique, l'administration, la justice ont perdu leur caractère secret et inaccessible, à mesure que l'individu acquérait la possibilité de se retirer de plus en plus complètement (...).* »¹³²¹

Cette évolutivité de la société devra être bien évidemment prise en compte dans notre travail. On peut citer comme exemple l'outil Internet grâce auquel un échange instantané volontaire d'informations peut être réalisé sciemment par les internautes s'inscrivant, par exemple dans « face book » en renseignant de façon parfois extrêmement précise un profil personnel avec des données intimes. Le consentement semble acquis puisque la personne elle-même donne les informations. Ces bases de données peuvent aussi faire l'objet d'enrichissement par d'autres, voire faire l'objet d'indexation dans des moteurs de recherche sans qu'il y ait eu consentement de la personne concernée.

J'ai personnellement subi dans un blog anonyme l'association de mon nom avec des termes pouvant être considérés comme dévalorisants sans en avoir été informé.¹³²² Découvrant par hasard cette situation, j'ai dû demander une rectification de ce fichier, ce qui fait qu'actuellement, plusieurs années après cet incident je suis toujours nominativement associé aux termes considérés mais maintenant dans le cadre de mon droit de réponse. Il faudrait demander une rectification du rectificatif.

Il n'existe donc pas de droit « à l'oubli » effectif. Ce qui semble être d'ailleurs aussi le cas de « Face Book » pour lequel des rumeurs de projets de vente des données personnelles collectées persistent.

¹³¹⁹ SIMMEL G., *secret et sociétés secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 40, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

¹³²⁰ BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, pp. 888-889

¹³²¹ SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, pp. 48-49, traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

¹³²² Il s'agissait des termes « *dénonciation, délation* » qui m'avait été attribué par erreur par un journaliste d'une revue locale. Malgré un rectificatif immédiat diffusé sur ma demande, l'auteur du blog n'a pas fait disparaître ces mots mais les a présentés « *à sa manière* » tout en restant anonyme.

Certains professionnels proposent aussi d'intervenir, dans une démarche commerciale, de créer et diffuser une « image » personnelle sur Internet aux personnes souhaitant une notoriété. La transmission de données personnelles est alors volontaire et maîtrisée, bien que pouvant être falsifiée.

S'il a été possible dans la première partie de notre travail de déterminer un plan en deux titres concernant les droits de l'individu, droits de l'assuré et les droits des autres intervenants, il est possible de déterminer deux autres titres dans la seconde partie de notre travail portant sur les droits de la société.

En effet, nous avons précédemment constaté la coexistence de deux législations dans notre activité de praticien conseil. Ces deux législations, branches évolutives du droit social sont respectivement le code de la santé publique et le code de la sécurité sociale.

Un code développe plus précisément les activités des professionnels et des établissements de santé. L'autre concerne spécifiquement la sécurité sociale dont une des fonctions principales porte sur la gestion des dépenses de santé.

Cette séparation a longtemps été à la base de la répartition des compétences diverses entre services de l'Etat, référents en prévention grâce notamment à la compétence des professionnels spécialistes en santé publique fonctionnaires que sont les médecins et pharmaciens inspecteurs de la santé publique, et les services de l'Assurance Maladie avec les praticiens conseils. Intervenant dans la gestion des dépenses de santé.

Même si la création des A.R.S. doit aboutir à un travail conjoint des deux corps et à une définition d'objectifs communs dans le cadre d'un programme national à décliner au plan régional, il persiste une répartition séparée des missions.

Le départ des agents de l'Assurance maladie vers les services de l'A.R.S. a correspondu ainsi au transfert des activités de prévention du service du contrôle médical qui ne possède plus de pôle référent en prévention.

Cette répartition des compétences sera le support de la répartition en deux titres de cette seconde partie de notre travail.

Le premier titre étudiera la relation existant entre la transmission des données personnelles de santé et la protection de la société sur deux points particuliers que sont la santé publique et les liens avec la justice. Les possibilités de justification de transmission des données personnelles de santé dans ces deux situations s'appuient fréquemment sur les conditions de la loi mais l'assurance maladie et plus précisément les praticiens conseils peuvent y jouer un rôle prépondérant du fait des données qu'ils conservent.

Le second titre s'intéressera au versant économique de la transmission des données personnelles de santé et sur ses possibilités d'évolution en fonction des possibles évolutions des systèmes de santé d'une gestion étatique à une gestion privatisée liée aux activités d'assurance.

Titre 1 La transmission des données personnelles de santé et la protection de la société

« *Summum jus, summa injuria* »¹³²³

Il a déjà été signalé dans le titre 2 de la première partie de notre travail que le regard porté par les éventuels partenaires extérieurs à la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés sur la détention d'informations de santé par l'assurance maladie semblait relever d'une notion erronée. Basée sur une confusion entre dossier médical tel qu'il peut être constitué par un professionnel de santé pour les soins et éléments détenus par le service du contrôle médical dans le cadre de la gestion des demandes émanant des services des caisses, la conception d'un hébergement de données concernant tout individu sur une période prolongée perdure dans les esprits.

L'assurance maladie serait une structure d'un fonctionnement tel que l'on pourrait la surnommer « *Big brother* ». La totalité des prestations, des actes médicaux, des comptes-rendus de soins ou d'hospitalisation, des antécédents seraient connus et conservés *ad vitam eternam*, sans limite de la durée ni du champ de compétence.

Cette conception est fréquemment retrouvée lors de la mise en œuvre de relations entre les praticiens conseils et les services de justice ou de police.

Il arrive que, dans le cadre d'actes de procédure, les représentants de la force de l'ordre ou les juges demandent accès à certaines informations détenues par le service du contrôle médical.

Cela peut notamment être le cas dans des procédures pénales. Nous pouvons faire l'objet, en tant que « sachant » ou détenteur de données, de réquisitions, les locaux du service médical pouvant faire l'objet de perquisition.

Par exemple, il y a quelques années, les services ont fait l'objet d'une demande portant sur les remboursements d'une thérapeutique très spécifique visant à identifier une personne décédée soumise à ce traitement.

Il a même été envisagé de demander aux services médicaux la transmission aux services de police de la liste des assurés bénéficiant de remboursements pour un traitement de substitution aux opiacés pouvant faire l'objet de revente illicite.

Il n'était envisagé, dans aucun des cas cités ci-dessus, de recherche du consentement des personnes concernées ni de réflexion sur la possibilité pour elles d'opposition à une telle démarche.

On voit donc qu'il peut exister une vision très large de la notion d'intérêt de la société et que le respect des droits de la personne peut faire l'objet de tempéraments pour des intervenants qui estiment que de telles demandes sont justifiées.

Il semble essentiel pour comprendre la possibilité de prédominance de la société d'étudier les fondements de cette prédominance de la société (chapitre 1), qu'ils relèvent de la santé publique ou de l'activité de la police ou de la justice.

La place de l'assurance maladie dans la protection de ces données sera envisagée (chapitre 2) avant que les possibilités d'évolution de cette protection soit présentées (chapitre 3).

¹³²³ Cicéron, *De officiis* (I. 10, 33)

Chapitre 1 Les fondements de l'intérêt de la société

La protection de la société ainsi que de ses membres, est fréquemment évoquée comme fondement d'une prédominance sur l'individu. Il existe une différence ressentie entre la personne intégrée au sein d'un groupe et l'individu isolé. Les droits de cette dernière peut céder le pas aux droits du groupe.

Section 1 Le droit à la protection de la santé

Le principe constitutionnel du droit à la protection de la santé a été reconnu par le Conseil constitutionnel¹³²⁴ comme relevant de l'article 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. « *La Nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, de la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ». Ce préambule ayant une valeur de droit positif, le droit à la protection de la santé est une exigence constitutionnelle.

Dans son rapport qui a servi de référence à toute notre réflexion portant sur les fondements possibles de la communication d'informations médicales personnelles aux assureurs complémentaires et présentée dans le chapitre 2 du Titre 2, Christian Babusiaux fait clairement la distinction dans les différentes décisions du Conseil constitutionnel entre les deux expressions « *droit à la santé* »¹³²⁵ et « *protection de la santé* ». ».

La presque totalité des décisions considèrent « *la protection de la santé* » sous deux acceptions.

- La première concerne la protection de la santé publique, « *mesures de nature à sauvegarder la santé des personnes* ». »¹³²⁶
- La seconde acception concerne l'accès aux soins, « *droit à des prestations de santé par la prise en charge financière des soins* ». »¹³²⁷

Ce droit à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, reprenant le préambule de la Constitution de 1946, est un devoir pour la collectivité publique. L'Etat devant, pour le mettre en œuvre, tenir compte des exigences

¹³²⁴ Cons. Const. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975 « *Loi sur l'interruption volontaire de grossesse* », « aucune des dérogations prévues par la loi ne méconnaît le principe énoncé dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 selon lequel la Nation reconnaît à l'enfant le droit à la protection de la santé ».

¹³²⁵ Conseil constitutionnel le 18 janvier 1978, décision n° 77-92 DC, loi relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle. Cette loi a instauré une contre-visite effectuée à la demande de l'employeur pour vérifier si l'arrêt de travail était justifié. Initialement, cette contre-visite n'était opposable à l'employeur et le salarié que pour les entreprises qui avaient mis en place la mensualisation des horaires. Actuellement pour tout salarié ayant une présence d'au moins un an dans l'entreprise, l'avis du médecin mandaté par l'employeur, s'il aboutit à un avis d'aptitude à reprendre l'emploi, doit déclencher un contrôle du service médical de l'Assurance Maladie

¹³²⁶ Cons. const. n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 prohibition de la publicité en faveur du tabac, de même pour les mesures de lutte contre l'alcoolisme, « *principe constitutionnel de protection de la santé publique* », Cons. Const. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales

¹³²⁷ Cons. const n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 « *convention régissant les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins* »

fixées par le Conseil constitutionnel, ces mesures doivent être prises « *soit par le législateur, soit par le gouvernement, selon leurs compétences respectives ; l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ». Le principe d'égalité doit être respecté.¹³²⁸

En ce qui concerne la place du législateur et de l'autorité réglementaire dans la mise en œuvre du droit à la protection de la santé, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois été amené à se prononcer¹³²⁹. Le législateur et l'autorité réglementaire, chacun dans leur domaine de compétence, doivent « *fixer les règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule* ». Les différentes décisions concernent principalement les liens organisés entre assurance maladie et institutions syndicales représentatives des professionnels de santé, le pouvoir réglementaire devant approuver les accords initiaux par un arrêté interministériel et pouvant intervenir dans les cas de carence de ces relations conventionnelles.

Section 2 Intérêt de la société ou intérêt général

L'intérêt de la société semble correspondre à l'« *intérêt général* ». C'est en son nom que « *le gouvernement et les services administratifs qui lui sont rattachés édictent les normes réglementaires, prennent des décisions individuelles, gèrent les services publics*¹³³⁰ dans le respect de ces fins d'intérêt général définies par le législateur. »¹³³¹
La loi, expression de la volonté générale, détermine les fins d'intérêt général.

Sous section 1 L'intérêt général

Le caractère de l'intérêt général¹³³² appelle à un équilibre entre les exigences relatives à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits. Il s'agit donc d'un instrument de mesure de la proportionnalité entre l'atteinte portée à des droits individuels et l'intérêt général.¹³³³

On peut prendre comme exemple, à l'appui de l'étude de l'intérêt général le dossier médical personnel.
Dans l'attente de sa mise en œuvre, il est possible de souligner l'ensemble des dispositions pouvant faire l'objet d'une analyse de la communication d'informations.

¹³²⁸ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques, Ibid. p. 22

¹³²⁹ Cons. Const. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 ; décision n° 91-296 DC du 29 juillet 1991 à propos de la « *loi portant diverses mesures d'ordre social* » et décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi « *portant création d'une couverture maladie universelle* » ; décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997 « *relative à l'institution d'une prestation spécifique dépendance* ». ».

¹³³⁰ Les textes européens ne parlent pas de service public mais de « *service d'intérêt général* »

¹³³¹ MONTALOUX C., « Service public et intérêt général », Regards croisés sur l'économie 2007/2, N° 2, p. 25-26

¹³³² Déc. 98-404 DC préc. Pour des dispositions fiscales rétroactives

¹³³³ ¹³³³ MATHIEU B., « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel », 99-422 DC et 99-425 DC, RFDA 2000 p. 289

« *Le législateur encadre strictement l'accès au dossier médical personnel aux fins de préserver le principe de confidentialité des données de santé à caractère personnel.* »¹³³⁴

La restriction de l'accès au dossier médical repose sur la décision du patient qui devrait être le seul à disposer d'un accès libre à son dossier médical personnel.

L'accès autorisé à d'autres personnes, devrait être limité et conditionné par le consentement préalablement du patient concerné conformément aux dispositifs particuliers prévus par la loi du 13 août 2004 et développé plus avant. L'accès au dossier médical personnel devrait être réservé aux seuls professionnels de santé et uniquement à l'occasion des actes de diagnostic, de soins ou de prévention et des consultations qu'ils prodiguent. Sont concernés tous les médecins, y compris les médecins hospitaliers ainsi que les services d'urgence et les établissements de santé.

S'il devait être libre de maîtriser l'accès à son dossier, l'assuré devrait être incité à laisser le professionnel de santé qu'il sollicite accéder à son dossier médical personnel, puisque le niveau de prise en charge des actes et prestations de soins par l'assurance maladie devrait être « *subordonné à l'autorisation que donnera le patient, à chaque consultation ou hospitalisation, aux professionnels de santé auxquels il aura recours, d'accéder à son dossier médical personnel et de le compléter.* »¹³³⁵

La maîtrise devrait aller jusqu'à la possibilité d'effacer certaines informations ou de limiter leur conservation, l'objectif étant d'éviter que l'individu soit gêné toute sa vie par la conservation des données le concernant, dans le cadre d'un « droit à l'oubli » pour les personnes concernées.¹³³⁶

Sous section 2 La protection de la société

Comme il l'a déjà été signalé, le législateur a défini de nombreuses possibilités de violation du secret dans le cadre d'une information obligatoire ou facultative notamment en cas de mauvais traitements sur un mineur ou sur une personne en situation de faiblesse. C'est le cas du signalement des personnes dangereuses instauré par la loi du 18 mars 2003¹³³⁷. L'élément prédominant est le 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 une.

Le secret est considéré comme relatif, la décision du Conseil constitutionnel du 12 août 2004 définissant « *la prééminence de l'intérêt général (sur l'intérêt particulier) pour justifier la levée du secret* »¹³³⁸ même la juridiction supérieure maintient la consécration de la protection de la santé des patients.¹³³⁹

¹³³⁴ FORGERON J.-F., NACACHE G., « Le dossier médical personnel : enjeux et confidentialité », GP20051020006, Gazette du Palais, 20 octobre 2005 n° 293, P. 17

¹³³⁵ FORGERON J.-F., NACACHE G., « Le dossier médical personnel : enjeux et confidentialité », GP20051020006, Gazette du Palais, 20 octobre 2005 n° 293, P. 17

¹³³⁶ DUASO CALÉS R., *La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur Internet : le cas des données judiciaires*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Université de Montréal, Faculté des études supérieures, Décembre, 2002, p. 52

¹³³⁷ Loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, n°2003-239

¹³³⁸ Cons. Const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC

¹³³⁹ CARRIERE C., « L'émergence d'un nouveau droit au secret médical », samedi 29 septembre 2007

Sous section 3 La conciliation des intérêts

On doit conclure de cette décision une nécessaire conciliation entre la protection des intérêts individuels et l'intérêt général, la justification d'une violation du secret pouvant se fonder sur l'existence d'un « *impérieux motif légitime*¹³⁴⁰ » ou d'un « *besoin social impérieux*¹³⁴¹ » justifiant de faire prévaloir la liberté d'expression sur la protection du secret.¹³⁴²

Certains auteurs évoquent même de préférence les notions de transparence et de publicité en signifiant leur choix pour la reconnaissance de la possibilité de transmission de données.¹³⁴³

§ 1 transparence et secret

Comme le précise le professeur Bernard Hoerni, il peut exister un dilemme entre nécessité de révéler sa vie privée pour être soigné et préservation de ses autres intérêts et droits. « *Il n'y a pas de soins de qualité sans confiance. Il n'y a pas de confidences sans confiance. Il n'y a pas de confiance sans secret* ». ¹³⁴⁴

Dans cette situation, il ne faut pas confondre information et confiance. Le malade peut à tout instant retirer son dossier médical du cabinet d'un médecin car il maîtrise les informations contenues. Par contre, il ne peut jamais reprendre sa confiance.¹³⁴⁵

L'intervention de multiples intervenants dans le processus complexe qu'est l'association de transmission de données et conservation du secret démontre qu'il n'y a pas un seul secret. « *Il existe des secrets dont les raisons d'être sont différentes, dont les régimes juridiques sont aussi différents, et je ne crois pas qu'il soit possible des les ramener les uns aux autres. Certains secrets peuvent avoir des fondements, des régimes juridiques appropriés, d'autres secrets n'en trouver aucun : il n'y a pas « un secret » qui mériterait à la fois d'être apprécié et d'être organisé. Sans doute le secret n'est-il pas une fin en soi. Il doit, pour mériter protection, avoir une raison forte, impérieuse d'exister et d'être défendue par notre société démocratique.* » ¹³⁴⁶

Comme nous l'avons déjà signalé, le secret professionnel repose sur deux fondements.

- Le premier est un fondement d'intérêt privé contractuel associé à la notion de respect de la vie privée et qui reste essentiel.

¹³⁴⁰ MASSIS Th., « Santé, droit de la personnalité et liberté d'information », p.3564

¹³⁴¹ SARGOS P., « Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical », précité

¹³⁴² CEDH 18 mai 2004, Société Plon c/ France

¹³⁴³ BELORGEY J. M., « Le service public entre transparence et secret » ; p. 13 in Secret et démocratie, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997

¹³⁴⁴ HOERNI B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 3

¹³⁴⁵ GLORION B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins p. 14

¹³⁴⁶ BREDIN J. D., « Secret et transparence dans une société démocratique », pp. 83-90, in Secret et démocratie, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997, p. 86

- Le second est un fondement d'intérêt public. Tous les malades doivent savoir qu'en aucun cas un professionnel de santé ne trahira le secret.¹³⁴⁷

1 Le droit à la transparence

Un argument à développer porte sur le droit à la transparence¹³⁴⁸ qui reste controversé alors qu'il est considéré comme un « vieux sujet ».¹³⁴⁹ Mme Mary affirme même que « *plus qu'une théorie juridique, le secret professionnel apparaît bien comme la recherche d'un équilibre jamais atteint* »¹³⁵⁰ dans une société « *construite sur l'information, affamée de transparence et pourtant obsédée par le secret.* »¹³⁵¹

En effet, la transparence, qui est actuellement considérée par les juristes comme essentielle au bon déroulement de la justice,¹³⁵² n'est pas règle absolue, notamment au sein des juridictions professionnelles. Un des exemples les plus étudiés concerne l'affaire Grüber liée à l'affaire Mitterrand avec incrimination de violation du secret professionnel par un médecin dans un livre.

Dans ce dossier, il était soutenu un usage de transparence concernant la santé des hommes d'Etat fondé sur le principe fondamental de la liberté d'expression et de communication. Cet usage constitutionnel autoriserait tout citoyen à tout savoir sur ceux qui les gouvernent ou sollicitent leur suffrage et notamment sur leur capacité physique et intellectuelle à assumer leur charge. Le Conseil d'Etat dans un rapport public de 1996 sur la transparence, précisait que l'information concernant la santé du chef de l'Etat constitue une règle coutumière.

Cette communication d'information par l'intermédiaire de bulletins de santé rédigés par des médecins est-elle forcément liée à la vérité ?¹³⁵³ La transparence peut-elle être confondue avec un droit au mensonge ?

Il a été envisagé l'explication que le droit à la transparence, bien que dépassant le champ de la vie privée pour atteindre la sphère professionnelle¹³⁵⁴, permette de redéfinir les frontières entre sphère privée et espace public. La disparition de la notion de secret personnel serait expliquée par un droit de regard de la société sur l'individu.

¹³⁴⁷ KIEJMAN G., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jéudis de l'Ordre des médecins p. 4

¹³⁴⁸ CARBONIER J., « La transparence », Numéro spécial de la revue de jurisprudence commerciale, nov. 1993 ; *La transparence*, Rapport public du C.E. de 1996, La documentation française, 1996 ; VALADIER P., *La transparence et le secret*, revue études, janvier 1999

¹³⁴⁹ DELMAS-MARTY M., « A propos du secret professionnel », D, 1982, chron. P. 272

¹³⁵⁰ MARY S., *Révélation du secret médical et justification*, Thèse de droit, diffusion ANRT 2003, Thèse à la carte p. 8

¹³⁵¹ FRISON-ROCHE A.M. *Secrets professionnels*, Autrement, Essais, 1999

¹³⁵² MARY S., *Révélation du secret médical et justification*, Thèse de droit, diffusion ANRT 2003, Thèse à la carte, pp. 9-11

¹³⁵³ BREDIN J. D., « Secret et transparence dans une société démocratique », in *Secret et démocratie*, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997, p. 86, « *La transparence semble le chemin de la vérité.* »

¹³⁵⁴ MASSIS T., « La transparence et le secret. Champ social, débat de conscience », *Études* 2001/6, Tome 394, p. 756

Dans le même sens d'une nécessaire transparence, lorsque des risques nouveaux auront été identifiés après l'exécution des investigations, actes de soins ou de prévention, la personne concernée doit en être informée, sauf en cas d'impossibilité de la retrouver.¹³⁵⁵

2 Le refus de la transparence

A l'opposé de ce droit à la transparence, nous reprenons les termes de Mme Mary qui souligne que « *l'idéologie de la transparence (...) relève du fantasme et représenterait un danger dans une démocratie dont le respect du secret est une composante.* ».¹³⁵⁶ La Cour de cassation estime que l'« *on ne peut pas mettre sur le même plan le droit à l'information et la protection du secret médical* » et réaffirme le principe fondamental de respect de la personne humaine qui exige que le secret soit protégé d'une manière absolue.¹³⁵⁷

De même, certains auteurs s'opposent à la transparence en tant que pratique systématique qui empêcherait de prendre en compte la portée réelle du contenu de l'information pourtant d'une importance majeure, notamment dans le droit des affaires.¹³⁵⁸ « *Il conviendrait plutôt d'opposer d'une part secret et connaissance, d'autre part transparence et opacité. On s'apercevrait alors que le secret peut être légitime dans son principe même et qu'il convient de respecter un droit au secret, voire d'affirmer un devoir de secret, tandis que la transparence peut être trompeuse (...), voire néfaste en niant la valeur, le coût d'une connaissance, de l'information.* »¹³⁵⁹

S'il apparaît dans de telles situations une opposition apparente des différentes valeurs, on peut constater parfois aussi leur association.

2-1 La transparence contre le secret

« *Une évolution se dessine dans le sens d'une affirmation croissante de l'exigence de transparence ; il s'agit d'éliminer le secret en libérant l'information qu'il tendait à soustraire à la connaissance de personnes susceptibles d'être intéressées au sens large du terme.* »¹³⁶⁰ L'accès à l'information permet de protéger les personnes placées en situation de faiblesse face au détenteur de l'information. Ce droit du demandeur s'associe à un devoir du détenteur de l'information qui va au-delà de l'impératif de transparence. Il impose non seulement un accès libre à l'information mais aussi une communication des informations alors que la personne

¹³⁵⁵ Art. L. 1142-4 du code de la santé publique

¹³⁵⁶ MARY S., *Révélations du secret médical et justification*, Thèse de droit, diffusion ANRT 2003, Thèse à la carte, p. 11

¹³⁵⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, D. 1997, I.R., p. 178

¹³⁵⁸ BOULOC B., « Le secret des affaires », DCPI, 1990 ; GAVALDA C., « Le secret des affaires », Mel. Marty, p. 314, le secret a une valeur parfois considérable ; BOURGEOIS M., « La protection juridique de l'information confidentielle », RIDC 1988-1, p. 113

¹³⁵⁹ ROYER J.-P., DURAND B., « Secret et justice. Le secret entre éthique et technique ? », colloque international décembre 1998, L'espace juridique, centre d'histoire judiciaire, faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, 1, place Déliot, 59024 Lille Cedex, mars 2000, p. 109

¹³⁶⁰ ROYER J.-P., DURAND B., « Secret et justice. Le secret entre éthique et technique ? », colloque international décembre 1998, L'espace juridique, centre d'histoire judiciaire, faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, 1, place Déliot, 59024 Lille Cedex, mars 2000, p. 114

concernée n'est pas consciente de leur existence. Il convient donc non seulement «*de laisser connaître mais de faire savoir.*»

La transparence n'est plus seulement un droit, elle est une exigence morale.¹³⁶¹

2-2 *Le secret dans la transparence*

Le secret est reconnu et protégé en toute transparence par les dispositions du code pénal et par le code de la santé publique. C'est cette transparence sur l'existence du secret qui permet d'assurer le respect de son contenu. Toute personne ayant bénéficié d'une révélation au titre professionnel est tenue de conserver ce secret.

Il existe ainsi des décalages entre concept juridique et réalité des pratiques pour l'application du respect du secret, entre colloque singulier et dérogations légales et réglementaires.¹³⁶²

Cette obligation de respecter le secret professionnel soulève de nombreux dilemmes lorsqu'il y a poursuite d'objectifs différents «*susceptibles d'entrer en compétition tels que (...) le droit à l'information et le droit à la confidentialité, ou de conflits entre intérêts individuels et intérêts collectifs (...) l'indépendance professionnelle, (devant) être totale, et, ce qui en est une des conditions, l'obligation que l'ensemble des moyens nécessaires à l'accomplissement de la mission soit présent, sachant qu'il appartient au professionnel lui-même de s'en assurer.*»¹³⁶³

Section 3 Les objectifs de santé publique, la justice et la protection de la société

La justification de la transmission des données personnelles de santé dans l'intérêt de la société peut concerner notamment la santé publique et les relations avec la justice.

Sous section 1 Les dérogations au secret

Il existe deux sortes de dérogations légales au secret professionnel, les révélations obligatoires et les révélations facultatives.

Les nécessités justifiant ces dérogations sont diverses comme le bon fonctionnement de l'état civil, protection de la santé publique, des patients examinés, des victimes d'infractions ou encore maintien de l'ordre public.

¹³⁶¹ MASSIS T., « La transparence et le secret. Champ social, débat de conscience », *Études* 2001/6, Tome 394, p. 751

¹³⁶² FRISON-ROCHE A.-M., Propos introductifs au colloque sur le secret professionnel organisé par la conférence des bâtonniers, Assemblée Nationale, 22 novembre 2000, Petites affiches 2001, n° 122, p. 10

¹³⁶³ CAILLARD J.F., « Le code international d'éthique pour les professionnels de santé au travail : une nouvelle révision », Document pour le Médecin du Travail, pratiques et déontologie, 97 TM 1, code d'éthique de la Commission internationale de santé au travail, p 12

§ 1 Les objectifs de santé publique

Les objectifs de santé publique justifient les obligations ou permissions légales de transmission des données personnelles de santé. Certains obligations persistent même si elles ne sont plus appliquées.

Les praticiens conseils ne sont pas spontanément concernés par ses obligations mais, étant soumis aux mêmes obligations que tout professionnel de santé, rien n'empêche qu'ils puissent faire l'objet de demandes.

1 Les dérogations légales obligatoires

Certaines dérogations légales sont obligatoires même en absence du consentement du patient.

Pour les révélations obligatoires, le médecin doit déclarer un certain nombre de situations.

Les déclarations relatives à l'état civil :

- Déclarer à l'officier d'état civil la naissance d'un enfant en cas de carence des parents¹³⁶⁴ ;
- Etablir le certificat de décès¹³⁶⁵. Le formulaire est composé de deux parties détachables, l'une destinée à l'officier d'état civil portant l'identité du sujet, l'autre aux services de l'Etat portant la cause présumée de la mort mais sans l'identité de l'assuré.

Dans le cadre de la santé publique, il peut s'agir de lutter ou de permettre la prévention contre certaines maladies.

Les maladies qui nécessitent une intervention urgente locale, nationale ou internationale ou dont la surveillance est nécessaire à la conduite et à l'évaluation de la politique de santé publique¹³⁶⁶ font l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins. Les conditions de respect de l'anonymat sont fixées par décret en Conseil d'Etat. Un décret pris après avis du Haut conseil de la santé publique définit la liste des maladies concernées.

Il s'agit de :

- Déclarer les maladies contagieuses au médecin chargé des actions sanitaires initialement à la Direction départementale de l'action sanitaire et sociale, maintenant au sein des A.R.S. Les représentants de l'autorité auxquels parviennent les déclarations, sans l'identité du malade, sont astreints au secret professionnel. La liste des maladies à déclaration obligatoire est périodiquement modifiée par décret ;
- Déclarer les maladies vénériennes à l'autorité sanitaire¹³⁶⁷. L'obligation est ancienne. Elle comportait pas le nom du malade, mais si celui-ci refusait de suivre son traitement, la déclaration peut comporter son identité ;
- Etablir des certificats de vaccinations obligatoires.

¹³⁶⁴ Art. 56 du code civil

¹³⁶⁵ Décret du 28 mars 1960

¹³⁶⁶ Art. L. 3113-1 du code de la santé publique

¹³⁶⁷ Art. 257 à 262 du code de la Santé publique

Dans le cadre de la protection de l'ordre public ou de la personne, il peut y avoir transmission de données pouvant parfois amener jusqu'à une démarche d'hospitalisation d'office.

- Etablir le certificat d'internement d'un individu qui se trouve dans un état mental pathologique compromettant l'ordre public¹³⁶⁸. Le certificat donne une description précise des symptômes et des anomalies du comportement de la personne en question. Il est remis à la famille ou à l'entourage du malade ou bien il est adressé à l'autorité publique, préfet, préfet de police, dans le cas d'un internement imposé ;
- Etablir le certificat pour le placement d'un incapable majeur sous sauvegarde de justice¹³⁶⁹. Le médecin traitant certifie l'altération des facultés mentales, le degré de cette altération, ses incidences sur le comportement du sujet ;
- Signaler les alcooliques dangereux pour autrui¹³⁷⁰ ;
- Déclarer à l'autorité sanitaire les constatations de dopage des sportifs.

Dans le cadre de l'attribution de prestations, il y a possibilité de déclaration.

- Etablir pour les accidents du travail et les maladies professionnelles des certificats décrivant les lésions et ses conséquences¹³⁷¹. Un exemplaire est remis par le médecin à la Caisse primaire de sécurité sociale, l'autre à la victime. Pour les maladies professionnelles indemnifiables, un troisième exemplaire est destiné à l'inspecteur du travail. Un certificat détaillé doit être de nouveau établi au moment de la guérison ou de la consolidation. Les agents des services administratifs compétents sont tenus au secret professionnel ;
- Etablir des certificats de constatation en cas de violence ;
- Etablir des certificats pour indemnisation des personnes contaminées par le VIH à l'occasion d'une transfusion ;
- Déclarer à l'autorité sanitaire toute infirmité constatée sur un enfant en bas âge susceptible d'entraîner une invalidité. Le certificat ne peut être communiqué qu'à des personnes astreintes au secret professionnel médical.

2 Les dérogations légales facultatives

Certaines autorisations légales permettent de lever le secret sous conditions. C'est le cas des mauvais traitements infligés à des mineurs de moins de 15 ans ou sur une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état psychique ou physique, des sévices permettant de présumer des violences sexuelles de toute nature, des contrôles réalisés dans les établissements de santé nécessitant un accès au dossier d'assuré social et des recherches dans le domaine de la santé.

En ce qui concerne les révélations facultatives, le médecin peut :

- Signaler un toxicomane à l'autorité sanitaire¹³⁷². S'il estime agir dans l'intérêt du patient, le médecin peut signaler une personne usant de stupéfiants. Par contre, si le toxicomane se

¹³⁶⁸ Ancien art. L 333 et L 344 du code de la Santé publique

¹³⁶⁹ Ancien art. L 326 - 1 du code de la Santé publique, loi du 3 janvier 1968

¹³⁷⁰ Ancien art. L 355-2 du code de la Santé publique

¹³⁷¹ Art. L 441-6 et L 461-5 du code de la Sécurité sociale

¹³⁷² Ancien art. L 355-18 du code de la Santé publique

- présente spontanément dans un établissement hospitalier pour y être traité, il peut, s'il le demande expressément, bénéficier de l'anonymat au moment de l'admission ;
- Fournir au patient et à l'administration compétente, sur sa demande, des renseignements médicaux concernant un dossier de pension militaire ou civile¹³⁷³. Les agents des services administratifs compétents sont tenus au secret professionnel ;
 - Etablir des certificats pour les pensions d'inaptitude ou de retraite.

3 Les demandes portant sur des programmes visant à la protection de la santé publique.

Il ne relève pas de notre travail de développer la ou les définitions de la santé publique. Il devrait être suffisant d'évoquer l'intérêt pour tout un chacun de la mise en œuvre de plans de protection au niveau national portant de façon prolongée ou ponctuelle sur des objectifs définis par les ministères concernés.

Ainsi il a pu être mis en œuvre, dans le cadre de la protection de la santé publique, des démarches de communication d'information notamment dans le cadre de plans de vaccination contre la grippe A H1N1 avec envoi par les Caisses primaires de bons de vaccination aux assurés sociaux. Une priorisation basée sur l'existence des pathologies définies au niveau national, déterminées grâce aux bases de données et considérées comme fragilisantes avait été instaurée, une telle priorisation laissant présumer pour les personnes concernées un diagnostic.¹³⁷⁴ Aucun recours aux conditions de la loi informatique et liberté n'est prévu dans la démarche.

Une telle démarche pouvait se justifier dans le cadre de la protection de la société. Nous allons voir que le code de la santé publique définit un certain nombre de situations dans lesquelles il existe une possibilité, voire une obligation de transmission de données personnelles de santé en association avec les conditions de cette loi informatique et liberté.

C'est le cas de la transmission des données personnelles de santé des services du contrôle médical à destination des registres de morbidité, notamment liés au cancer (créé en 1975), aux malformations congénitales (1979) et aux cardiopathies ischémiques (1984) puis aux accidents vasculaires ou aux handicaps de l'enfant¹³⁷⁵.

Ces registres ont pour mission de contribuer à la surveillance des pathologies et à la recherche épidémiologique et font l'objet d'une procédure d'autorisation du Comité Consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé.

La loi du 1^{er} juillet 1994¹³⁷⁶, modifiant la loi de 1978, dans un chapitre V bis relatif aux « Traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé » prévoit une possibilité de transmission de données nominatives « *nonobstant les règles relatives au secret professionnel. (...).* »

¹³⁷³ Loi du 3 avril 1955, décret du 20 décembre 1976 ; article L 31 du code des pensions civiles et militaires de retraite

¹³⁷⁴ Lettre-Réseau LR-DDO-165/2009 du 26 octobre 2009 complétée par la Lettre-Réseau LR-DDO-175/2009 du 9 novembre 2009, non publiées

¹³⁷⁵ Lettre-Réseau LR/DDO/55/2011 du 17/03/2011 Protection des données médicales à caractère personnel envoyés aux registres de morbidité4 p., non publié

¹³⁷⁶ Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994

Une autorisation de la C.N.I.L. valide ainsi la transmission d'informations par le service médical de l'Assurance Maladie, sous condition d'une information préalable individuelle de la personne concernée¹³⁷⁷.

Il est à noter que cette transmission de données personnelles de santé, bien qu'essentielle pour la protection de la santé de la personne et de la société, fait l'objet d'un encadrement légal.

C'est le cas lorsqu'une raison légitime définie par le médecin en conscience permet de ne pas informer la personne « *d'un diagnostic ou d'un pronostic grave.* » Il semble que la mise en œuvre d'un droit direct ultérieur de l'assuré sur ses données dans le cadre de la démocratie sanitaire puisse remettre en cause de telles dérogations.

C'est aussi le cas lorsqu'il est envisagé un nouveau traitement des données, initialement recueillies pour un autre objet¹³⁷⁸. La difficulté de retrouver les personnes concernées pourrait justifier l'absence d'information complémentaire.¹³⁷⁹

La transmission de données personnelles de santé est alors réalisée, le respect des conditions de la loi informatique et liberté étant assuré par des procédures successives de codage des données lorsque l'anonymat est requis, par une information générale des assurés lors de l'admission à l'exonération du ticket modérateur au titre d'une pathologie concernée par le champ d'un registre ou par affichage dans les locaux du service du contrôle médical et par le rappel aux droits de l'assuré à opposition, à accès à l'information, à rectification¹³⁸⁰. Le médecin chef du service du contrôle médical de l'échelon local est chargé de faire respecter ces droits.

L'importance d'une telle communication a été confirmée par la mise en œuvre ultérieurement, à la demande de la Direction Générale de la Santé, de vérification de la concordance des bases des registres de cancer et des affections de longue durée du service du contrôle médical afin d'éviter les erreurs éventuelles.¹³⁸¹

Plus surprenantes sont les demandes faites par le Ministère de la santé d'intervention pour des situations multiples comme les incidents liés à la pose de sondes cardiaques, sondes dont un certain nombre se sont révélées défectueuses¹³⁸². On trouve aussi des demandes portant sur des implants mammaires dont la résistance et la fabrication étaient non conformes à l'attendu¹³⁸³

On peut citer un dernier exemple d'un envoi de courrier par la Caisse nationale d'Assurance Maladie aux assurés sociaux ayant consommé sur une période déterminée un médicament dont l'autorisation de mise sur le marché concerne le traitement d'une pathologie

¹³⁷⁷ La nécessité d'information reste un élément transversal de notre travail

¹³⁷⁸ Décret n° 95-682 du 9 mai 1995

¹³⁷⁹ Lettre-réseau LR-DSM-3/2001 du 15/11/2001 Transmission de données médicales nominatives aux registres de morbidité, non publiée

¹³⁸⁰ Procédure validée par un courrier de la C.N.I.L. du 26 mars 2001 et par un avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 10 novembre 2000

¹³⁸¹ Lettre-réseau LR-DSM-9/2001 du 12/12/2001 Etude de la concordance entre les données des registres du cancer et des ALD 30 sur les cancers thyroïdiens, non publiée, Le texte évoque l'accident de Tchernobyl de 1986

¹³⁸² LR EQ-DDGOS-3/2010, non publiée

¹³⁸³ LR EQ-DDGOS-7/2010 du 19 juillet 2010, non publiée

déterminée¹³⁸⁴. Tous les assurés sociaux recevant ce courrier étaient donc identifiables comme porteur potentiel de la maladie concernée. Or cette démarche visait manifestement non seulement à les inciter à initier un suivi avec leur médecin traitant, mais aussi à leur donner la possibilité de mettre en œuvre un contentieux, le Ministère intervenant par la suite auprès des instances du Conseil de l'Ordre des médecins et de la Caisse nationale d'assurance maladie pour faciliter l'accès aux éléments prouvant la consommation du produit concerné.

On voit donc que dans ces situations particulières, dès lors qu'il est ressenti une notion d'intérêt de la société, il apparaît un certain nombre de dérogations légales faisant disparaître le secret, voire même d'omission des droits de l'individu.

§ 2 Les objectifs de protection de la société

Il semble exister deux principaux cas de figures dans lesquels la parole ou les actes du médecin risquent de porter atteinte au secret professionnel dans ses relations avec la justice. Le premier cas porte sur des déclarations qui transmettent des données aux services compétents de l'administration ou de la justice. Le deuxième cas est relatif aux mesures d'investigation, c'est-à-dire au comportement du médecin vis-à-vis des autorités judiciaires.¹³⁸⁵

Comme tout professionnel de santé, les praticiens peuvent être amenés à rencontrer de telles situations.

1 Les révélations obligatoires

Pour les révélations obligatoires, le médecin doit :

- Dénoncer les agissements criminels¹³⁸⁶. Il y a obligation de prévenir les autorités judiciaires ou administratives pour 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 nouveaux¹³⁸⁷ ; obligation de prévenir les autorités judiciaires ou administratives pour quiconque a eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à une personne qui n'est pas susceptible de se protéger¹³⁸⁸ ; possibilité de sanction pénale pour quiconque qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, s'abstiendrait volontairement d'en apporter aussitôt témoignage aux autorités judiciaires ou administratives¹³⁸⁹. Ces trois articles indiquent expressément que sont exceptées de ces obligations les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues à l'article 226-13

¹³⁸⁴ Même si l'on sait que sa prescription était très fréquemment détournée dans des visées plus esthétiques

¹³⁸⁵ LEVY J.P., « Collaboration médico-judiciaire, la protection du secret médical », 1 mars 2001, *Comment concilier secret médical et instruction judiciaire ? Conflit ou coopération sur le terrain ?*, 11^{ème} jeudi de l'Ordre, p. 6

¹³⁸⁶ Art. 434-1 du code pénal

¹³⁸⁷ Art. 434-3 du code pénal

¹³⁸⁸ Art. 434-11 du code pénal

¹³⁸⁹ Art. 60 du code de procédure pénale

du code pénal. On développera ultérieurement la possibilité pour certains professionnels de s'exonérer d'une telle obligation ;

- Secourir une personne en danger. Reprenant les écrits de Monsieur Py¹³⁹⁰, on peut signaler que l'hypothèse de non-assistance à personne en danger¹³⁹¹ peut amener les personnes concernées à une sorte d'obligation d'agir, notamment lorsqu'un enfant est concerné¹³⁹². On aboutit « à faire de tout citoyen une sorte de protecteur systématique et permanent de tout enfant »¹³⁹³.

2 Les révélations facultatives

En ce qui concerne les révélations facultatives, le médecin peut :

- Initialement il y avait possibilité de dénoncer un avortement criminel¹³⁹⁴. Il n'y avait pas violation du secret professionnel si un médecin dénonçait une interruption de grossesse pratiquée dans des conditions non conformes à la loi, dont il avait eu connaissance dans l'exercice de sa profession ou s'il témoignait en justice à ce propos. Cette disposition n'a pas été reprise dans le nouveau code pénal ;
- Informer les autorités médicales et administratives et témoigner en justice s'il a connaissance de sévices ou privations sur la personne de mineurs de moins de 15 ans¹³⁹⁵. La loi laisse le médecin libre de parler ou de se taire ;
- Témoigner, avec l'accord de la victime, d'un viol ou d'un attentat à la pudeur¹³⁹⁶.

Sous section 2 La transmission de données personnelles de santé et les relations avec la justice

Les professionnels de santé peuvent être amenés à « rencontrer » les services de justice au cours de leur activité. La question de la possibilité de communication de données au juge doit être évoquée.

Un principe ancien protège tout médecin d'une éventuelle injonction du juge en lui permettant d'opposer un motif légitime lui permettant de maintenir le secret.¹³⁹⁷

« *Malgré ce, un récent courant législatif d'inspiration sécuritaire essaie d'appliquer, en matière médicale, les mêmes obligations que celles imposées à l'avocat depuis les récentes évolutions législatives. Prolongeant la logique du rapport Bénisti d'octobre 2004, les*

¹³⁹⁰ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

¹³⁹¹ Art. 223-6, al. 2 du code pénal

¹³⁹² GUERY C., « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », D. 2001, Chron. p. 3293

¹³⁹³ MAYAUD Y., « Des mauvais traitements sur mineurs de quinze ans et de leur retombées, en terme de secours et de dénonciation, sur les professionnels de la santé et de l'assistance », Rev. science crim. 1998, p. 320 ; ROCA C., Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur, Petites affiches, 6 avr. 2001, n° 69, p. 10

¹³⁹⁴ Ancien art. 378, al 2 du code pénal

¹³⁹⁵ Ancien art. 378, al 3 du code pénal, actuel Art. 434-3 du code pénal

¹³⁹⁶ Ancien art. 378, al 4 du code pénal, actuel Art. 226-14 2

¹³⁹⁷ Cass. crim., 26 juillet 1845, Almir-Charles Saint Pair, Bull. crim. 1845 n°245 ; Civ. 1ère 18 mars 1997, JCP G 1999, II, 22829, rapp. P. Sargos : « Il appartient au juge, lorsqu'une expertise impliquant l'accès à des informations couvertes par le secret médical est nécessaire à la manifestation de la vérité, de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades ou consultants » ; CEDH 27 août 1997, affaire n°74/1996/693/885, M. S. c/ Suède

*professionnels de santé, comme tous les autres citoyens, deviendraient ainsi des « collaborateurs effectifs de la justice ».*¹³⁹⁸

Il existe donc un certain nombre de situations dans lesquelles un professionnel de santé peut être amené à transmettre des données.

1 Les conditions des révélations

Les anciens articles 62 et 63 du code pénal, plusieurs fois complétés et modifiés, définissaient une obligation légale de dénoncer les crimes et délits.

L'article 62 faisait obligation à tous citoyens de dénoncer les crimes et délits, réels ou projetés, dont ils pouvaient avoir connaissance ; « *Quiconque n'aurait pas averti les autorités judiciaires ou administratives, alors qu'il avait eu connaissance d'un crime déjà tenté ou consommé et alors qu'il était encore possible d'en prévenir ou d'en limiter les effets, ou encore qu'on pouvait penser que les coupables, ou l'un d'eux, commettraient de nouveaux crimes qu'une dénonciation pouvait prévenir* »¹³⁹⁹ ou « *Celui qui, ayant connaissance de sévices ou de privations infligés à un mineur de quinze ans n'en aurait pas averti les autorités administratives ou judiciaires .* »

L'article 63 faisait obligation à tout citoyen de porter assistance à une personne en danger, sous peine de poursuites pénales. « *Quiconque pouvant empêcher par une action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un fait qualifié crime soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstenait de le faire ; Quiconque s'abstenait volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. Quiconque enfin, qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne incarcérée, s'abstenait volontairement d'en porter aussitôt témoignage aux autorités de justice ou de police, étant précisé qu'aucune peine ne serait prononcée pour un témoignage tardif, s'il était spontané.* »

Il a été tout de suite relevé que les anciens articles 62 et 63 ne comportaient pas la mention « *sous réserve des obligations résultant du secret professionnel* », alors que cette phrase existait dans l'ancien article 100 du code pénal concernant les infractions de nature à nuire à la défense nationale.

Dans le silence des textes on pouvait penser que ces deux articles excluaient de leur application les « *confidants nécessaires* » astreints au secret professionnel.

Le Ministre de la Justice, questionné sur le sujet avait répondu que cette rédaction ne pouvait relever d'une volonté délibérée d'établir une différence de traitement selon que la personne astreinte au secret professionnel se trouverait dans les cas prévus par l'article 100 ou dans ceux des articles 62 et 63 du code pénal. Pour ne pas porter atteinte à la nécessaire confiance dont doit être investi celui qui reçoit d'autrui des secrets ou confidences, il ne pouvait être question de mettre en œuvre des sanctions envers un professionnel de santé ne se soumettant pas aux obligations de communication. La faculté était laissée au professionnel de déterminer, en conscience, selon chaque cas d'espèce, la conduite à adopter

¹³⁹⁸ CARRIERE C., « L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical », mardi 27 novembre 2007

¹³⁹⁹ Rép.min.N°4791-J.O. Déb.Ass.Nat.16 novembre 1973,.p.5862

Il persistait donc une incertitude sur la conduite à tenir. Ce doute concernait d'ailleurs plus fréquemment les avocats que les professionnels de santé.

La rédaction du nouveau code pénal, en remplaçant les articles 62 et 63 par les articles 434-1, 434-3, 434-11 et aussi par l'article 223-6 a modifié la situation de façon notable tout en laissant persister des zones d'incertitude.

L'ancien article 62 voit son contenu scindé, son premier alinéa devenant l'article 434-1 et son deuxième alinéa 2 l'article 434-3.

L'alinéa 3 de l'ancien article 63 devient l'article 434-11 du nouveau code pénal.

A la fin de chaque article se trouve la mention selon laquelle bénéficient d'une exception pour l'application des dispositions visées les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues à l'article 226-13. L'article 434-11 ajoute simplement les termes suivants «sauf lorsque la loi en dispose autrement».

Il persiste des difficultés sur l'appréciation du contenu et de l'application du nouvel article 223-6 du code pénal.¹⁴⁰⁰ En effet, la rédaction de cet article ne comporte aucune mention relative au secret professionnel.

Les difficultés préexistantes au nouveau code pénal se retrouvent dans cet article. Faut-il considérer que l'absence de référence au secret professionnel est due à un oubli de mise à jour, laissant à la personne tenue au secret la faculté de déterminer en conscience, selon chaque cas d'espèce, la conduite à adopter, ou l'omission étant délibérée, le professionnel médecin n'est-il non seulement plus tenu au secret mais bien dans l'obligation de dénoncer ?¹⁴⁰¹

La circulaire de la Direction des Affaires Criminelles et des Grâces du 14 mai 1993, présentant le commentaire des dispositions de la partie législative du Nouveau code pénal (livres I à V) apporte une réponse à ces questions.¹⁴⁰²

La section IV § 1 de la circulaire traite de l'atteinte au secret professionnel en ne citant à aucun moment l'article 223-6 du code pénal « (...) *la délicate articulation des dispositions réprimant la violation du secret professionnel avec celles réprimant la non-dénonciation de certaines infractions a été clarifiée par le Nouveau code Pénal. On verra, en effet, en examinant les dispositions des articles 434-1 et 434-3 qui répriment la non-dénonciation de crime ou de mauvais traitement, que ces articles ne sont pas applicables aux personnes tenues au secret professionnel* ».

La section III traitant de l'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours ne cite pas elle non plus l'article 223-6 du code pénal.

¹⁴⁰⁰ Art. 223-6 du code pénal « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire, est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui, il pouvait lui prêter, soit par une action personnelle, soit en provoquant un secours.* »

¹⁴⁰¹ Nous ne parlerons pas de l'exception prévue par l'article 434-3 du code pénal « *sauf lorsque la loi en dispose autrement* » qui concerne surtout, semble-t-il, les travailleurs sociaux

¹⁴⁰² DAHMANE A., « Le secret professionnel dans le cadre du travail d'aide à domicile des éducateurs », Le Portique, Cahier 2 2004, mis en ligne le 10 juin 2005. URL : <http://leportique.revues.org/document479.html>. Consulté le 29 décembre 2007.

Dans le même ordre d'idée, nous devons rapporter le contenu de la question¹⁴⁰³ posée par Madame Maryse Joissains-Masini au garde des sceaux sur l'application des nouvelles dispositions de l'article 223-6 et son absence de réserve relative au secret professionnel. Elle lui demande de préciser l'interprétation qui doit être donnée à cet article et si la personne tenue au secret professionnel a la faculté de se déterminer en conscience et si l'obligation de dénoncer justifie la révélation du secret professionnel.

Le contenu de la réponse ministérielle porte sur trois points :

- Les dispositions de l'article 223-6 du code pénal ont repris celles de l'article 63 de l'ancien code pénal, sans en modifier l'économie générale. La jurisprudence établie sous l'empire de l'ancien code persiste. Dès lors on doit retenir que : « *s'il apparaît que l'omission d'empêcher une infraction ne peut être réalisée que par la seule dénonciation de cette infraction, les dispositions pénales n'ont pas entendu, en la matière, exclure par principe les personnes soumises au secret professionnel de cette obligation faite à tout citoyen d'empêcher la commission d'une infraction.* » Il n'y a donc plus de caractère général et absolu du secret ;
- « *L'infraction n'est caractérisée que s'il est acquis que la personne poursuivie avait une connaissance suffisante de l'infraction projetée ou préparée* ». Il faut donc qu'il existe une preuve de la connaissance réelle des faits¹⁴⁰⁴ ;
- « *L'infraction n'est caractérisée que s'il est acquis que la personne poursuivie avait conscience que peuvent avoir les personnes concernées par l'obligation de dénoncer la privation de soins et d'aliments infligés à ces mineurs que ces faits étaient constitutifs d'infractions pénales* » donc qu'elle avait la conscience qu'il était possible d'agir utilement.¹⁴⁰⁵

Les dispositions étudiées ci-dessus concernent les relations pouvant exister entre praticiens conseils, professionnels de santé, avec les services de police. Il doit être envisagé maintenant les possibles contacts avec les services de justice.

2 Le comportement du professionnel de santé devant les juridictions

Les praticiens conseils peuvent être amenés à se présenter devant un juge.

2-1 Le témoignage

Dans le cas du témoignage d'un professionnel de santé ayant eu une fonction thérapeutique, le code pénal distingue les informations qui peuvent être révélées, en fonction de leur nature.¹⁴⁰⁶ Une première approche consisterait donc à identifier les éléments qui sont secrets et ceux qui ne le sont pas, parmi les informations que le médecin détient.

¹⁴⁰³ QE N° 4082 secret professionnel. application. Réglementation, Question publiée au JO le : 07-10-2002, Réponse publiée au JO le : 13-01-2003

¹⁴⁰⁴ Cass. crim., 7 nov. 1990, bull. crim. n° 372 pour un fonctionnaire de police

¹⁴⁰⁵ C. Appel de Paris, 15 juin 1951 pour un médecin

¹⁴⁰⁶ Art. 226-13 du nouveau code pénal

Pour les praticiens conseils, hors de toute fonction de soins, et sans développer une analyse qui s'opposerait à la définition large du secret, on doit signaler que l'obligation de comparaître¹⁴⁰⁷ s'impose au professionnel de santé qui ne peut pas le refuser¹⁴⁰⁸ en se réfugiant derrière le secret professionnel. Il doit se rendre au tribunal et prêter serment. Ensuite, il doit répondre aux éventuelles demandes portant sur des faits ne concernant pas la pratique de son métier mais il peut opposer le secret professionnel aux demandes de révélation des faits relevant du secret¹⁴⁰⁹, hormis la possibilité pour lui de témoigner dans les cas de mauvais traitements et privation.

Comme nous l'avons signalé précédemment, la justification de la levée du secret peut relever d'une juridiction saisie d'une plainte, sans omettre l'impossibilité pour un professionnel de répondre à un contentieux portant sur ses propres pratiques.

Il semble intéressant de faire une présentation des diverses jurisprudences portant sur le thème du témoignage.

2-1-1 Le droit à la conservation du secret

La chambre criminelle de la Cour de Cassation a plusieurs fois rappelé la possibilité pour un médecin de conserver le secret¹⁴¹⁰ allant jusqu'à refuser de laisser une cour d'assise entendre un témoignage de médecin soumis au secret professionnel.¹⁴¹¹

*« L'obligation au secret professionnel, établie par l'(ancien) article 378 du code pénal pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions, s'impose au médecin hormis les cas où la loi en dispose autrement, comme un devoir de leur état ; sous cette seule réserve, elle est générale et absolue et il n'appartient à personne de les affranchir. Cette règle qui s'impose à tous et n'opère aucune distinction entre les témoins à charge et les témoins à décharge, est en outre conforme aux dispositions de l'article 6 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »*¹⁴¹²

¹⁴⁰⁷ BROUARDEL P ; *Le secret médical*, Ibid., p. 175, « L'obligation au secret n'exempte jamais le médecin de comparaître. »

¹⁴⁰⁸ Art. 109 du code de procédure pénale « Toute personne citée pour être entendue comme témoin est tenue de comparaître, de prêter serment et de déposer, sous réserve des dispositions (...) des articles 226-13 et 226-14. ».

¹⁴⁰⁹ LARGUIER A. M. « (...) Mais ce texte peut d'autre part être obstacle à la mise en œuvre d'une autre responsabilité dans la mesure où, à l'abri derrière l'obligation de se taire, la personne tenue au secret peut invoquer alors le droit de demeurer silencieuse, échappant ainsi à d'autres obligations de parler, de témoigner, notamment pénalement sanctionnées. » et XUEREB D., « Le secret professionnel », « *Le secret professionnel est un régime de sanctions pénales contre ceux qui parleraient trop et non de protection contre ceux qui préféreraient se taire. Ce n'est pas en tout cas un moyen de défense qui dispense de s'expliquer de son action devant la justice.* »

¹⁴¹⁰ Cass. crim., 8/05/47Affaire DECRAËNE, la chambre criminelle casse un arrêt de la cour d'assise qui avait condamné un médecin pour son refus de témoigner. In PRADEL J.

¹⁴¹¹ Cass. crim, 22/12/66, Affaire BORDIER

¹⁴¹² Gazette du palais 1985, T 2, somm., p. 123 et Bull. crim. 1985, n° 218 ; Voir dans le même sens ALMERAS J. P., *Le secret médical et le refus de témoigner, concours médical*, 19/07/86, 108, 29 à propos de Cass. crim. 5/06/85, Affaire BOURDEJEAU, La Cour d'assise précisait « *Qu'elle ne saurait sans outrepasser sa compétence, se substituer à lui pour déterminer dans quels cas un médecin appelé à témoigner à témoigner pouvait être amené à révéler des faits qui lui ont été confiés ; le consentement de l'accusé ne saurait être considéré comme un fait justificatif faisant disparaître le caractère délictueux de la révélation des secrets litigieux.* »

2-1-2 La validité du témoignage

En citant les arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation vus ci-dessus, Loiret, rapportant Pradel, pose la question de la validité du témoignage qui verrait un médecin déposer en justice sur des faits secrets. Par voie de conséquence, son témoignage devrait-il être exclu des débats comme ayant été acquis au prix d'une infraction pénale ? Pradel penche pour cette solution. Certains auteurs estiment que le témoignage serait valable, si les deux parties en présence ne le contestent pas.

2-2 Les certificats médicaux

Tout demandeur peut apporter tout élément le concernant personnellement à l'appui de sa demande.

Si les certificats médicaux sont produits par des tiers, ils sont écartés, considérés comme obtenus par fraude. Le cas échéant, ces certificats peuvent constituer un recel de la violation du secret professionnel.

En ce qui concerne les conditions d'utilisation des certificats médicaux, la Cour de Cassation estime que les certificats médicaux sont valides sauf s'ils privent les intéressés de leur droit¹⁴¹³. La production spontanée de ces certificats médicaux ne peut pas ensuite permettre à la personne qui les détient de demander leur mise à l'écart pour violation du secret professionnel¹⁴¹⁴.

3 Les faits justificatifs

On a vu que très fréquemment le risque de sanction pénale de la violation du secret est un élément fondamental de prévention des actes répréhensibles.

Les possibilités de transmission peuvent s'appuyer sur les différentes dispositions des codes de la santé publique ou de la sécurité sociale. En dehors de ces situations encadrées, les situations présentées ci-dessus peuvent amener les praticiens conseils à donner des informations au juge.

Dans le cadre du droit pénal, lorsque l'infraction est réalisée, l'auteur doit être poursuivi, mais ses actes peuvent se justifier par certaines causes prévues par la loi. On appelle ces causes des faits justificatifs, causes objectives qui suppriment l'élément légal de l'infraction.

L'analyse du droit pénal permettant à une personne déterminée de s'exonérer, par des faits justificatifs prévus par l'article 122-7 du code pénal, des conditions habituelles prévues par la loi pénale retrouve notamment l'ordre de la loi, la légitime défense et le commandement de l'autorité légitime, l'état de nécessité.

À ces cas, la jurisprudence ajoute, dans des cas particuliers, le consentement de la victime.

¹⁴¹³ Cour de Cassation, 18 mars 1997

¹⁴¹⁴ REBATTU J.-P., DALIGAND L., « Certificat médical et secret professionnel », Journal français d'oto-rhino-laryngologie, vol. 35, n° 10, décembre 1986, pp. 511-513

Même si l'ensemble de ces conditions ne correspond pas toutes directement à l'activité de praticien conseil, il semble essentiel pour la compréhension du lecteur de les présenter succinctement.

2-1 *L'ordre de la loi*

L'ordre de la loi¹⁴¹⁵ existe lorsque la loi ou le règlement autorisent ou ordonnent la commission d'infractions dans le but de satisfaire à la volonté générale. Il n'y a exonération pour l'auteur des faits que s'il respecte une proportion dans ce que la loi ou le règlement requiert et lorsque les faits restent dans le champ d'application légal ou réglementaire concerné.

L'ordre de la loi dans le contexte du secret est bien connu par le milieu médical. C'est le cas de l'obligation faite aux professionnels de santé de déclarer les naissances et les décès ou certains cas de maladies contagieuses. Il y a ainsi certaines hypothèses où un texte ordonne de commettre une infraction :

En matière de violation du secret professionnel, la loi impose aux médecins et aux responsables des services et laboratoires d'analyses de biologie médicale de signaler à l'administration les cas de certaines maladies.¹⁴¹⁶

Dans d'autre cas, un texte autorise une personne à commettre une infraction. Les médecins pouvaient ainsi signaler à l'administration l'existence d'une maladie vénérienne s'ils en ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions et si le patient était d'accord pour suivre un traitement.¹⁴¹⁷

Les dispositions du code de la sécurité sociale concernant la transmission des dossiers qu'ils détiennent dans le cadre du contentieux technique, sur demande du juge, semblent correspondre à la définition de l'ordre de la loi. Le code ne prévoit pas de dérogation légale mais indique que la responsabilité du praticien conseil ne pourra être recherchée sur la base de l'article 226-13 du code pénal. On peut donc évoquer alors, sans notion de dérogation légale, une levée du secret.

2-2 *La légitime défense*

Les conditions d'exercice de la légitime défense¹⁴¹⁸ correspondent à une attaque illicite ou une menace d'attaque illicite et imminente contre la vie, l'intégrité physique ou morale, les biens ou la liberté physique de la personne ou celle d'un tiers¹⁴¹⁹. La carence des autorités compétentes et l'urgence justifient dans certaines conditions la défense de soi-même envers l'agression provenant d'autrui¹⁴²⁰. La légitime défense exonère l'auteur de sa responsabilité pénale et civile des conséquences de sa nécessaire protection.

L'attaque doit être réelle et non éventuelle, actuelle et non future, et injuste c'est-à-dire contraire au droit.

¹⁴¹⁵ Art. L. 3113-1 du code de la santé publique

¹⁴¹⁶ Art. D. 3113-6 du code de la santé publique

¹⁴¹⁷ Art 122-4 du code pénal

¹⁴¹⁸ Art 122-5 du code pénal

¹⁴¹⁹ LAREAU F., Thèse LL.M. - *Légitime défense et théorie*, Ottawa, Canada, 1992

¹⁴²⁰ Les faits justificatifs, www.juristudiant.com/site/spip.php

L'acte de défense doit être nécessaire. Il doit être proportionnel à l'attaque. Enfin, on doit avoir agi pour se défendre ou défendre autrui, pour repousser l'attaque ou la prévenir. La défense doit être nécessaire, la fuite ou le recours à la police n'étant plus envisageable, et doit être volontaire.

En ce qui concerne le secret, certains auteurs ont utilisé ce fait pour justifier le droit pour un professionnel de santé de révéler le secret pour se défendre en justice lorsque sa responsabilité personnelle est recherchée.

Cette notion ne semble pas devoir être évoquée dans l'activité des praticiens conseils.

2-3 *Le commandement de l'autorité légitime*

L'article 122-4 du code pénal vise l'hypothèse où un supérieur hiérarchique donne l'ordre à son subordonné de commettre une infraction. Un acte criminel va perdre tout caractère d'infraction lorsqu'il est ordonné par une autorité publique et compétente telle que l'autorité judiciaire, militaire ou administrative. Deux conditions doivent être réunies. L'autorité doit être légitime¹⁴²¹ et l'ordre ne doit pas être manifestement illégal. Ce qui implique que le subordonné qui exécute un ordre manifestement illégal reste responsable de l'infraction commise.

Il faut que cette autorité soit une autorité légitime, c'est-à-dire qui agit dans l'exercice de ses fonctions, et qu'elle ait un pouvoir sur le subordonné.

A contrario, une autorité privée donnant l'ordre de commettre une infraction ne fait pas bénéficier de ce fait justificatif.¹⁴²²

On peut reprendre, afin de développer l'analyse de la notion d'autorité les écrits de Monsieur Ortolan. Même s'ils sont anciens, suivant la rédaction du premier code pénal, ils semblent encore d'actualité.

*« Si l'acte, rentrant par le préjudice occasionné dans la définition d'un crime ou d'un délit, était ordonné par la loi, et si l'agent l'a exécuté dans toutes les conditions légalement prescrites, cet agent ne saurait être punissable. Accompli intentionnellement, en état de raison et de liberté, l'acte lui est imputable, mais imputable comme une action légale, qu'il avait le droit, le plus souvent même le devoir de faire ; il n'y a lieu ni à pénalité ni à dommages intérêts. »*¹⁴²³

Pour que l'acte soit légitime, c'est-à-dire conforme à la loi, il faut que l'agent l'ait exécuté dans toutes les conditions légalement prescrites, ce qui comprend non-seulement les conditions de fond, mais encore les conditions de forme, et par conséquent l'ordre du supérieur hiérarchique, *« si l'agent est placé sous une autorité, sous un chef, dont il doit attendre le commandement. (...) L'obéissance n'est due au supérieur (...) que dans la sphère*

¹⁴²¹ Art. 122-4 du code pénal *« N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime sauf si cet acte est manifestement illégal ».*

¹⁴²² [Ichtus_article_impression.php3?id_article=290](#), 31 janvier 2007, « Notre état est-il encore légitime ? ». Il faut faire une distinction entre légalité et légitimité. La légalité s'apprécie par rapport à l'ordre juridique établi, droit positif, mais il est nécessaire que la valeur d'une loi soit fondée sur un principe qui la justifie : ce principe est celui de la légitimité.

¹⁴²³ ORTOLAN J. – « L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime (suivant la science rationnelle), éléments de droit pénal » (4^e éd., 1875) ; [ledroitcriminel.free.fr/.../le_proces_penal/_le_jugement/qualification_faits/ortolan_ordre_de_la_loi.htm](#)

de ses pouvoirs ; hors de ces pouvoirs il ne reste qu'un homme privé, sans attribution ni droit de commandement.

Les raisonnements qui précèdent nous conduisent donc à cette conclusion : l'ordre donné par le supérieur hiérarchique, dans un acte illicite en soi, ne suffit pas pour couvrir le subordonné qui a exécuté cet ordre. Mais la présomption générale est en faveur de ce subordonné, qui ne devrait être déclaré coupable qu'autant qu'il serait démontré qu'il a agi connaissant bien la criminalité de l'acte et s'y associant. »

Plusieurs théories ont été successivement envisagées pour refuser ou justifier l'exonération de sanction pour une personne en cas d'obéissance à un ordre considéré comme illégal.

2-3-1 La théorie des baïonnettes intelligentes

Selon la théorie des baïonnettes intelligentes, le subordonné doit refuser d'exécuter un ordre illégal. Il ne sera pas protégé s'il commet l'infraction. Cette théorie qui n'a jamais eu l'occasion d'être consacrée par la jurisprudence conduit à rejeter systématiquement la notion de fait justificatif.

2-3-2 La théorie de l'obéissance passive

La théorie de l'obéissance passive amène un subordonné à obéir systématiquement à son supérieur hiérarchique. Cette théorie conduit à justifier toutes les infractions commises sur ordre. Le commandement de l'autorité légitime devient un fait justificatif général.

2-3-3 La théorie intermédiaire

La seule théorie actuellement retenue et confirmée par le code pénal, est dite intermédiaire. Toutes les infractions commises par le subordonné étant justifiées, sauf si l'ordre est manifestement illégal comme l'ordre de tuer ou de voler. Les seuls exemples d'importance actuellement retrouvés correspondent à la condamnation de l'ancien préfet Papon¹⁴²⁴ à qui il était reproché d'avoir initié et organisé des déportations. La motivation de la condamnation était que *«le commandement de l'autorité légitime ne pouvait pas en l'espèce être invoqué»*, ou la célèbre affaire dite des paillotes corses dans laquelle des bâtiments construits en violation avec le code de l'urbanisme avaient été détruits *«de manière clandestine, sans recours à la force publique, par des moyens dangereux pour les personnes (...)»*.

En ce qui concerne le secret, il ne semble pas possible d'admettre la notion de commandement de l'autorité légitime, puisque même si un supérieur hiérarchique venait à ordonner la violation du secret, il ne devrait pas être obéi à l'ordre si la demande porte réellement sur un acte illégal.

¹⁴²⁴ Cass. crim., 23 janvier 1997

La question, plus intéressante et qui doit être évoquée, est celle de l'assimilation entre juridictions et autorité légitime. S'il était admis que le juge a le pouvoir d'une autorité légitime pouvant enjoindre le service médical à communication, le problème de la transmission des dossiers médicaux aux juridictions générales de la sécurité sociale T.A.S.S. et aux juridictions du contentieux technique T.C.I. serait résolu. Néanmoins il nous semble que la séparation des pouvoirs ne plaide pas dans ce sens.

2-4 La non-imputabilité

La notion de non-imputabilité, cause subjective d'irresponsabilité pénale regroupe le trouble mental, la contrainte et sous certaines conditions la minorité pénale¹⁴²⁵. Ces trois causes privent l'auteur de l'acte de son libre arbitre, de sa capacité pénale, ce qui les fait dénommées « *causes subjectives d'irresponsabilité pénale* ».

2-4-1 Le trouble mental

Le trouble mental¹⁴²⁶, terme plus extensif que l'ancien terme de « démence », doit avoir été contemporain à la commission de l'infraction. Nous espérons ne jamais devoir évoquer cette notion de trouble mental lors de l'activité d'un praticien conseil.

Dans le même temps, on retrouve aussi dans les faits justificatifs la contrainte et l'état de nécessité.

2-4-2 La contrainte

La contrainte, prévue par l'article 122-2 du code pénal¹⁴²⁷, est un événement ou une force irrésistible obligeant une personne à commettre une infraction. La contrainte en droit pénal évoque la force majeure du droit civil. Une personne commet une infraction sous l'emprise d'une force irrésistible. Elle est irresponsable parce qu'elle a été privée de sa volonté. Cette notion de perte de volonté permet de distinguer la contrainte de l'état de nécessité dans lequel la personne peut choisir d'affronter le danger ou de commettre l'infraction.

Il y a deux types de contraintes, la contrainte physique et la contrainte morale. La contrainte ne doit pas être résulter d'une faute antérieure à la commission de l'infraction par la personne ayant subi le dommage.

¹⁴²⁵ Qui sera bien évidemment exclue de notre étude qui porte sur le service du contrôle médical, les praticiens conseils diplômés dépassant obligatoirement l'âge de majorité

¹⁴²⁶ Art. 122-1 du code pénal, « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. La personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable ; toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime* ».

¹⁴²⁷ Art. 122-2 du code pénal « *N'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ».

La contrainte physique

La contrainte physique est une force ou un événement qui agit sur le corps de la personne responsable de la violation de la loi. Cette contrainte est d'origine externe comme la force de la nature, le fait d'un tiers ou d'un animal.

La contrainte morale

La contrainte morale est une pression exercée sur la volonté ou sur l'esprit de l'auteur de l'infraction qui la conduit à commettre une infraction. Cette contrainte morale peut être d'origine externe ou d'origine interne.

La contrainte morale d'origine externe

La contrainte morale d'origine externe, menaces émanant d'un tiers, doit être liée à une pression irrésistible, qui a aboli la volonté de l'auteur de l'infraction, les tribunaux appréciant son contenu, compte tenu des circonstances.

La contrainte morale d'origine interne

La contrainte morale d'origine interne est une pression morale qui est inhérente à la personne de l'auteur de l'infraction, sentiment religieux qui conduit à l'objection de conscience ou à une prise de position. La jurisprudence a toujours refusé la contrainte morale d'origine interne.

L'hypothèse de la contrainte correspond à une qui commet une infraction sous l'emprise d'une force irrésistible. Elle est irresponsable car privée de sa volonté. Cette notion permet de distinguer la contrainte de l'état de nécessité, dans lequel la personne peut choisir d'affronter le danger ou de commettre l'infraction.

Il ne semble pas que ces conditions puissent s'appliquer pour l'activité de praticiens conseils en ce qui concerne une transmission d'informations.

2-5 L'état de nécessité

L'état de nécessité correspond à la situation d'une personne qui, sans avoir été agressée ni forcée, pour échapper à une menace ou un danger qui la menace, pour faire échapper un tiers à un danger ou pour sauvegarder un intérêt supérieur, n'a d'autre possibilité que d'accomplir un acte défendu par la loi.

Avant d'être reconnue par l'article 122-7 du code pénal, la jurisprudence en a fait dès la fin du XIX^{ème} siècle un fait justificatif général, plusieurs fondements de fait justificatif ayant été successivement étudiés.

2-5-1 Les éléments constitutifs de l'état de nécessité

L'état de nécessité comporte plusieurs éléments constitutifs.

L'absence d'élément moral

L'infraction ne comporterait pas d'élément moral. Cet argument a été utilisé dans l'arrêt *Dame Ménard*¹⁴²⁸ dans lequel une mère de famille nécessiteuse avait volé de la nourriture pour nourrir ses enfants. Cet argument ne peut être suivi parce que l'élément moral retenu correspond à la notion de dol général défini comme la conscience de commettre une infraction.

La contrainte

L'impunité s'expliquerait par la contrainte. Or nous avons signalé plus haut que la personne concernée conserve sa volonté et donc un choix. La contrainte ne peut donc s'appliquer.

L'utilité sociale

Dernier argument, l'impunité de l'auteur s'expliquerait par l'utilité sociale. Elle permet d'éviter un danger plus grand. Entre deux dangers, la société n'a pas d'intérêt à sanctionner le choix réalisé au profit d'un danger plus grand.

2-5-2 Les conditions de l'état de nécessité

Les conditions de l'état de nécessité peuvent être groupées en deux catégories. Les conditions peuvent être relatives au danger ou relatives à l'infraction.

Qu'il soit physique ou moral, le danger subit doit être actuel ou imminent¹⁴²⁹, réel et pas seulement éventuel¹⁴³⁰.

La jurisprudence a défini que le danger ne doit pas être la conséquence d'une faute préalable. En ce qui concerne les conditions de réalisation de l'infraction, il faut qu'elle ait été le seul moyen d'éviter le danger, et elle ne doit pas être disproportionnée à la gravité de la menace.

L'application des ces faits justificatifs qui sont similaires en ce qu'ils existent dans un contexte « d'urgence et de violence » ne semble pas pouvoir s'appliquer à la violation du secret.

2-6 *Erreur fait, de droit ou ignorance de la loi*

On doit enfin évoquer la possibilité d'erreur de droit ou l'ignorance de la loi qui pourraient devenir une excuse d'application générale.

Il peut exister en droit pénal deux types d'erreur : l'erreur de fait et l'erreur de droit¹⁴³¹.

¹⁴²⁸ C. Appel Amiens, 22 avril 1898 Dame Ménard

¹⁴²⁹ Cass. crim. : Bull. crim. 1994 n° 273 p. 1022

¹⁴³⁰ Cass. crim. 1^{er} juin 2005 : Bull. crim. n° 168 p. 592

¹⁴³¹ www. Jurispédia

2-6-1 L'erreur de fait

L'erreur de fait est une erreur sur la matérialité de l'acte accompli, en « *toute bonne foi* ». L'erreur de fait supprime le dol général¹⁴³² et l'infraction n'est pas constituée comme par exemple le fait de s'emparer d'une chose dont on se croit propriétaire alors que matériellement, le vol est accompli.¹⁴³³

La preuve de l'erreur étant une question de fait, elle est laissée à l'appréciation des juges du fond. Une erreur peut porter sur un élément de la définition de l'élément matériel constitutive de l'infraction et la personne ne pourra être sanctionnée pénalement. Elle peut néanmoins constituer une faute d'imprudence qui permet de reprocher à l'auteur de l'acte une erreur non-intentionnelle entraînant une sanction pour imprudence ou négligence.

L'erreur de fait semblerait pouvoir s'appliquer en tant que fait justificatif dans les cas où une personne aurait, de bonne foi, transmis des informations relevant du secret médical ou professionnel sans en comprendre la portée ou informé une personne en croyant qu'elle était autorisée par la loi.

Cette erreur ne devrait pas pouvoir s'appliquer dans le cadre du service médical, mais si la question était aussi simple que nous pourrions l'imaginer, nous n'aurions pas été amenés à réaliser notre travail.

2-6-2 L'erreur de droit

L'erreur de droit, dont on peut rapprocher la méconnaissance de la loi, est une erreur qui porte sur l'existence ou l'interprétation d'une règle pénale. Initialement en droit administratif, un décret-loi du 5 novembre 1870, abrogé en 2004¹⁴³⁴, admettait l'exception d'ignorance lorsque le citoyen n'avait pas eu le temps matériel de connaître de la nouvelle loi. Le nouveau code pénal définit la possibilité d'existence d'une erreur de droit invincible par l'article 122-3.¹⁴³⁵

L'erreur de droit n'a été qu'exceptionnellement admise par les juridictions¹⁴³⁶, mais elles se sont prononcées le plus souvent sur le contenu de l'erreur affirmée.

¹⁴³² Dol : « *Toute espèce d'artifice dont quelqu'un se sert pour tromper autrui* ». Le dol est considéré par la loi comme viciant le consentement et entraîne la nullité du contrat si le dol, destiné à déterminer la victime à contracter, est principal, mais ce n'est pas le cas si le dol est incident, la victime n'ayant à la fin pas contracté, ou s'il émane d'un tiers au contrat.

¹⁴³³ Cass. crim., 12 avril 1967 ; Bull. Crim. n° 116

¹⁴³⁴ Ord. n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs

¹⁴³⁵ Art. 122-3 du code pénal « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».

¹⁴³⁶ www. Jurispédia ; Cass. crim., 24 novembre 1998, n° 97-85378, décision non publiée concernant le droit du travail ; C. appel Douai, 26 septembre 1996

2-6-3 La méconnaissance de la loi

La question de la méconnaissance de la loi reste posée malgré l'abrogation du décret-loi du 5 novembre 1870. S'opposent l'adage connu « *nul n'est censé ignorer la loi* » et la réalité quotidienne qui voit s'accumuler les textes que même les professionnels ne peuvent totalement maîtriser. Il nous sera permis de suivre Doucet¹⁴³⁷ citant Planiol¹⁴³⁸ qui précise qu'il serait bien rigoureux que « *les citoyens puissent être surpris par l'exécution d'une loi nouvelle dont ils n'ont pas connu la préparation. C'est pourquoi, en France, il a toujours été admis que la loi ne devient exécutoire qu'après avoir été rendue publique* ».

« *Dès lors que le droit contemporain est dominé par le principe de la responsabilité subjective, on ne saurait admettre que soit reproché à un prévenu un acte dont il ne pouvait savoir qu'il était prohibé par la loi pénale.* »¹⁴³⁹

Il ne persiste donc du décret de 1870 que le souvenir de ses prescriptions à l'intention du Gouvernement en place d'accomplir certaines formalités de communication et d'information lors de la publication de la loi.

Ces deux derniers arguments ne peuvent s'appliquer dans le cas de la violation du secret, l'information de l'obligation au secret professionnel ainsi que la sanction pénale de sa violation étant transmise systématiquement aux personnes concernées.

Un des derniers faits justificatifs que nous serons amenés à présenter et qui correspond à une construction jurisprudentielle, correspond au consentement du patient.

En ce qui concerne la transmission de documents sur réquisition par un praticien conseil, la circulaire du 14 mai 2004 explicitant la loi du 9 mars 2004 et émanant de la Chancellerie estime que cette communication ne violerait pas le secret professionnel¹⁴⁴⁰.

A signaler le refus constant de reconnaître au consentement de la victime la puissance d'un fait justificatif.¹⁴⁴¹

Chapitre 2 Les risques d'atteinte du secret professionnel et le service du contrôle médical dans le cadre de la santé publique et de la justice

Suivant Frédérique Ferrand, on peut constater que plusieurs types de secrets peuvent être invoqués face au juge en matière de recherche et d'appréciation des preuves.

¹⁴³⁷ DOUCET J. P., « L'entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », Gaz. Pal 4 septembre 1990, Gaz. Pal 1990 II Doct. p. 427

¹⁴³⁸ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3e éd., T. I, p. 71, n°167

¹⁴³⁹ DOUCET J.P., *La loi pénale*, 3° éd. p.154 n° I-123

¹⁴⁴⁰ Position confirmée par un courrier de la DACG du 11 décembre 2006 et par la mission juridique de Conseil d'Etat auprès de la CNAMTS du 10 janvier 2007 non publiés

¹⁴⁴¹ PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993, Université de Nancy II, Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion

En sus du secret professionnel on peut citer le secret des correspondances, le secret de l'instruction et enfin le secret des affaires.

Dans le cadre de notre travail, bien qu'étant amené à les évoquer, nous ne développerons que le secret professionnel. Le secret des correspondances ne présente aucune spécificité dans l'activité des praticiens conseils. Le secret de l'instruction, tant qu'il existe, ne peut concerner les services de l'assurance maladie que lorsqu'elle est concernée par le contentieux or notre travail porte sur l'activité habituelle des organismes de protection sociale. La voie pénale reste marginale dans les relations entre assuré social et assurance maladie. Le secret des affaires reste en dehors du champ de ce travail.

Section 1 Le service du contrôle médical et la santé publique

Nous avons présenté ci-dessus de façon générale l'implication que pouvait avoir la notion de santé publique, protectrice de la société dans la transmission des données personnelles de santé. Il est nécessaire d'étudier les spécificités du contrôle médical dans ce thème.

Sous section 1 Les spécificités de l'Assurance maladie

La prise en compte des impératifs de santé publique par l'Assurance maladie doit être évoquée en ce qu'elle s'oppose à la séparation communément admise entre services de l'Etat responsables de la protection de la santé publique¹⁴⁴² et ceux de l'Assurance maladie qui gèrent les dépenses de santé au sein d'un organisme de protection sociale¹⁴⁴³. La nouvelle gouvernance mise en œuvre depuis 2010 avec la création des agences régionales de santé travaillant conjointement avec les organismes de protection sociale représentés par un Directeur Coordonnateur de la Gestion Du Risque (D.C.G.D.R.) amènera peut être une évolution des pratiques et une nouvelle répartition des compétences.

Il existe déjà la possibilité de transmission d'informations des services du contrôle médical aux services de prévention du cancer comme les registres départementaux. Cette communication nominative associée à la déclaration d'un diagnostic fait l'objet d'une information de l'assuré social lors de la reconnaissance d'une affection de longue durée, celui-ci pouvant s'opposer par simple demande.

Les récents évènements concernant la santé, épidémie de Grippe A H1N1 avec mise en œuvre d'un important programme de vaccination sur le territoire national ainsi que la découverte des complications liées à la consommation de Médiator ont mis en évidence les difficultés de positionnement de l'Assurance maladie sur ces points précis. Les organismes de protection sociale ont, en effet, fait l'objet de demandes émanant des services de l'Etat afin d'accéder indirectement à des informations personnelles de santé.

¹⁴⁴² Par exemple, les professionnels de santé fonctionnaires portent le titre de médecin ou de pharmacien inspecteur de santé publique

¹⁴⁴³ Pendant longtemps il était admis que la prévention ne relevait pas de la compétence de l'Assurance qui ne prenait pas, par exemple, en charge certains vaccins

En ce qui concerne la vaccination contre la grippe, il était demandé à l'Assurance maladie de définir une liste d'assurés sociaux devant bénéficier d'une priorité d'accès à la vaccination. Cette liste introduisait un classement de priorité en lien avec des critères tels que l'âge et l'existence d'une ou plusieurs pathologies ayant amené une reconnaissance d'exonération du ticket modérateur au titre de certaines affections de longue durée considérées comme risquant de présenter une susceptibilité particulière. Le courrier permettant d'informer les assurés sociaux concernés prenait la forme d'un bon de convocation nominatif et soulevait le problème du respect du secret professionnel en ce qu'il permettait de présumer qu'ils étaient atteints d'une des pathologies évoquées.

La question a été posée par les syndicats de praticiens conseils¹⁴⁴⁴ de la possibilité pour les caisses de rechercher directement dans leurs bases ou de rechercher la sollicitation directe du service médical par les services administratifs des caisses sur la seule question de l'opportunité de la prise en charge du vaccin anti-grippe pour tel assuré.

Sous section 2 Un impératif de protection de la société

Nous estimons devoir admettre la possibilité de mise en œuvre de ces transmissions dans le cadre précis et spécifique de la protection de la santé publique.

Cette transmission doit par contre être réservée aux actions définies par un plan national, encadrées afin d'éviter une utilisation détournée des informations collectées et faisant l'objet d'un traitement, une déclaration à la C.N.I.L. conforme à la loi informatique et liberté étant réalisée.

Section 2 Le service du contrôle médical et la justice

Dans l'intitulé de ce paragraphe, nous avons utilisé l'expression justice mais dans la pratique il peut exister dans un certain nombre de situations de nécessité ou de demande de transmission d'informations envers les services de la justice et de la police.

Le praticien conseil peut être amené à devoir agir dans une démarche de protection de certains assurés sociaux.

Sous section 1 La menace et la dangerosité

Notre connaissance de l'activité de praticien conseil nous permet d'affirmer que la rencontre des assurés sociaux dans des conditions, parfois extrêmes, de contrôle peut révéler des situations sociales ou médicales personnelles complexes.

Peuvent alors se révéler des risques tant pour le contrôleur que pour l'assuré social.

Qu'elle peut être le comportement d'un praticien conseil lorsqu'un assuré lui affirme vouloir mettre fin à ses jours et à celle des membres de sa famille ?

¹⁴⁴⁴ Le 21 septembre 2009, Dr Jean-François GOMEZ, Secrétaire national /SGPC-CFE-CGC, courrier à l'attention de M le Directeur Général de la CNAMTS, OBJET : LR-DDGOS-45/2009

§ 1 La menace

Lorsque la menace affirmée concerne le patient lui-même, il n'existe pas de délit, l'intention en pleine connaissance de cause pour un citoyen de porter atteinte à son corps, parfois jusqu'à un stade ultime n'étant pas réprimé par le code pénal. Le choix entre l'observation du secret et les intérêts d'une victime actuelle ou éventuelle est ouvert par l'article 226-14 du code pénal lorsqu'il s'agit de signaler le comportement dangereux pour elles-mêmes des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté l'intention d'en acquérir une. L'article 226-14 autorise la divulgation avec dispense de toute sanction même disciplinaire mais ne l'impose pas.

Il en est tout autre si la menace concerne d'autres personnes. Même si ce cas est prévu dans les conditions de l'article 226-14, le délit d'omission de révélation peut être constitué. L'article 223-6 du code pénal s'applique, la menace impliquant alors un péril, qui selon la jurisprudence, doit être grave, actuel ou imminent.

§ 2 La dangerosité

La perception par un praticien conseil d'une dangerosité doit l'amener à réagir et à mettre en œuvre des démarches de prévention.

1 La dangerosité d'un assuré social

Certaines conditions sont nécessaires pour évoquer la notion d'une dangerosité.

1-1 La conscience d'une situation dangereuse

Dans notre pratique, dans le cadre des informations recueillies au sein du colloque singulier existant entre patient - assuré social et professionnel de santé, il est pratiquement impossible pour une personne qui se voit reprocher la conscience d'une situation dangereuse de démontrer la fausseté des faits. Même si l'on croit en la présomption d'innocence, il faut admettre la nécessité de respecter les termes de l'article 223-6 du code pénal dont la lecture est claire. L'obligation de dénonciation concerne tous les citoyens sans exception, y compris donc ceux qui sont astreints au secret professionnel.

Le bâtonnier Cohen fait une lecture différente des deux alinéas de l'article 223-6 en ce qui concerne les situations envisagées.¹⁴⁴⁵

Pour cet auteur, le premier alinéa oblige à une action immédiate pour empêcher un crime ou un délit contre l'intégrité d'une personne.

Tout médecin peut recevoir au cours de son exercice de telles révélations. Un exemple récent survenu à un confrère praticien conseil peut servir de support à notre réflexion. Au cours d'un

¹⁴⁴⁵ COHEN C. « La Déontologie au quotidien, Article n° 7, Obligation légale de dénoncer les crimes et délits, l'article 223-6 du nouveau code pénal et le secret professionnel », [www. barreau-aixenprovence .avocat.fr/profession_ deontologie .htm](http://www.barreau-aixenprovence.avocat.fr/profession_deontologie.htm)

contrôle, un assuré social en situation personnelle, familiale et professionnelle critique a informé le médecin conseil de son intention de mettre fin à ses jours après avoir assassiné les membres de sa famille. La menace lui est apparue sérieuse et grave et la question a été posée de la conduite à tenir.

Il ne peut y avoir de doute du fait que seul le praticien conseil recevant la confiance était en situation de savoir si la menace lui apparaissait réelle et qu'il y avait pour le confrère conscience qu'un crime ou un délit pouvait se commettre. Dans ces conditions, l'article 223-6 lui a fait obligation de livrer son secret le plus rapidement possible, sans prendre de risque pour lui-même ou pour autrui.

Une analyse rapide doit nous amener à faire une distinction entre deux situations différentes.

Nous mettons à part les infractions désignées comme « *la mise en danger de la personne d'autrui* » telle que le délit de non-assistance en personne en péril¹⁴⁴⁶ défini par l'article 223-6 alinéa 2 du code pénal qui sanctionne celui qui, ayant connaissance du péril encouru par une personne ne lui porte pas assistance¹⁴⁴⁷. Ce délit intentionnel nécessite en effet la connaissance directe¹⁴⁴⁸ ou indirecte¹⁴⁴⁹ du danger. Le délit résulte d'une indifférence au sort d'autrui puisque le défaut d'assistance résulte d'une abstention voulue face au péril. Il peut être rencontré dans le domaine médical¹⁴⁵⁰ et est associé à un péril grave, « *imminent, constant et de nature à nécessiter une intervention immédiate* » et qui doit représenter un danger pour la vie, la santé ou l'intégrité physique d'une personne, la nature et l'origine du danger étant sans incidence.¹⁴⁵¹

Le danger doit être soudain et imprévisible¹⁴⁵², le caractère imminent n'existant plus lorsque le danger s'est réalisé ou lorsque la victime est décédée¹⁴⁵³.

L'assistance qui peut être personnelle ou correspondre à une provocation de secours par d'autres intervenants¹⁴⁵⁴, doit être possible¹⁴⁵⁵, l'absence ou la présence d'un risque pour la personne qui intervient pouvant être appréciée au cas par cas par le tribunal¹⁴⁵⁶ car pouvant constituer un fait justificatif excusant la non-intervention. Il est à noter qu'en cas de problème médical, un professionnel de santé ne semble pouvoir se dégager simplement de sa responsabilité en prévenant les secours que s'il n'a pas les aptitudes nécessaires, s'il ne dispose pas sur place des moyens appropriés¹⁴⁵⁷ ou s'il y a impossibilité matérielle d'agir.¹⁴⁵⁸

¹⁴⁴⁶ GUIGUE M., « La non-assistance à personne en danger », pp. 369-383 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p.

¹⁴⁴⁷ ZELCEVIC-DUHAMEL A., « La non-assistance à personne en péril », Etude mise à jour le 25/02/05

¹⁴⁴⁸ Crim., 26 avril 1988 ; contra un médecin commettant une erreur de diagnostic de bonne foi n'en relève pas Crim. 26 nov. 1969 ; Pau, 11 avril 1956 ; Paris, 18 février 2000 ; T. corr. Bétune, 22 mars 1963 ; T. corr. Nancy, 2 juin 1965

¹⁴⁴⁹ Crim., 21 janvier 1954 ; Crim. 26 mars 1997 ; Limoges, 7 mai 1997 l'apparence du péril suffit pour nécessiter l'assistance

¹⁴⁵⁰ DELPRAT L., « Le médecin malgré lui ... ou l'évolution jurisprudentielle de la non-assistance à personne en danger », Rev. Génér. Dr. Méd., n° 12, pp. 105-134, mars 2004

¹⁴⁵¹ Crim., 31 mai 1949

¹⁴⁵² Crim., 17 février 1972 ; Crim., 2 avril 1992

¹⁴⁵³ Crim., 1^{er} février 1955

¹⁴⁵⁴ Crim., 26 mars 1997

¹⁴⁵⁵ Crim., 9 déc. 1959 ; Crim., 2 juillet. 1975 ; T. corr. Orléans, 29 nov. 1950

¹⁴⁵⁶ Crim., 4 février 1998

¹⁴⁵⁷ Crim., 20 février 1958 ; Crim. 26 mars 1997

L'intervention doit être adaptée et appropriée à la situation.¹⁴⁵⁹

Cette situation, qui peut théoriquement exister, correspond à la nécessité de soins en cas d'urgence médicale¹⁴⁶⁰. Elle sort de notre travail qui porte sur la communication d'informations.

La loi relative à la rétention de sûreté¹⁴⁶¹ et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental prévoit que les personnels soignants des établissements accueillant des personnes incarcérées ou faisant l'objet d'une rétention de sûreté¹⁴⁶² doivent signaler aux directeurs des établissements les situations difficiles en lui transmettant les informations utiles, ce qui pourrait concerner certaines informations médicales.

Ces dispositions, destinées aux personnels soignants, ne concernent pas les praticiens conseils pouvant intervenir pour le contrôle de certains assurés sociaux incarcérés.

Une distinction doit être faite en ce qui concerne le mode d'intervention.

1-2 Le mode d'intervention

Le comportement adapté à une situation de dangerosité peut présenter plusieurs mode d'intervention.

1-2-1 L'action immédiate

La notion d'action immédiate ne semble pas correspondre à une obligation d'intervention physique pour empêcher la commission du délit. Il n'existe pas d'obligation pour la personne concernée de prendre de risque pour elle-même et il n'a pas encore été mis en place de formation aux techniques de combat au sein des études médicales.

Par contre le deuxième alinéa de l'article 223-6 du code pénal énonce que l'assistance à personne en danger peut-être prêtée soit par une action personnelle soit en provoquant un secours.

Le bâtonnier Cohen fait intervenir la notion de signalement.¹⁴⁶³

¹⁴⁵⁸ Crim., 3 janvier 1972

¹⁴⁵⁹ Crim., 27 mars 1991

¹⁴⁶⁰ Voir étude bibliographique Cass. crim. ;, 31 mai 1949 (Bull. crim., n° 202 ; D., 1949, p. 347 ; Gaz. Pal., 1949, 2, p. 143 ; JCP G 1949, II, note Magnol ; S., 1949, 1, p. 126) Cass. crim., 26 nov. 1969 (Bull. crim., n° 317) Cass. crim., 18 juin 2003, n° 02-85199 (Bull. crim., n° 127 ; D., 2004, p. 1620, note D. Rebut ; D., 2004, somm., p. 2751, obs. S. Mirabail ; D., 2005, p. 195, note A. Prothais ; Dr. pén., 2003, comm. 97, obs. M. Véron ; Dr. pén., 2003, chron. N° 25, A. Reinhard ; Dr. pén., 2004, chron. N° 2, V. Malabat et J.-C. Saint-Paul ; JCP G 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat ; LPA, 2003, n° 148, note M.-F. Steinlé-Feuerbach ; RSC, 2003, p. 781, obs. Y. Mayaud ; Cass. crim., 17 sept. 2003, n° 03-80524 (Bull. crim., n° 165 ; Dr. pén. 2004, p. 5, obs. M. Véron ; RSC, 2004, p. 86, obs. Y. Mayaud ; RSC, 2004, p. 645, obs. J.-P. Delmas Saint-Hilaire)

¹⁴⁶¹ Loi du 25 février 2008 n° 2008-174, J.O. 26 février 2008, p. 3266

¹⁴⁶² Art L. 6141-5 du code de la santé publique

¹⁴⁶³ COHEN C. « La Déontologie au quotidien, Article n° 91, Le secret professionnel et la non assistance à personne en danger ou de l'ambiguïté de l'article 223-6 du code pénal », www.barreau-aixenprovence.avocat.fr/profession_deontologie.htm

« *Provoquer un secours c'est simplement signaler aux services compétents la nécessité d'intervenir ou de déléguer l'assistance à un tiers plus apte à gérer une situation de péril actuel ou imminent (tel le médecin qui est dans l'impossibilité de se déplacer mais s'assure que la personne à secourir reçoit d'un tiers les soins nécessaires).* »

1-2-2 Le signalement

On pourrait envisager une intervention anonyme ou indirecte par l'intermédiaire d'une information de services sociaux ou d'un autre professionnel de santé comme le médecin traitant. Cette action détournée, peut protéger l'informateur d'une accusation ultérieure dans un cadre persistant d'anonymat. Elle ne le protège en fait pas en cas d'intervention indirecte, la conscience d'un péril imminent nécessitant une action positive et efficace. Elle est de plus inacceptable éthiquement.

La jurisprudence sus citée, déjà ancienne et constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation, affirme que nul ne peut obliger un médecin à violer le secret, ni l'accord de celui qui a confié le secret à son dépositaire et déclare l'en affranchir, ni le juge s'agissant du témoignage en justice d'un médecin, cité par son propre client : « *Un médecin invoquant le secret professionnel pour ne pas répondre à une enquête dans un procès criminel ne peut en être relevé par la Cour d'Assises alors même que l'accusé a déclaré qu'il l'en relève. En effet c'est à bon droit qu'une Cour d'Assises a déclaré que l'obligation au secret professionnel établie et sanctionnée par l'article 378 du code pénal pour assurer la confiance nécessaire à l'exercice de certaines professions ou de certaines fonctions s'impose aux médecins comme un devoir de leur état, qu'elle est générale et absolue et qu'il n'appartient à personne de les en affranchir.* »¹⁴⁶⁴

Le professeur Savatier dans son commentaire de l'arrêt s'est opposé au contenu de cette décision. « *L'affirmation de principe de la Cour de Cassation, dit-il, donne l'impression de retarder sur l'époque où elle est formulée (...) sous un absolu de façade, souvent contredit par la réalité du droit, la formule présentée comme un principe cache, en fait, le plus dangereux arbitraire (...) révélateur des conséquences inhumaines et inadmissibles susceptibles de résulter du prétendu caractère " général et absolu " prêté au secret médical (...) il est temps d'abandonner le verbalisme que nous avons depuis longtemps dénoncé, dans le prétendu principe que le secret médical serait " général et absolu " »*¹⁴⁶⁵

Doit-on alors définir une obligation d'information des services de police ou de la justice par transmission au Procureur de la République ?

Cette situation rappelle les réflexions portant sur l'évolution vers une obligation générale de tout professionnel de seconder autorités de police et autorités judiciaires.¹⁴⁶⁶

Le législateur ne peut-il être tenté de « *redéfinir la notion de secret professionnel (...) qui est utilisée souvent à mauvais escient (...) et créer une culture du secret partagé (...) (afin) de favoriser l'échange d'information (...).* » ?¹⁴⁶⁷

¹⁴⁶⁴ Cass. Crim. 22 Déc. 1966- DALLOZ 1967, p. 122

¹⁴⁶⁵ COHEN C. « La Déontologie au quotidien, Article n° 92, Le secret professionnel et l'option de conscience peuvent-ils exister l'un sans l'autre ? », www.barreau-aixenprovence.avocat.fr/profession_deontologie.htm

¹⁴⁶⁶ Loi du 9 Mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et art. 60-1 du code de Procédure Pénale

1-2-3 La dénonciation

La délicate articulation entre discrétion professionnelle et dénonciation doit être évoquée.¹⁴⁶⁸

Une obligation de dénonciation

Même si dans les conditions actuelles, le salariat des praticiens conseils et leur dépendance d'une convention collective exclut l'application du statut de la fonction publique, il est intéressant d'étudier plusieurs points particuliers.

On doit rappeler l'obligation de discrétion professionnelle posée par l'article 26, alinéa 2, du statut de la fonction publique. «*Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions*».

Contrairement à l'alinéa 1er de l'article 26 et de l'obligation de secret professionnel, il n'y a ici aucun renvoi au code pénal et aucune dérogation explicite. Cette obligation apparaît donc a priori générale et absolue, elle aussi.

Considéré par de nombreux auteurs comme de valeur législative, cet article diffère de l'article 226-13 du code pénal auquel il n'est d'ailleurs pas fait référence. Cette particularité est à signaler lorsque l'on connaît le quasi systématisme du législateur d'en appeler à cet article dès qu'un risque de violation d'un secret est évoqué.

Seule une loi peut apporter une dérogation à cette obligation de discrétion. Ainsi, l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale est très fréquemment évoqué pour les praticiens conseils dès que l'on évoque le secret.

On rappelle que cet article définit, dès lors que les agents dans l'exercice de leurs fonctions sont amenés à connaître des crimes ou des délits, s'ils estiment que les faits sont susceptibles de constituer une infraction pénale¹⁴⁶⁹, une obligation de dénonciation adressée au procureur de la République ou à ses auxiliaires, seul habilités à donner éventuellement suite.¹⁴⁷⁰ Toute communication à d'autres personnes ou à d'autres administrations¹⁴⁷¹ serait condamnable de même que le serait une information dépassant le cadre des éléments nécessaires à la qualification du crime ou du délit en question.

Cette dénonciation serait indépendante de l'information liée à un principe hiérarchique qui constitue, par une obligation générale d'obéissance des fonctionnaires à leur supérieur hiérarchique, un principe général du droit administratif.¹⁴⁷²

Comment concilier obligation de dénonciation au seul procureur de la République et obligation d'information du supérieur hiérarchique ?

¹⁴⁶⁷ BENISTI, rapport publié en octobre 2004 sur la prévention de la délinquance

¹⁴⁶⁸ Obligation de dénoncer, export dalloz, AJFP, 02072009

¹⁴⁶⁹ L'agent administratif n'a pas à rechercher des renseignements confirmant les événements confidentiels considérés. Il suffit qu'il estime les faits suffisamment établis CE Metivier, 15 février 1961 (Lebon p. 124)

¹⁴⁷⁰ Cass. Crim., 6 juillet 1977, Bull. crim. n° 255

¹⁴⁷¹ Chambre de mise en accusation Paris 4 juin 1954, JCP 1954.II.47

¹⁴⁷² Voir notamment l'article 28 du statut général de la fonction publique «il [le fonctionnaire] doit se conformer aux instructions de son supérieur hiérarchique».

Il semble possible de préciser les conditions suivantes.

« Dès l'origine en 1958, l'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénale prévoyait que toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République. »¹⁴⁷³

Ce texte pose des difficultés dans la pratique quotidienne des professionnels de santé salariés sur qui pèsent à la fois « une obligation de se taire et un droit au silence »¹⁴⁷⁴.

Certains auteurs évoquent « une obligation générale de tout professionnel de seconder la police »¹⁴⁷⁵.

L'article 40, alinéa 2, du code de procédure pénal concerne tous les fonctionnaires sans distinction de hiérarchie et il n'impose aucun formalisme préalable. L'absence d'information de la hiérarchie ne peut faire l'objet d'une sanction. La jurisprudence des deux ordres de justice tant administrative¹⁴⁷⁶ que judiciaire¹⁴⁷⁷ confirme ce point. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ont d'ailleurs tous deux statué en ce sens.

Néanmoins, dans l'hypothèse où le fonctionnaire adresse lui-même son avis au procureur de la République, il semble qu'il soit aussi tenu d'en informer son supérieur hiérarchique.

La hiérarchie ne semble pas pouvoir imposer à ses subordonnés une obligation de transmission à sa connaissance des informations liées à l'article 40, alinéa 2, afin qu'elle seule décide de l'opportunité ou non de les envoyer au procureur. Cela s'opposerait à l'application directe de la loi et remettrait en cause les obligations imposées par cette loi à tout fonctionnaire.

De plus, cela ne reviendrait qu'à transférer temporairement l'obligation de transmission au procureur à son supérieur. Or l'application de cette loi vise à la mise en œuvre d'actions de prévention des crimes et délits considérés dans les plus brefs délais. Face à une non-dénonciation par son supérieur, le subordonné devrait prendre alors ses responsabilités et transmettre lui-même au ministère public. Donc même si l'on admettait la possibilité pour le fonctionnaire de se libérer de l'obligation de dénonciation prévue à l'article 40, alinéa 2, en transmettant à son supérieur hiérarchique, cette démarche ne serait protectrice qu'à la condition que ce dernier transmette l'information au procureur de la République. La vérification du respect de ce dernier point par un subordonné dans un contexte hiérarchique resterait complexe.

Les conséquences de l'absence de dénonciation

Dans un tel sens, il faut évoquer « l'affaire Montjoie »¹⁴⁷⁸ qui a mis en cause des professionnels de santé dans le cadre de l'application des sanctions prévues par le code pénal pour non-dénonciation de sévices sur mineur et non-assistance à personne en danger.

¹⁴⁷³ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

¹⁴⁷⁴ BAUDOUIN J.-L., « Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve », LGDJ 1965

¹⁴⁷⁵ PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133

¹⁴⁷⁶ CE 15 mars 1996, Guigon, n°146326 annulant une sanction au motif «(...) que cette circonstance n'est pas constitutive d'une faute de nature à justifier une sanction disciplinaire»

¹⁴⁷⁷ Cass. crim. 19 septembre 2000, n° 99-83960, l'agent n'avait fait, «et sans qu'il ait besoin sur ce point d'une quelconque autorisation», qu'observer les prescriptions de l'article 40

¹⁴⁷⁸ Le journal de l'Action sociale – juin/juillet 1998

Les faits de l'affaire correspondent à la découverte en décembre 1992, par une assistante maternelle du service de placement familial, de sévices sexuels commis sur un mineur par un majeur, tous les deux suivis par un éducateur et une assistante sociale du service. Ces derniers, après confirmation des faits, éloignent l'enfant du responsable et préviennent le psychologue et le psychiatre de la structure. Quelques jours plus tard, une éducatrice du service décide, seule, d'avertir le juge des enfants alors que les deux directeurs du service, réunis avec les deux travailleurs sociaux, décident tardivement d'informer le juge des enfants et les parents de la victime. Début janvier, les six membres de l'équipe sont mis en examen. L'éducateur et le psychiatre seront incarcérés, le jeune violeur leur ayant, avant les faits, révélé avoir déjà commis de tels actes sans que ces professionnels aient dénoncé ces faits.

Le tribunal correctionnel du Mans décide, en octobre 1993, la relaxe des prévenus, au motif que la victime avait été mise à l'abri d'un risque de renouvellement de l'agression et que les protagonistes de l'affaire pouvaient donc « *différer la révélation des faits à l'autorité légitime et s'accorder un délai pour prévenir les parents de la victime et préparer l'agresseur à une éventuelle incarcération* ».

Cette décision a été infirmée en appel en juillet 1994, la Cour condamnant un éducateur et un psychiatre, une assistante sociale et un psychologue et deux directeurs de service pour non-dénonciation de sévices sur mineur et non-assistance à personne en danger.

La décision, confirmée par la Cour de cassation¹⁴⁷⁹, est motivée par l'inopposabilité du secret professionnel à l'autorité judiciaire. Les personnes liées par le secret professionnel ont donc l'obligation de dénoncer en cas de mauvais traitements ou sévices sur mineurs, surtout lorsqu'elles détiennent leur compétence de l'autorité judiciaire, comme cela était le cas pour le service de l'association. Un second motif provient de l'obligation d'agir, le délit de non-assistance à personne en danger étant constitué car l'éloignement de l'agresseur ne suffisait pas à protéger le mineur.

La loi prévoit très clairement que l'intervenant peut être libéré du secret et notamment quand la loi impose ou autorise la révélation du secret. Comme on l'on déjà précisé, c'est le cas des personnes participant aux missions du service de l'aide sociale à l'enfance qui doivent alors transmettre à leur hiérarchie toute information nécessaire pour déterminer les mesures à prendre concernant un mineur ou sa famille. C'est le cas aussi de la personne chargée de l'exécution d'une décision ou d'une mesure de justice.¹⁴⁸⁰

L'arrêt de la Cour de cassation confirme l'application des dispositions du nouveau code pénal, en vigueur depuis le 1^{er} mars 1994.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷⁹ Cass. crim., Arrêt 8 octobre 1997

¹⁴⁸⁰ DAHMANE A., « Le secret professionnel dans le cadre du travail d'aide à domicile des éducateurs », Le Portique, Cahier 2 2004, mis en ligne le 10 juin 2005. URL : <http://leportique.revues.org/document479.html>. Consulté le 29 décembre 2007.

¹⁴⁸¹ Art. 226-14 du code pénal : « *L'article 226-13 n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable : à celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de sévices ou privations dont il a eu connaissance et qui ont été infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son état physique ou psychique ; au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices constatés dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences sexuelles de toute nature ont été commises.* ». A comparer avec les termes de l'article 434-3 du code pénal : « *Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles*

Les personnes soumises au secret professionnel n'ont pas l'obligation de dénoncer les mauvais traitements. Elles ne peuvent donc pas être poursuivies à ce titre, sauf si la loi en dispose autrement. C'est le cas, notamment, des personnes participant aux missions de l'aide sociale à l'enfance, qui ne peuvent opposer le secret au président du conseil général et sont donc dans l'obligation de dénoncer.

Ces professionnels soumis au secret qui décident de taire les faits peuvent donc être poursuivis pour non assistance à personne en danger.

Ainsi la jurisprudence démontre que l'obligation de signalement n'est pas d'application aussi simple et aussi directe qu'il y semble.

Les conséquences de la dénonciation

Nous avons étudié plus avant les conséquences de l'absence de dénonciation mais il nous faut envisager maintenant celles de la dénonciation. Car il ne faut pas oublier les risques que peuvent faire courir à un professionnel une dénonciation basée sur une méconnaissance des faits ou une erreur de leur interprétation. De telles situations sont très fréquentes dans notre pratique lorsqu'il existe des différends familiaux, surtout lorsque apparaît un conflit pour la « garde des enfants », lors d'une séparation d'un couple. Certaines procédures font l'objet d'accusations conjointes portant sur des maltraitances par les parents.

Toute erreur à ce sujet des professionnels pourrait engager leur responsabilité et entraîner à minima réparations civiles et à maxima sanctions pénales¹⁴⁸² ou disciplinaires en respectant l'obligation de dénonciation.

Ni le caractère général et absolu du secret médical, devenu secret professionnel, ni l'option de conscience ne sont plus envisagés. Le professionnel, comme tout citoyen doit intervenir, mais du fait de sa science médicale il est sensé pouvoir « sonder les âmes et les cœurs » tout en jouant le rôle d'un enquêteur afin de vérifier la véracité des faits.

Sans aller jusqu'à affirmer que la situation est impossible à assumer, on peut envisager dans de tels cas l'application comme justification de l'état de nécessité prévu par l'article 122-7 du code Pénal et qui énonce que « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace.* »

2 Le constat de dangerosité de la pratique d'un professionnel de santé

La mise en évidence par le service du contrôle médical dans le cadre de ses missions, au cours d'une analyse d'activité ou suite à une plainte ou un signalement d'un patient, du

infligés à un mineur de quinze ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives est puni (...). Sauf lorsque la loi en dispose autrement, sont exceptées des dispositions qui précèdent les personnes astreintes au secret dans les conditions prévues par l'article 226-13. »

¹⁴⁸² Art. 434-26 du code pénal « *Le fait de dénoncer mensongèrement à l'autorité judiciaire ou administrative des faits constitutifs d'un crime ou d'un délit qui ont exposé les autorités judiciaires à d'inutiles recherches est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende.* »

constat de dangerosité de la pratique d'un professionnel de santé à l'encontre de ses patients doit entraîner une action auprès des instances compétentes, actuellement Préfet du département ou Directeur de l'Agence régionale de l'hospitalisation si le praticien exerce en établissement de santé, pour faire cesser cette pratique.¹⁴⁸³

Une pratique dangereuse et exposant les patients à un danger grave et immédiat, nécessite la mise en œuvre de mesures de sauvegarde d'urgence.¹⁴⁸⁴

L'information est faite sous forme d'un argumentaire à destination des instances compétentes sans communication d'éléments nominatifs ou indirectement nominatifs permettant d'identifier les patients. Les éléments médicaux éventuels seront adressés sous pli fermé confidentiel à destination du médecin inspecteur de santé publique.

Une pratique présentant un caractère de dangerosité moins immédiat pour ses patients peut entraîner une information au Président du Conseil départemental de l'Ordre concerné dans le but de l'alerter et de faire envisager, selon l'origine de l'anomalie, soit une décision de suspension d'activité lorsqu'il y a infirmité ou état pathologique, soit une saisie de la chambre disciplinaire de première instance ou des représentants de l'Etat.

3 La communication dans l'intérêt de l'ordre public

Le but poursuivi peut ne plus être l'intérêt du patient mais celui de l'ordre public.

De nombreuses interventions tendent actuellement à intervenir au nom d'une attente de l'opinion publique¹⁴⁸⁵ et d'un « *trop grand cloisonnement entre système médical et judiciaire* »¹⁴⁸⁶, en mettant en œuvre des obligations de suivi médical associé à une communication informations détenues par les professionnels de santé à destination des institutions judiciaires.

¹⁴⁸³ Circ. CNAMTS CIR-25/2007 du 13 juin 2007 non publiée ; Circ. CNAMTS -21/2007 du 4 mai 2007 non publiée ; Circ. CNAMTS CIR-25/2007 du 13 juin 2007 non publiée

¹⁴⁸⁴ Article L. 4113-14 du code de la santé publique « *En cas d'urgence, lorsque la poursuite de son exercice par un médecin, un chirurgien-dentiste ou une sage-femme expose ses patients à un danger grave, le représentant de l'Etat dans le département prononce la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois. Il entend l'intéressé au plus tard dans un délai de trois jours suivant la décision de suspension. (...) Le représentant de l'Etat dans le département informe également les organismes d'assurance maladie dont dépend le professionnel concerné par sa décision.* » ; Article L. 4221-18 du code de la santé publique « *En cas d'urgence, lorsque la poursuite par un pharmacien de son exercice expose les patients à un danger grave, le représentant de l'Etat dans le département prononce la suspension immédiate du droit d'exercer pour une durée maximale de cinq mois. Il entend l'intéressé au plus tard dans un délai de trois jours suivant la décision de suspension.(...) Le représentant de l'Etat dans le département informe également les organismes d'assurance maladie dont dépend le professionnel concerné par sa décision.* » ; Article L. 4311-26 du code de la santé publique « (...) *En cas d'urgence, lorsque la poursuite par une infirmière ou un infirmier de son exercice professionnel expose ses patients à un danger grave, le représentant de l'Etat dans le département prononce la suspension immédiate du droit d'exercer (...).* » Article L. 4321-19 du code de la santé publique pour les masseurs kinésithérapeutes, Article L. 4322-12 du code de la santé publique pour les pédicures-podologues

¹⁴⁸⁵ GARRAUD J.-P rapporteur Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, p. 6 « La sécurité constitue l'une des aspirations les plus fortes de nos concitoyens »

¹⁴⁸⁶ GARRAUD J.-P. rapporteur, Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010 p. 5 et s.

On peut prendre comme exemple le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle qui envisage la création d'un « *dossier unique de personnalité comprenant l'ensemble des expertises psychiatriques, psychologiques (...) réalisées dans le cadre d'une procédure pénale ou lors de l'exécution d'une mesure de sûreté.* » Ce dossier servirait de soutien à l'information par les professionnels de santé des juges qui sont « *comme le médecin (...) astreints au secret professionnel* »¹⁴⁸⁷

Il est même envisagé de « *créer un fichier intitulé « Répertoire des données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires », qui comprendra l'ensemble des expertises réalisées préalablement à une décision judiciaire ainsi que pendant le cours de l'exécution de la peine des personnes poursuivies ou condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru.* »¹⁴⁸⁸

De telles conclusions aboutissent à des syllogismes complexes visant à justifier la circulation d'informations au titre de l'association entre prévention des crimes et atteintes aux victimes, d'une part, et de maintien des libertés fondamentales, d'autre part. Ainsi, il a été affirmé que « *Partager le secret n'est pas possible, mais partager l'information doit pouvoir être possible.* »¹⁴⁸⁹

L'intégration de telles dispositions relevant de la compétence du législateur, il semblerait difficile de remettre en cause une loi sur ce sujet mais il semble important de soulever les risques de confusion entre un but de protection de la société et moyen d'atteinte à la personne, d'une évolution sécuritaire des dispositions protégeant le secret et la dignité humaine.

La mythologie nous amène à penser que lorsque la boîte de Pandore est ouverte, il est difficile de la refermer.

Une information est aussi prévue lorsque les tiers sont exposés à un risque de transmission. Le médecin doit également attirer l'attention du patient sur les conséquences de son refus d'information quant au choix des soins et des alternatives thérapeutiques quand elles comportent des risques spécifiques entre lesquels le patient pourrait choisir mais il lui revient de rechercher ce qui est le plus conforme à l'intérêt de ce dernier. Le principe de communication de documents médicaux directement aux assurés sociaux s'applique au service médical. En effet, les praticiens conseils, dans le cadre de leurs missions définies à l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale, sont dépositaires d'informations relatives à la

¹⁴⁸⁷ ALLIOT-MARIE M., Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, Audition ouverte à la presse, de Mme Michèle Alliot-Marie, ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (n° 1237)

¹⁴⁸⁸ GARRAUD J.-P. rapporteur Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, p. 6

¹⁴⁸⁹ BLISKO S., Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, p. 11

santé des assurés et, à ce titre, visés par les nouvelles dispositions relatives au libre accès de toute personne aux données de santé la concernant.

Il ne relève pas de notre travail de faire l'analyse de toute l'évolution de cette responsabilité, une des principaux problèmes longtemps persistant étant celui du contenu de l'information.

Aussi la Cour de cassation pouvait-elle dans un arrêt du 21 février 1967 estimer que le médecin devait à son patient une information « approximative », c'est-à-dire imprécise et vague.

Deux arrêts de la Cour de cassation du 7 octobre 1998¹⁴⁹⁰, précisent que l'information concerne « (...) *les risques graves afférents aux investigations ou soins proposés* » et que le médecin « *n'est pas dispensé de cette obligation par le seul fait que ces risques ne se réaliseraient que de manière exceptionnelle* ». Cette obligation existe également lorsque c'est le patient qui demande les soins ou les investigations¹⁴⁹¹ mais ces définitions correspondent à des situations de soins étrangères aux missions des praticiens conseils.

Sous section 2 La réquisition judiciaire au sein de l'assurance maladie

La question de l'intervention des services de police ou de la justice au sein des services du contrôle médical a toujours fait l'objet de nombreux débats.

Les procédures mises en œuvre sont variables selon les situations juridiques rencontrées.

§ 1 La notion de flagrance

La loi qualifie de crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. Il y a aussi crime ou délit flagrant lorsque, « *dans un temps très voisin de l'action, la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique, ou est trouvée en possession d'objets, ou présente des traces ou indices, laissant penser qu'elle a participé au crime ou au délit.(...)* »¹⁴⁹²

Il est clair que la notion de flagrance ne peut-être utilisée dans le cadre de l'activité des praticiens conseils. En effet l'article 53 du code de procédure pénale précise qu'est « *qualifié crime ou délit flagrant le crime ou le délit qui se commet actuellement ou qui vient de se commettre. (...). A la suite de la constatation d'un crime ou d'un délit flagrant, l'enquête menée sous le contrôle du procureur de la République dans les conditions prévues par le présent chapitre peut se poursuivre sans discontinuer pendant une durée de huit jours.* »

A aucun moment, la démarche succédant à une information du procureur de la République par nos services ne peut être qualifiée de flagrante tant en ce qui concerne la proximité de l'infraction que la durée des recherches.

Cette analyse est confirmée par la lecture du rapport n° 209 (2008-2009) de M. Bernard Saugey, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 février 2009, dans sa version

¹⁴⁹⁰ Cass. 1re civ., 7 oct. 1998

¹⁴⁹¹ Cass. 1re civ., 27 mai 1998, D. 1998, 530, note F. Laroche-Gisserot

¹⁴⁹² Article 53 Modifié par loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 – art. 77 JORF 10 mars 2004

consolidée au 14 mai 2009 portant clarification des règles relatives à la responsabilité pénale des personnes morale L'évolution de la législation est analysée comme ayant pour objectif de « clarifier les conditions d'exercice des missions de police judiciaire dévolues aux enquêteurs dans le cadre de l'article 74 du code de procédure pénale, en dressant une liste précise des actes d'investigations autorisés. Il prévoit ainsi que les enquêteurs pourront désormais, en plus des investigations déjà autorisées, procéder, sur instructions du procureur de la République, aux actes prévus aux articles 56 à 62 du code de procédure pénale en cas d'enquête de flagrance, afin de rechercher les causes de la mort : perquisitions, saisies, réquisitions à toute personne, établissement ou organisme privé ou public, et administration publique, (...).

Cette clarification des pouvoirs des enquêteurs en cas de décès ou de blessures graves d'origine suspecte permettra au procureur de la République de ne pas avoir à ouvrir une information pour recherche des causes de la mort, ou de ne pas basculer « artificiellement » dans un cadre d'enquête en flagrance ou en préliminaire, aux seules fins de pouvoir faire réaliser un acte d'enquête qui n'est pas autorisé à l'heure actuelle par l'article 74 du code de procédure pénale (par exemple, une perquisition). (...)¹⁴⁹³

Toutefois, l'article 61 de la proposition de loi ne modifie en rien les dispositions de l'article 56-1 du code de procédure pénale, qui prévoit toujours que les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. »

Ces dispositions consacrent ainsi la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation relative à l'application de l'article 74 du code de procédure pénale et se rapprochent de la rédaction de l'article 74-1 du code de procédure pénale, qui est relatif aux disparitions d'un mineur ou d'un majeur protégé ainsi qu'aux disparitions d'un majeur présentant un caractère inquiétant ou suspect.

On constate donc que le législateur a volontairement modifié la législation¹⁴⁹⁴ afin de rapprocher dans la nouvelle version de l'article 60-1 les pratiques et les textes, mais dans un champ de criminalité réduit très éloigné des cas d'infraction connus par l'Assurance Maladie. Il n'est donc pas possible d'utiliser l'article 60-1 dans notre analyse.

§ 2 Les réquisitions

Les enquêtes menées par les services de police peuvent les amener à rechercher des informations auprès des services du contrôle médical¹⁴⁹⁵.

¹⁴⁹³ SAUGEY B., Rapport n° 209 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois sur la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, déposé le 11 février 2009, NOR: BCFX0824886L

¹⁴⁹⁴ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009

¹⁴⁹⁵ On exclura volontairement les cas où le praticien conseil ferait lui-même l'objet d'accusation, un refus d'accès à certaines informations pouvant chercher à s'opposer à la recherche de la vérité

L'analyse réalisée ci-dessous ne se limite pas aux seules données personnelles de santé mais bien à toutes données pouvant être détenues par le service du contrôle médical.

1 Réquisitions à personnes qualifiées

*« Les officiers de la police judiciaire et les magistrats peuvent avoir besoin d'informations contenues dans les fichiers tels que ceux détenus par les Organismes de Sécurité Sociale. »*¹⁴⁹⁶

Pendant l'enquête de flagrance, un officier de police judiciaire peut recourir à toute personne qualifiée¹⁴⁹⁷ s'il y a lieu, à titre d'expert, pour procéder à des constatations et des expertises qui ne peuvent être différées en raison de l'urgence.

S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, peut avoir recours à toutes personnes qualifiées.¹⁴⁹⁸

1-1 La communication de pièces

L'officier de police judiciaire peut appeler et entendre toutes les personnes susceptibles de fournir des renseignements sur les faits ou sur les objets et documents saisis¹⁴⁹⁹. Toute personne ou de tout établissement privé ou public peuvent être requis à produire des documents intéressants une enquête sans que l'obligation de respecter le secret professionnel, sans motif légitime, soit opposable.

1-2 Les différentes procédures applicables

Dans la pratique, il existe peu de différence dans l'application de l'article 60-1 du code de procédure pénale lié à la flagrance et l'article 77-1-1 lié aux enquêtes préliminaires, la loi a prévu des articles différents.

Ainsi l'article 60-1 du code de procédure pénale précise que *« Le Procureur de la République ou l'officier de police judiciaire peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposé, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. »*.

Les mêmes conditions s'appliquent lors d'une enquête préliminaire pour le procureur de la République ou les officiers de police judiciaire.

L'article 77-1-1 du code de procédure pénale indique que *« Le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier de police judiciaire, peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute*

¹⁴⁹⁶ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 38

¹⁴⁹⁷ Art. 60 du code de procédure pénale «S'il y a lieu de procéder à des constatations ou des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées.»

¹⁴⁹⁸ Art. 77-1 du code de procédure pénale

¹⁴⁹⁹ Art. 62 al. 1 du code de procédure pénale

administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'enquête, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord. En cas d'absence de réponse de la personne aux réquisitions, les dispositions du second alinéa de l'article 60-1 sont applicables » c'est à dire « à l'exception des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3 (pour les médecins), le fait de s'abstenir de répondre dans les meilleurs délais à cette réquisition est puni d'une amende de 3 750 euros. Les personnes morales sont responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du code pénal, du délit prévu par le présent alinéa. »

L'article 77-1-2 du même code indique que « *Sur autorisation du procureur de la République, l'officier de police judiciaire peut procéder aux réquisitions prévues par le premier alinéa de l'article 60-2. Sur autorisation du juge des libertés et de la détention saisi à cette fin par le procureur de la République, l'officier de police peut procéder aux réquisitions prévues par le deuxième alinéa de l'article 60-2. Les organismes ou personnes concernés mettent à disposition les informations requises par voie télématique ou informatique dans les meilleurs délais. Le fait de refuser de répondre sans motif légitime à ces réquisitions est puni conformément aux dispositions du quatrième alinéa de l'article 60-2* », c'est à dire « *la peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du code pénal.* ».

La circulaire du 14 mars 2004 précise que « *ces dispositions donnent désormais clairement aux enquêteurs le droit de procéder à des réquisitions, même préliminaires, auprès des organismes sociaux(...) qui ne pourront pas opposer le secret professionnel pour refuser de remettre les documents requis* ».¹⁵⁰⁰

A ces textes se rajoute l'article 99-3 du code de procédure pénale pour l'information judiciaire.

« Le juge d'instruction ou l'officier de police judiciaire par lui commis peut, par tout moyen, requérir de toute personne, de tout établissement ou organisme privé ou public ou de toute administration publique qui sont susceptibles de détenir des documents intéressant l'instruction, y compris ceux issus d'un système informatique ou d'un traitement de données nominatives, de lui remettre ces documents, notamment sous forme numérique, sans que puisse lui être opposée, sans motif légitime, l'obligation au secret professionnel. Lorsque les réquisitions concernent des personnes mentionnées aux articles 56-1 à 56-3, la remise des documents ne peut intervenir qu'avec leur accord. (...) »

L'analyse de l'ensemble de ces textes nous amène à soulever plusieurs points.

Tout d'abord, il doit être relevé une distinction entre la réglementation applicable aux réquisitions policières selon les supports des documents concernés.

Les supports variés envisagés dans les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ne peuvent être comparés aux données informatiques prévues dans les articles 60-2 et 77-1-2. Ces dernières correspondent aux seules réquisitions émises par voie télématique ou

¹⁵⁰⁰ Circulaire CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004 portant sur les dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

informatique et donnant lieu à une mise à disposition, par cette voie, des données. C'est ainsi que la remise de données informatiques sur tout support matériel comme un CD, un DVD ou une clé USB ne relève pas de ces réquisitions mais des réquisitions de droit commun prévues par les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale.

Les réquisitions spéciales aux fins de communication de données informatiques ne peuvent pas en outre porter sur des informations protégées par un secret prévu par la loi en application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

De plus, ces réquisitions ne peuvent être adressées qu'à des catégories d'organismes et établissements déterminés par décret en Conseil d'Etat. Ce dernier n'a pas été pris à ce jour. Il serait de toute façon de peu d'utilité puisqu'en son absence, il persiste la possibilité de mettre en œuvre des réquisitions relevant des dispositions du droit commun.

Les Caisses primaires gèrent les bases de données administratives de l'assurance maladie et possèdent l'ensemble des facturations informatiques des actes et les archives des feuilles de soins papier. Elles élaborent des statistiques d'activités professionnelles et maîtrisent l'utilisation de l'ensemble des nomenclatures.

L'officier de police judiciaire peut requérir tout intervenant qu'il juge utile à la manifestation de la vérité, à l'exception de l'expert judiciaire requis directement par le magistrat pour l'analyse des dossiers médicaux¹⁵⁰¹. Les caisses peuvent donc être amenées à fournir sur demande l'ensemble des pièces qu'elles détiennent.

La circulaire du 14 mars 2004 précise que « *ces dispositions donnent désormais clairement aux enquêteurs le droit de procéder à des réquisitions, même préliminaires, auprès des organismes sociaux, fiscaux ou bancaires, qui ne pourront pas opposer le secret professionnel pour refuser de remettre les documents requis.* »

Ces enquêteurs semblent ainsi disposer d'une prérogative s'apparentant à un droit de communication des pièces soumises au secret professionnel.

Contrairement aux conditions de perquisitions, les textes définissant les réquisitions des articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ne font pas mention de la présence d'un membre d'un conseil de l'Ordre.

En effet, les dispositions de la réglementation n'imposent aucun formalisme particulier aux réquisitions, un enquêteur pouvant procéder à des réquisitions orales mentionnées dans un procès-verbal¹⁵⁰². Néanmoins le plus souvent la réquisition sera écrite et remise directement à la personne concernée ou adressée et conservée en copie dans la procédure.

Les réquisitions policières ont un champ d'application personnel général et peuvent être adressées à toute personne physique ou morale ainsi qu'à tout établissement ou organisme public ou privé. Leur délivrance ne rencontre pas de limite au regard des destinataires, les personnes soumises au secret professionnel compris. La volonté du législateur de ne pas exclure les professionnels de santé du champ d'application de ces conditions est confirmée par l'étude d'un rapport de l'Assemblée Nationale¹⁵⁰³. Deux amendements n° 143 et 144 du

¹⁵⁰¹ www.infirmiers.com/etud/cours/transvers/secretprofessionnel.php

¹⁵⁰² Crim. 20 sept. 1995, B n° 276

¹⁵⁰³ AN, 12^{ème} législature, n° 856 par J.-L. Warsmann, Tome I, 2^{ème} partie

même rapport proposant d'exclure certaines professions, notamment les médecins des possibilités de réquisitions des OPJ ont été rejetés.

La question a été posée de l'obligation pour un praticien conseil de répondre aux demandes de transmission de données détenues par le service du contrôle médical lors de l'intervention d'un officier de police judiciaire.

Existe-t-il une obligation « d'obéissance à l'ordre » ?

La question évoquée a fait l'objet d'un avis défavorable exprimé par le Conseil national de l'Ordre des médecins ainsi que par certains ordres départementaux. La notion est loin d'être claire.

En ce qui concerne l'activité des praticiens conseils, la réglementation applicable aux réquisitions policières distingue selon qu'elles portent sur des documents prévus par les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ou des données informatiques des articles 60-2 et 77-1-2 du même code.

Les possibilités de réquisitions prévues par les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ont ouvert un accès large aux données informatiques dès qu'elles sont transmises sur un support matériel dans le cadre des réquisitions de droit commun.

Elles concernent la possibilité de remise de documents administratifs ou médicaux détenus par le service du contrôle médical sous forme diverse, papier et certificats, feuille de soins, ordonnances, factures de séjour hospitalier, avis d'arrêt de travail, rapport d'analyse d'activité, compte-rendu d'évaluation médicale, rapport d'incapacité permanente, comptes-rendus divers, mémoire de saisine ordinale.

2 La justification de la transmission

La justification de la possibilité pour un professionnel de santé d'accepter d'acquiescer à une réquisition relève de l'évolution du code de procédure pénale prévue par la loi dite Perben II, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, et qui était destinée à rendre plus efficaces les procédures judiciaires.

Le rapport présenté devant le Sénat par Monsieur François Zocchetto¹⁵⁰⁴ précise qu'« *Il est tout à fait justifié de prévoir une sanction en cas de refus de répondre aux réquisitions de l'officier de police judiciaire. Toutefois, il est également nécessaire d'exclure de la sanction les personnes visées par les articles 56-1, 56-2 et 56-3 du code de procédure pénale. Ces articles énoncent les conditions dans lesquelles des perquisitions et saisies peuvent être effectuées dans (...) le cabinet d'un médecin (...). Dès lors que les perquisitions chez ces personnes sont soumises à des règles très particulières (...), il serait anormal de délivrer des réquisitions à ces personnes et de les sanctionner pénalement en cas de refus. En définitive, le texte prévoit que des réquisitions pourront être adressées à toute personne, mais les personnes mentionnées aux articles 56-1, 56-2 et 56-3 pourront refuser d'y répondre si elles le jugent nécessaire. Il reviendra dans ce cas aux enquêteurs d'apprécier si une perquisition*

¹⁵⁰⁴ Rapport au Sénat n° 441 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur le projet de loi adopté par l'Assemblée Nationale, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, enregistré à la Présidence du Sénat le 24 septembre 2003 par M. François Zocchetto

est justifiée. Celle-ci devra être accomplie dans les formes prévues par les articles 56-1 à 56-3. »

La loi du 9 mars 2004 dite loi Perben II portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité modifie les dispositions du code de procédure pénale portant sur les réquisitions de remise de documents et définit une obligation pour tout détenteur quel que soit le type de demande de communication d'éléments¹⁵⁰⁵ dans les cas d'enquêtes de flagrance article par l'article 60-1, préliminaire article 77-1 et préparatoire de l'article 99-1 du code de procédure pénale.¹⁵⁰⁶

On se situe ainsi hors du cadre procédural de l'instruction, dans les cas de réquisition par la police ou la gendarmerie des documents ou d'informations à caractère médical non assorties d'une commission rogatoire.

Une distinction claire doit être établie entre la remise à un officier de police judiciaire, sur sa demande, d'un dossier médical et la perquisition effectuée dans le cabinet d'un médecin. Cette distinction est retrouvée dans une circulaire en date du 24 novembre 1997 du Ministère de la Justice adressée aux Procureurs généraux près les Cours d'appel, aux Procureurs de la République près les Tribunaux de Grande Instance et aux Premiers Présidents près les Cours d'appel. Son contenu vise à donner un certain nombre d'instructions aux services du ministère.¹⁵⁰⁷

Il s'agissait de réserver le recours à la perquisition aux cas les plus difficiles, dans lesquels notamment la question du secret médical se pose avec une acuité particulière. Dans ce cas, la remise d'un dossier médical dans le cadre d'une perquisition et en quelque lieu qu'elle se déroule, devrait systématiquement être effectuée en présence d'un membre de l'Ordre des médecins. Cette position s'associait à celle de l'Ordre des médecins qui estimait que les praticiens donnant leur accord conformément aux dispositions des articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale à la réquisition d'un officier de police judiciaire en vue de la remise de documents intéressant une enquête préliminaire s'exposeraient à des sanctions ordinales et pénales.

Ainsi l'Ordre pouvait écrire que, conformément aux conditions de l'article 56-3 du code de procédure pénale, *« les saisies effectuées dans le cadre d'une procédure judiciaire par un juge d'instruction, un magistrat délégué par lui ou un officier de police judiciaire muni d'une commission rogatoire, ne peuvent porter que sur les seuls documents strictement indispensables à l'enquête qui doivent être immédiatement placés sous scellés. Dans cette situation de réquisition à laquelle le médecin ne peut s'opposer mais qui doivent être effectués en sa présence, il doit demander l'assistance d'un membre du conseil départemental de l'Ordre qui veillera à ce que soit respecté le secret professionnel envers le reste du fichier »*.

Ce thème a fait l'objet d'une lettre du Directeur des Affaires Criminelles et de Grâce du 11 décembre 2006 au Procureur général près de la Cour d'appel de Paris sur la mise en

¹⁵⁰⁵ Les nouvelles dispositions n'imposant aucun formalisme particulier, rien n'interdit qu'un enquêteur procède à des réquisitions orales mentionnées dans un procès-verbal, voir Crim. 20 sept. 1995, B n° 276

¹⁵⁰⁶ Dans la pratique, il n'existe pas de différence pratique dans l'application de ces textes

¹⁵⁰⁷ On doit rappeler que ce type de circulaire n'a pas de force obligatoire en droit pénal (voir Crim. 17 janvier 1952, Bull. Crim. ; n° 17, Crim. 5 janvier 1988, Bull. Crim. N° 5). La circulaire étant antérieure à loi Perben est de plus rendu caduque par la nouvelle loi

œuvre de la loi de 9 mars 2004 à propos des réquisitions, reprenant la Circulaire CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004 concernant les dispositions loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. Cette lettre affirme que « *Le code pénal et le code de procédure pénale prévoient des hypothèses dans lesquelles il est permis aux praticiens de déroger au caractère général et absolu du secret médical. (...)* »

Les dispositions associées des articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale évoquent un accord exprès pour la remise des documents aux OPJ. Celles de l'article 122-4 du code pénal¹⁵⁰⁸ relatif à la cause d'irresponsabilité pénale que constitue l'autorisation de la loi définissent un fait justificatif qui constituerait une dérogation facultative au caractère général et absolu du secret médical.

Les termes des articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ne font pas mention lors de ces réquisitions de la présence d'un membre d'un conseil de l'Ordre.

Les réquisitions ne concernent pas seulement les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale déjà cités¹⁵⁰⁹.

On peut évoquer aussi les articles 60-2 et 77-1-2 du code de procédure pénale qui concernent la gestion sous forme numérique des fichiers médicaux, articles créés par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure et très encadrés pour respecter les conditions de la loi informatique et liberté¹⁵¹⁰.

Or il existe certaines différences entre ces diverses possibilités de réquisition.

Les articles 60-2 et 77-1-2 du code de procédure pénale s'appliquent aux seules réquisitions émises par voie télématique ou informatique et donnant lieu à une mise à disposition, par cette voie, des informations utiles à la manifestation de la vérité¹⁵¹¹. Alors que les réquisitions policières des articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale ont un champ d'application personnel général et peuvent être adressées à toute personne physique, même soumises au secret professionnel, ou personne morale ainsi qu'à tout établissement ou organisme public ou privé. Les réquisitions des articles 60-2 et 77-1-2 du code de procédure pénale ne peuvent être adressées qu'à des catégories d'organismes et établissements déterminés par décret en Conseil d'Etat¹⁵¹².

Il semble possible, selon les textes présentés ci-dessus, d'affirmer que des réquisitions peuvent être adressées aux praticiens conseils et à la Caisse nationale d'Assurance Maladie. La conservation de ces éléments est placée sous la responsabilité non pas d'une personne morale, mais bien d'un professionnel de santé. Il s'agit habituellement du médecin chef de l'échelon local placé auprès de la caisse primaire d'assurance maladie dont la circonscription

¹⁵⁰⁸ Art. 122-4 du code pénal « *N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* »

¹⁵⁰⁹ Loi dite Perben II n° 2004-204 du 9 mars 2004

¹⁵¹⁰ Les réquisitions spéciales aux fins de communication de données informatiques ne peuvent pas en outre porter sur des informations protégées par un secret prévu par la loi en application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

¹⁵¹¹ La remise de données informatiques sur un support matériel comme un DVD ou une clé USB ne relève pas de ces réquisitions mais des réquisitions de droit commun prévues par les articles 60-1 et 77-1-1 du code de procédure pénale

¹⁵¹² Ce décret ne semble pas à ce jour avoir été publié mais il n'a de toute façon que peu d'utilité puisqu'il est possible dans tous les cas d'appliquer les dispositions des réquisitions de droit commun

correspond au lieu de résidence de l'assuré social¹⁵¹³. Il ne peut y avoir communication sans son accord et il est seul responsable de l'appréciation qu'il peut faire concernant l'existence d'un motif légitime de refuser d'exécuter la réquisition.

3 Les possibilités de choix du médecin

Les médecins qui, selon leur conscience, donneraient une réponse positive aux réquisitions des officiers de police judiciaire ne sauraient voir leur responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 226-13 du code pénal.

La remise des documents aux OPJ ne pouvant intervenir qu'avec l'accord exprès du praticien, celui-ci pourrait toujours s'opposer en invoquant un motif légitime ou conditionner son accord au recours à des scellés fermés.

Le code pénal ne définit pas ce motif légitime. Il énonce une liste de motifs dont aucun ne concerne la pratique médicale et il ne semble pas exister de jurisprudence sur ce point spécifique. La seule certitude est que la notion de motif légitime ne se confond pas avec la seule obligation au secret professionnel puisque celle-ci est insuffisante pour refuser d'exécuter une réquisition, tout titulaire d'une obligation au secret professionnel ne pouvant l'évoquer.

Il revient donc au praticien s'opposant à la demande de communication de démontrer l'existence d'un motif légitime dont il ne peut obtenir de définition légale.

Pourrait relever d'un motif légitime toute raison qu'a le destinataire de la réquisition de douter de son bien fondé au regard de l'enquête en cours. C'est le cas lorsque les documents requis n'intéressent pas directement les motifs affirmés de l'enquête. Cela pourrait aussi être le cas si le demandeur se voyait opposé un refus de l'Ordre.

L'étude des travaux parlementaires pour un rapport de l'Assemblée Nationale¹⁵¹⁴ confirme que le législateur a voulu préserver la liberté d'appréciation des personnes soumises au secret professionnel.

Deux amendements n° 143 et 144 du même rapport proposant d'exclure certaines professions, notamment les médecins des possibilités de réquisitions par les officiers de police judiciaire ont été rejetés.

« (...) *L'intention du Gouvernement est bien qu'une réquisition puisse être adressée à toute personne, mais que les représentants des professions précitées puissent s'abstenir de répondre lorsqu'ils le jugent nécessaire* ». La volonté d'exclusion des professionnels de santé par le législateur est donc confirmée.

En cas de refus de la part d'un professionnel de santé, il y aurait obligation d'intervention d'un magistrat du parquet pour perquisition avec recours aux scellés fermés qui n'impose pas nécessairement l'ouverture d'une information judiciaire ce qui provoquerait un blocage des investigations concernant les dossiers de fraude à l'assurance maladie dans le cadre d'une enquête préliminaire ou de flagrant délit.

¹⁵¹³ Les praticiens conseils intervenant à d'autres niveaux de compétence tels que les directions régionales ou dans les directions de la Caisse Nationale d'Assurance Maladie ne peuvent pas accéder aux informations médicales nominatives concernant les assurés

¹⁵¹⁴ Rapport Assemblée Nationale, 12^{ème} législature, n° 856 par J.-L. Warsmann, Tome I, 2^{ème} partie

4 Les possibilités de sanction

Sur le plan des possibilités de sanctions pénales, il existe une concomitance de deux faits.

On rappelle que la violation du secret professionnel ne peut exposer à des sanctions pénales que si la loi n'autorise pas la divulgation du secret¹⁵¹⁵.

En ce qui concerne les praticiens conseils, notamment les médecins, certains auteurs se reportent aux devoirs généraux des médecins, dispositions de l'article R. 4127-2 du code de la santé publique, précisant que « *le médecin, au service de l'individu et de la santé publique, exerce sa mission dans le respect de la vie humaine, de la personne et de sa dignité.* ». Cette rédaction faisant référence à la santé publique permettrait d'admettre non seulement les dérogations légales au secret, dans le cadre de la protection de la santé publique, mais aussi d'ouvrir une communication directe entre les services de la justice et le service médical de l'Assurance maladie.¹⁵¹⁶

Il n'existe pas de certitude que les praticiens conseils soient exonérés de tout risque de responsabilité pénale en cas d'exécution d'une réquisition policière visant des documents relevant de leur obligation au secret professionnel. Les professionnels concernés ont seuls un pouvoir souverain d'appréciation et ils sont responsables de son application et même l'aval d'un représentant de l'Ordre ne saurait les protéger s'il était relevé un motif légitime de s'opposer à la communication.

Il ne peut exister de sanction en cas d'inexécution par les praticiens conseils de l'instruction de transmission des données suite à la demande d'accès à ces documents et donc en cas de refus de répondre aux réquisitions.

Sur le plan disciplinaire, on rappelle que ces instances relèvent de poursuites autonomes et distinctes. Le pénal ne saurait tenir en l'état le disciplinaire. Celui-ci reste souverain, sous le contrôle du Conseil d'Etat en ce qui concerne le risque de violation de la loi, mais la loi pénale ne relève pas de son champ de compétence. En effet, si les juridictions pénales ou civiles peuvent appliquer les conditions du code de déontologie incluses dans le code de la santé publique, les juridictions du contentieux du contrôle technique ne peuvent quant à elles pas appliquer les stipulations du code pénal.

La position non équivoque du Conseil de l'Ordre qui préconise l'absence de remise spontanée ne laisse persister aucun doute sur le risque d'une poursuite disciplinaire.

La position du C.N.O.M. est claire. « *Les saisies effectuées dans le cadre d'une procédure judiciaire par un juge d'instruction, un magistrat délégué par lui ou un officier de police judiciaire muni d'une commission rogatoire, ne peuvent porter que sur les seuls documents strictement indispensables à l'enquête qui doivent être immédiatement placés sous scellés. Dans cette situation de réquisition à laquelle le médecin ne peut s'opposer mais qui doivent être effectués en sa présence, il doit demander l'assistance d'un membre du conseil*

¹⁵¹⁵ Art. 226-14 du code pénal

¹⁵¹⁶ POUILLARD J., « Collaboration médico-judiciaire, la protection du secret médical, 1 mars 2001, Comment concilier secret médical et instruction judiciaire ? Conflit ou coopération sur le terrain ? », 11^{ème} jeudi de l'Ordre, p. 4

départemental de l'Ordre qui veillera à ce que soit respecté le secret professionnel envers le reste du fichier ».

Sous section 3 La saisie de données personnelles de santé

De manière générale, l'enquêteur doit écarter initialement de ses investigations les informations ayant un caractère médical. En revanche rien n'empêche la saisie des éléments liés à la facturation : prescriptions médicales, feuilles de soins, bordereaux de facturation des établissements.¹⁵¹⁷

Saisies à caractère général

L'officier de police judiciaire peut procéder à la saisie de tout document pouvant conduire à la manifestation de la vérité et à la connaissance précise du préjudice ou susceptibles de contribuer à établir la vérité.

Saisies de dossiers couverts par le secret

La saisie d'un dossier médical ne peut intervenir qu'en présence d'un expert ou d'une personne qualifiée dûment habilitée pour procéder aux examens techniques ou scientifiques¹⁵¹⁸. Si l'expert ou la personne qualifiée est absente, les praticiens conseils remettent aux officiers de police judiciaire les documents utiles à leur enquête¹⁵¹⁹.

Ces documents sont saisis et placés sous scellés. Un débat persiste sur la notion de nécessité de placement sous scellés ouverts ou fermés des documents. Pour certains intervenants, toute remise de dossiers médicaux couverts par le secret par le service du contrôle médical de l'assurance maladie à officier de police judiciaire doit s'effectuer en présence et avec l'assentiment d'un représentant du Conseil départemental de l'Ordre du professionnel concerné. Les documents saisis couverts par le secret sont immédiatement inventoriés et placés sous scellés fermés. Seul l'expert ou la personne qualifiée susmentionnée pourra alors en prendre connaissance puis en communiquer la teneur au magistrat.

Rien ne s'oppose à la présence d'un membre de l'Ordre. Cette présence pourrait être demandée par le praticien conseil et être utile en cas de contentieux ultérieur, notamment ordinal.

Saisies suite à perquisition

La perquisition dans le cabinet d'un médecin est réalisée uniquement par un magistrat, le Conseil de l'ordre étant représenté et présent ou au minimum appelé. La définition de cabinet médical, vue au sens large comme concernant l'ensemble des professions médicales, est distincte du domicile du médecin qui reste soumis aux règles de droit commun. Dans le cas où les informations contenues dans les dossiers médicaux seraient susceptibles de servir à

¹⁵¹⁷ Guide de procédure du contrôle contentieux, Version du 7 juillet 2008, p. 39

¹⁵¹⁸ Art. 60 du code de procédure pénale

¹⁵¹⁹ circulaire CRIM 97-13 E1 du 24 novembre 1997

l'enquête, le magistrat, après saisie sous scellés fermés pourra nommer un expert médical qui se chargera de leur étude et de l'élaboration d'un rapport d'analyse.

Article 56-3 du code de procédure pénale « *Les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant.* »

On peut comparer les termes de l'article 56-3 du code de procédure pénale qui concerne les perquisitions dans un cabinet, non seulement des médecins mais aussi de certains auxiliaires de justice, termes succins, avec ceux de l'article 56-1 concernant les perquisitions dans les locaux occupés par un avocat.

Article 56-1 du code de procédure pénale « *Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci. Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité. Le magistrat qui effectue la perquisition veille à ce que les investigations conduites ne portent pas atteinte au libre exercice de la profession d'avocat. Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document à laquelle le magistrat a l'intention de procéder s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document doit alors être placé sous scellé fermé. (...)* »

Depuis longtemps déjà, en ce qui concerne les conditions de réalisation d'une perquisition dans un cabinet d'avocat, la Chambre criminelle a considéré que « *le pouvoir conféré par l'article 96 du code de procédure pénale au juge d'instruction de saisir des objets et documents utiles à la manifestation de la vérité trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui domine toute la procédure pénale et commande de respecter les communications confidentielles* » entre les avocats et leurs clients.¹⁵²⁰

Le secret professionnel ne fait pas obstacle aux pouvoirs de saisie du magistrat instructeur, dès lors que les documents placés sous main de justice sont étrangers à l'exercice des droits de la défense.¹⁵²¹ La chambre criminelle semble donner un ordre prioritaire décroissant aux trois principes que sont le droit de la défense, la recherche de la vérité et le secret professionnel.¹⁵²²

¹⁵²⁰ Crim. 12 mars 1886, Bull. n° 106 ; 6 mars 1958, Bull. n° 230 ; 5 juin 1975, Bull. n° 146 ; 20 janv. 1993, Bull. n°29 sauf lorsque ces documents sont « *de nature à établir la participation d'un avocat à une infraction* » ou « *relatifs à des activités ayant motivé sa propre inculpation* »

¹⁵²¹ Crim. 7 mars 1994, Bull. n° 87, JCP 1994.II.22251, note Martin

¹⁵²² COMMARET D. N., « Perquisition dans un cabinet d'avocat. Saisie de correspondances échangées entre l'avocat et son client. Secret professionnel », (Arr. Ch. crim. 30 juin 1999 sur pourvoi C 97 86318), Revue de science criminelle 1999 p. 840

La Chambre criminelle vise d'ailleurs l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme¹⁵²³ et considère l'atteinte portée au droit au respect de la vie privée du domicile comme justifiée¹⁵²⁴ car prévue par la loi, dans un but légitime, celui de la prévention et de la répression des infractions, et proportionnée à la gravité de l'atteinte.¹⁵²⁵

On constate qu'une différence notable entre avocat et professionnel de santé porte sur l'élargissement de la protection au domicile personnel de l'avocat. Cette différence ne doit pas être perçue comme une protection restreinte des professionnels de santé mais comme une protection élargie des professionnels du droit suite à une extension des possibilités d'intervention des services de police et de justice prévue par la loi Perben II.¹⁵²⁶

Pour de nombreux auteurs, ces actes d'instruction sont la marque du pouvoir de la force publique et de la prééminence de la procédure judiciaire sur les autres droits mais il persiste la question du respect du secret. On doit rappeler la possibilité pour un intervenant ayant fait l'objet d'un tel acte de faire notifier un désaccord sur le déroulement de la procédure dans le procès verbal.¹⁵²⁷

Présence de représentants de l'Ordre

La nécessité légale de présence d'un représentant des Ordres professionnels est expressément prévue dans l'Article 56-1 du code de procédure pénale¹⁵²⁸ dans le cadre des perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile.

Cet article définit même la possibilité donnée au bâtonnier ou son représentant non seulement de consulter en premier les documents éventuellement concernés¹⁵²⁹ mais surtout de s'opposer

¹⁵²³ Cass. Crim. 30 juin 1999 sur pourvoi C 97 86318

¹⁵²⁴ La Cour européenne des droits de l'homme condamne notamment le mandat judiciaire, rédigé en termes larges, qui ordonne « *la recherche et la saisie de documents, sans aucune limitation* ».

¹⁵²⁵ CEDH, 16 décembre 1992, n° 13710/88, Niemietz c/ Allemagne, Série A, n° 251-B, D. 1993, somm. comm. p. 386, obs. J.-F. Renucci, RTDH 1993, p. 470, chron. Lambert et Rigaux

¹⁵²⁶ Loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, applicable depuis le 12 avril 2004

¹⁵²⁷ MATSOPOULOU H., « L'application du régime « protecteur » des perquisitions aux avocats exerçant leur activité à titre occasionnel en France », Gazette du Palais, 11 mai 2010 n° 131, P. 13, a propos de CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silva c/ France

¹⁵²⁸ Article 56-1 du code de procédure pénale « *Les perquisitions dans le cabinet d'un avocat ou à son domicile ne peuvent être effectuées que par un magistrat et en présence du bâtonnier ou de son délégué, à la suite d'une décision écrite et motivée prise par ce magistrat, qui indique la nature de l'infraction ou des infractions sur lesquelles portent les investigations, les raisons justifiant la perquisition et l'objet de celle-ci.* » (...) Article 56-1 du code de procédure pénale « (...) *Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué (...).* »

¹⁵²⁹ Article 56-1 du code de procédure pénale « (...) *Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.* »

à leur saisie s'il estime qu'elle est irrégulière. C'est notamment le cas lorsqu'ils semblent être en dehors du champ précisé par la décision autorisant la saisie.¹⁵³⁰

En ce qui concerne les médecins, l'article 56-3 du code de procédure pénale définit que « *Les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire, d'un avoué ou d'un huissier sont effectuées par un magistrat et en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant.* » La Cour européenne des droits de l'Homme rappelle son attachement à « *la présence d'un (tel) observateur indépendant* ». ¹⁵³¹

Une perquisition dans un cabinet médical obéit à la même obligation de présence de la personne responsable de l'Ordre professionnel concerné mais il n'est pas prévu le même encadrement de communication de documents.¹⁵³² Il n'est pas prévu que ce représentant ait accès au préalable aux documents concernés par une saisie, la décision ne lui étant pas d'office communiquée¹⁵³³. Il ne lui est d'ailleurs pas accordé la possibilité de s'opposer à la

¹⁵³⁰ Article 56-1 du code de procédure pénale « (...) *Le bâtonnier ou son délégué peut s'opposer à la saisie d'un document ou d'un objet s'il estime que cette saisie serait irrégulière. Le document ou l'objet doit alors être placé sous scellé fermé. Ces opérations font l'objet d'un procès-verbal mentionnant les objections du bâtonnier ou de son délégué (...).* »

¹⁵³⁰ Article 56-1 du code de procédure pénale « (...) *Le contenu de cette décision est porté dès le début de la perquisition à la connaissance du bâtonnier ou de son délégué par le magistrat. Celui-ci et le bâtonnier ou son délégué ont seuls le droit de consulter ou de prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant sur les lieux préalablement à leur éventuelle saisie. Aucune saisie ne peut concerner des documents ou des objets relatifs à d'autres infractions que celles mentionnées dans la décision précitée. Les dispositions du présent alinéa sont édictées à peine de nullité.* »

¹⁵³⁰ CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne ; CEDH, 25 février 2003, Roemen et Schmit c. Luxembourg; CEDH, 24 juillet 2008, André et autre c. France

¹⁵³⁰ CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

¹⁵³⁰ MATSOPOULOU H., L'application du régime "protecteur" des perquisitions aux avocats exerçant leur activité à titre occasionnel en France, Gazette du Palais, 11 mai 2010 n° 131, P. 13, a propos de CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

¹⁵³⁰ CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n° 32, § 24 ; CEDH, 15 février 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni, n° 68416/01, CEDH 2005-II, § 59.

¹⁵³⁰ Il nous semble que la même situation se retrouve lors de la communication des informations médicales d'un assuré lors du recours d'un employeur devant les juridictions du contentieux technique du code de la sécurité sociale. La loi ne prévoit aucun recours sur cette communication.

¹⁵³⁰ Article 53 Modifié par loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 – art. 77 JORF 10 mars 2004

¹⁵³⁰ SAUGEY B., *Rapport n° 209 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois sur la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, déposé le 11 février 2009, NOR: BCFX0824886L

¹⁵³⁰ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009

¹⁵³⁰ Art. L. 3113-1 du code de la santé publique

¹⁵³⁰ Art. D. 3113-6 du code de la santé publique

¹⁵³⁰ Art 122-5 du code pénal

¹⁵³⁰ LAREAU F., Thèse LL.M. - *Légitime défense et théorie*, Ottawa, Canada, 1992

¹⁵³⁰ Les faits justificatifs, www.juristudiant.com/site/spip.php

¹⁵³¹ CEDH, 16 décembre 1992, Niemietz c/ Allemagne ; CEDH, 25 février 2003, Roemen et Schmit c. Luxembourg; CEDH, 24 juillet 2008, André et autre c. France

¹⁵³² Article 56-3 du code de procédure pénale

¹⁵³³ Alors que ces dispositions sont retrouvées dans d'autres articles, notamment dans l'article 56-4 du code de procédure pénale qui concerne les éléments couverts par le secret de la défense national

saisie des documents, une éventuelle opposition n'étant pas associée à la nullité de la procédure.

Dans le cas particulier de la transmission de dossiers par les praticiens conseils suite à réquisition, aucun texte ne prévoit l'obligation de l'assentiment du membre des Ordres professionnels présent alors que cette possibilité est expressément prévue comme nous l'avons vu pour la profession d'avocat.

Cette omission semble donc exclure une obligation mais il semblerait de bonne pratique, en cas de désaccord, qu'une telle opposition soit prise en compte et relevée dans le procès-verbal de saisie, ceci afin d'éviter toute discussion ultérieure sur la validité du consentement du professionnel de santé ayant donné son accord en préalable à l'acte de justice, son assentiment au cours de la saisine n'étant pas envisagé.

La notion de scellés

L'hypothèse d'obligation de remise sous plis scellés lors d'une réquisition, ne semble pas pouvoir prospérer.

Le scellé limite en effet l'accès au seul juge du contenu des documents reçus, cet accès étant interdit à l'officier de police judiciaire effectuant la saisie. Celui-ci réalise donc son acte, en aveugle.

Dans le cas d'espèce, les documents remis par le praticien conseil ont fait l'objet d'une préparation par lui, et en pratique, l'officier de police judiciaire se contente de les recevoir sans en faire un examen immédiat.

De plus n'étant pas exigé par la loi, cette procédure semble ne pas avoir de support juridique. Tout doute devrait amener le praticien conseil à refuser son accord entraînant la mise en œuvre d'une perquisition en présence d'un magistrat qui sera alors à même d'examiner toute pièce immédiatement et à décider d'une éventuelle mise sous scellés.

Un point essentiel doit d'ailleurs être soulevé à ce stade de l'analyse et qui correspond à l'absence d'implication du praticien conseil concerné dans le contentieux pénal amenant la perquisition. En effet, si l'on exclut le cas particulier qui verrait un praticien conseil accusé lui-même d'une infraction pénale, la situation la plus fréquente concerne la recherche d'éléments pour une action à laquelle celui-ci est étranger. Il n'est donc pas partie à l'affaire.

Or la législation française actuelle n'autorise pas les personnes ayant fait l'objet de perquisitions illicites à recourir devant un tribunal dès lors qu'elles ne sont pas parties à la procédure.¹⁵³⁴

Une telle situation a été jugée comme contraire à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans une affaire concernant un avocat.¹⁵³⁵ Il nous semble qu'elle pourrait faire l'objet d'un même avis pour un professionnel de santé, ce qui pourrait faire évoluer la législation nationale vers un droit d'accès à un tribunal¹⁵³⁶, même en absence

¹⁵³⁴

¹⁵³⁵ CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

¹⁵³⁶ MATSOPOULOU H., L'application du régime "protecteur" des perquisitions aux avocats exerçant leur activité à titre occasionnel en France, Gazette du Palais, 11 mai 2010 n° 131, P. 13, a propos de CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

de la qualité de « partie » à la procédure permettant la mise en place d'un droit « *concret et effectif* »¹⁵³⁷ d'opposition à une perquisition « *abusive* ».¹⁵³⁸

Chapitre 3 Propositions d'évolution

Dans ses travaux, Carrière développe une réflexion intéressante en considérant que même si le code de la santé publique donne au patient un contrôle exclusif sur les informations médicales le concernant, les possibles sanctions prévues par le code pénal et le code de la santé publique limitent les voies de recours de la personne lésée.

*« A ce titre, se contenter du secret pour protéger les informations médicales ne permet pas de sanctionner les éventuelles atteintes à la maîtrise qu'on est en droit d'attendre sur de telles données relevant de l'intimité de la vie privée. La nécessaire préservation de ces valeurs impose de reconnaître le droit de conserver le contrôle sur ces informations. »*¹⁵³⁹

Section 1 La propriété du secret professionnel

Un certain nombre d'études porte sur la possibilité d'attribution du statut de propriété au secret professionnel. L'assuré serait alors propriétaire de ses données et pourrait exercer ses droits pleinement.

Il nous semble, après analyse des implications de cette proposition, qu'elle n'apporte pas d'élément pratique utile à la question.

Sous section 1 Une possibilité d'atteinte à la propriété

Un élargissement, par la reconnaissance du statut de propriété au secret professionnel, permettrait de rechercher une possible sanction de la violation, non plus seulement sur les textes du code pénal, mais aussi sur une notion d'atteinte à la propriété et tous ses éléments constitutifs¹⁵⁴⁰. Le vol serait applicable et le professionnel de santé plus sévèrement sanctionné car, outre la violation du secret médical, il encourrait une condamnation au titre de l'abus de confiance¹⁵⁴¹. L'objectif est de revenir à des infractions classiques, en s'excluant des actuelles dispositions particulières régulièrement ajoutées au code de la santé publique ou de la sécurité sociale.¹⁵⁴²

¹⁵³⁷ CEDH, 9 octobre 1979, Airey c/ Irlande, série A, n° 32, § 24 ; CEDH, 15 février 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni, n° 68416/01, CEDH 2005-II, § 59.

¹⁵³⁸ Il nous semble que la même situation se retrouve lors de la communication des informations médicales d'un assuré lors du recours d'un employeur devant les juridictions du contentieux technique du code de la sécurité sociale. La loi ne prévoit aucun recours sur cette communication.

¹⁵³⁹ CARRIERE C., « L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical », Ibid., mardi 27 novembre 2007

¹⁵⁴⁰ CARRIERE C., « L'encadrement de l'atteinte légitime au secret médical », Ibid., mardi 27 novembre 2007

¹⁵⁴¹ Cass. crim, 22 septembre 2004, AJP 2005, n° 1, p. 22

¹⁵⁴² Art. L 161-36-1-A, al 5 du code de la sécurité sociale « *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

Sous section 2 Un concept inadapté

Comme le signale Carrere, il persiste un risque de patrimonialisation de la personne. Ce risque pourrait aboutir à terme non seulement à la personne de disposer elle-même de son propre corps. Or on a vu les risques liés à cette marchandisation du corps et donc de la personne humaine, la dignité de la personne humaine devant être préservée.

On doit envisager aussi la possibilité de prise en compte de l'intérêt de la société en association ou en concurrence de l'intérêt individuel.

On pourrait prendre en exemple la défense des intérêts professionnels par l'action syndicale prévue par l'article L. 411-11 du code du travail. Les syndicats peuvent exercer «*devant toutes les juridictions, tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent*».

Si cet article ne concerne directement que la notion d'action collective pour la défense des intérêts professionnels ou associatifs, il est possible d'en rapprocher l'action civile pour la défense des intérêts individuels et l'action publique pour la défense des intérêts généraux.¹⁵⁴³

Ainsi, certains auteurs signalent la possibilité d'intervention syndicale lors d'un cas de violation du secret médical commise à l'occasion de l'exercice du contrôle par l'employeur des arrêts de maladie de ses agents.¹⁵⁴⁴

Le concept de propriété n'apporte pas de réponses adaptées.

Le risque de marchandisation des données personnelles est important et ne respecterait pas le concept de dignité humaine, la personnalité ne pouvant faire l'objet d'une cession.

Le concept ne serait de toute façon pas adapté à Internet dans lequel il y a fréquemment diffusion de données personnelles par la personne elle-même qui ne peut alors faire valoir un droit de propriété, ne peut contrôler les utilisations des données et ne peut faire respecter son éventuel consentement ou son opposition.

Il existe une circulation libre mais régulée des données dans la sphère de sécurité du marché intérieur européen, il existe de facto une circulation libre et non-régulée¹⁵⁴⁵ des données au plan international¹⁵⁴⁶.

Section 2 Un droit à l'oubli

Il serait essentiel d'aboutir à une reconnaissance d'un droit à l'oubli permettant à une personne de retirer d'Internet des informations publiques la concernant et dont elle souhaite ne plus permettre la consultation¹⁵⁴⁷.

¹⁵⁴³ Cass. ass. plén., 7 mai 1993, Bull. civ. V, n° 10 ; D. 1993, Jur. p. 437, concl. Jeol; D. 1994, Somm. p. 319, obs. J.-M. Verdier; JCP 1993, II, n° 22003, note Y. Saint-Jours ; JCP éd. E 1993, II, p. 470, note J. Savatier ; Gaz. Pal. 1993, Somm. p. 553, obs. Roubach

¹⁵⁴⁴ SAINT-JOURS Y., La plénitude de l'action syndicale en justice est-elle de nature à vaincre tous les obstacles ?, Recueil Dalloz 2000 p. 120, Ed. Dalloz 2010

¹⁵⁴⁵ Utilisé par exemple par les sociétés comme Facebook et Google, dont les activités ne sont pas originellement régies par les principes européens relatifs au respect de la vie privée

¹⁵⁴⁶ THOMAS-SERTILLANGES J.-B., QUILLATRE E., « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'espace de liberté sécurité justice : vers une diversification des instruments de régulation », Chronique de droit européen et comparé no XXIX, PA201102402, Petites affiches, 03 février 2011 n° 24, P. 3

En l'état actuel du droit et de la pratique, il est impossible d'obtenir la suppression d'une publication sur Internet tant au plan pratique ¹⁵⁴⁸ que juridique, les diffamations publiques, les injures et les provocations envers des particuliers se prescrivant par trois mois.

Section 3 Evolution de la protection

Nous avons présenté précédemment l'utilité de la mise en place d'une protection des données personnelles de santé ainsi que les outils actuellement développés.

Sous section 1 La protection adéquate

Cette exigence de protection adéquate, apparaît de plus en plus aléatoire depuis l'arrêt Bodil Lindqvist de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 novembre 2003¹⁵⁴⁹.

En l'absence de stipulation de l'article 25 la directive 95/46/CE concernant l'outil Internet, la question avait été posée de la validité de la création par une responsable d'une paroisse suédoise d'un site Internet contenant des informations personnelles portant sur l'équipe d'encadrement des paroissiens.

La Cour a fait une distinction entre les infrastructures du responsable du traitement et « l'infrastructure informatique du fournisseur de services d'hébergement où la page est stockée » et considère que « (...) des opérations telles que celles effectuées par Mme Lindqvist ne constituent pas en elles-mêmes un transfert vers un pays tiers de données. »¹⁵⁵⁰

La Cour a précisé que l'exigence de « protection adéquate » ne s'applique pas aux données personnelles circulant sur le réseau Internet à destination ou en provenance de pays tiers à l'Union européenne¹⁵⁵¹. Une telle exigence bloquerait la circulation transfrontière des données sur Internet¹⁵⁵², réseau mondial, une protection exigeant de tous les pays du monde la mise en œuvre d'une protection adéquate en matière de données personnelles, ce qui n'est actuellement pas à l'ordre du jour.

Cette jurisprudence semble donc laisser le champ libre aux transferts de données sans contrôle.

¹⁵⁴⁷ DÉTRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Sénat, n° 441, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.

¹⁵⁴⁸ Nous avons vécu une telle expérience, après avoir pu obtenir une rectification d'une information quasi injurieuse nominative, nous retrouvons toujours plusieurs années plus tard notre demande de rectification sur internet. L'attaque a simplement été remplacée par la défense ce qui conserve les mêmes termes désobligeants

¹⁵⁴⁹ CJCE Bodil Lindqvist 6 novembre 2003, C-101/01

¹⁵⁵⁰ PIERRE-BEAUSSE C., *La protection des données personnelles*, ed. promoculture, 2005, p. 261 et s.

¹⁵⁵¹ En faisant apparemment une distinction entre la mise en ligne des données et la consultation des données requiert des actes positifs de la part de la personne qui en prend connaissance. Q'il nous soit permis de rester dubitatif sur ces considérations

¹⁵⁵² PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures & Conflits* 16 p. [En ligne], Tous les numéros, Identifier et surveiller, mis en ligne le 06 mars 2007. URL : <http://conflits.revues.org/index2133.html>

Concernant la question de la responsabilité de maîtrise des données personnelles de santé, le Conseil national de l'Ordre des médecins a défini une répartition de responsabilités telle que le patient est responsable des informations qu'il donne et que le médecin effecteur est responsable de l'utilisation qu'il en fait¹⁵⁵³. Il s'agit tant d'une responsabilité juridique que d'une obligation déontologique¹⁵⁵⁴. Or la maîtrise de la transmission est d'autant plus difficile à assurer que la dématérialisation des données médicales facilite la diffusion. « *Ainsi, la responsabilité accrue du médecin est également une responsabilité partagée, et dans laquelle il est solidaire non seulement avec d'autres médecins mais aussi de professionnels non médicaux ou d'instances administratives.* »¹⁵⁵⁵

« *En cette fin de siècle, ce ne sont plus encore les nouvelles technologies de l'informatique et de la téléphonie qui ne sont plus à même de garantir une préservation absolue des secrets. Autrement dit, plus les catégories de secrets se multiplient, plus les règles de protection qui les entourent se renforcent, plus leur intégrité même se trouve mise à mal, non plus du fait de l'arbitraire politique, mais à cause des progrès technologiques.* »¹⁵⁵⁶

L'utilisation des informations détenues dans les bases de l'Assurance maladie rencontre des obstacles techniques et institutionnels liés à la nécessité de passer par un stade identifiant qui est le numéro d'identification au répertoire afin de permettre un chaînage des données¹⁵⁵⁷.

L'extraction de données des bases nationales requiert un important travail technique nécessitant des moyens humains qui ne sont pas toujours disponibles.

Ceci conduit à une sous-exploitation des données pourtant utiles à la politique française de santé publique.

Par contre, il n'existe pas en France actuellement d'obligation par les responsables de traitement, dans le cas d'espèce, les opérateurs de télécommunications, « *en cas de violation de la sécurité entraînant accidentellement ou de manière illicite la destruction, la perte, l'altération, la divulgation ou l'accès non autorisés à des données personnelles* », d'avertir l'autorité administrative compétente et l'abonné concerné¹⁵⁵⁸. Il n'y a qu'une obligation d'information des abonnés en cas de risque particulier de violation de la sécurité des réseaux, ceux-ci devant être à même de prendre leurs propres mesures de précaution¹⁵⁵⁹.

¹⁵⁵³ FERRAUD-CIANDET N., « Questions juridiques sur l'e-santé », PA200708901, Petites affiches, 03 mai 2007 n° 89, P. 11

¹⁵⁵⁴ LACHAUD Y., COLLIGNON N., « L'Internet dans l'univers médical: aspects juridiques et déontologiques », GP20000629007, Gazette du Palais, 29 juin 2000 n° 181, p. 3

¹⁵⁵⁵ REBOUL-MAUPIN N., « Responsabilités des médecins et Internet », GP20020326001, Gazette du Palais, 26 mars 2002 n° 85, P. 28

¹⁵⁵⁶ DREYFUS-SCHMITT M., Introduction, p. 10 in *Secret et démocratie*, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997

¹⁵⁵⁷ Conférence Nationale de Santé, Avis sur les données de santé informatisées, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, p. 6

¹⁵⁵⁸ Art. 4 de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques

¹⁵⁵⁹ DÉTRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Sénat, n° 441, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.

Sous section 2 Perspectives européennes

L'évolution des instruments de régulation de la protection des données personnelles de santé peut suivre les évolutions plus générales des instruments de protection des données à caractère personnel¹⁵⁶⁰.

§ 1 Le principe « d'homologation » au cas par cas des lois étrangères

Si le degré de protection offert par une législation étrangère au regard de la directive européenne est adéquat, c'est-à-dire que les droits et les obligations des responsables de traitement et des personnes sont équivalents et que les pouvoirs de l'autorité de protection sont comparables, la loi en question sera « *homologuée* » par la Commission.

§ 2 La contractualisation et la standardisation des principes de la directive

La directive prévoit qu'un État membre peut autoriser un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée, ces garanties pouvant notamment résulter de clauses contractuelles types appropriées¹⁵⁶¹.

§ 3 Engagements unilatéraux et règles contraignantes d'entreprise

Des contrats types constituent une solution efficace pour les transferts de données effectués « *au coup par coup* ».

La mise en œuvre de « *règles contraignantes d'entreprise* », « BCR » pour *Binding Corporate Rules* constitue également une forme de contractualisation des règles issues de la directive grâce à un code de conduite applicable au sein d'une société.

§ 4 Accords bilatéraux

Depuis les attentats du 11 septembre et dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, les États-Unis ont souhaité multiplier les sources d'information à leur disposition, qu'il s'agisse de données bancaires ou de données relatives aux passagers aériens.

¹⁵⁶⁰ THOMAS-SERTILLANGES J.-B., QUILLATRE E., « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'espace de liberté sécurité justice : vers une diversification des instruments de régulation », *Chronique de droit européen et comparé* no XXIX, PA201102402, Petites affiches, 03 février 2011 n° 24, P. 3

¹⁵⁶¹ THOMAS-SERTILLANGES J.-B., QUILLATRE E., « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'espace de liberté sécurité justice : vers une diversification des instruments de régulation », *Chronique de droit européen et comparé* no XXIX, PA201102402, Petites affiches, 03 février 2011 n° 24, P. 3

§ 5 Autorégulation et normalisation technique

Il prédomine au sein des pays anglo-saxons une pratique visant à permettre une autorégulation entre partenaires commerciaux. Le développement du droit de la consommation suffirait pour permettre une protection du contractant.

1 « Pression populaire », autorégulation et code de conduite sectoriel

Certains secteurs s'organisent pour harmoniser leurs pratiques. Par exemple, à travers le code de conduite de l'Association sur le marketing mobile (*Mobile Marketing Association*), le secteur a cherché à anticiper et à définir un cadre pour le marché de la publicité personnalisée par géolocalisation sur téléphone mobile.

2 Normalisation technique

En matière de sécurité des systèmes d'information et des données, une norme internationale, la norme ISO 27000 est devenue une référence dans les politiques de sécurité des systèmes d'information des groupes internationaux, qui sans nécessairement obtenir une certification, repose sur ce modèle.

La Conférence internationale des commissaires à la protection des données de 2009 a adopté une résolution saluant le projet de normes internationales sur le sujet¹⁵⁶².

Dans les faits, l'avenir du secret semble incertain. L'hébergement des données de santé avec le dossier médical personnel électronique laissent planer bien des doutes.

Sous section 3 Les doutes sur l'avenir du secret : la télémédecine

Il existe une multitude de définitions de la télémédecine et de la télésanté¹⁵⁶³ dont le point commun est qu'elles consistent à permettre ou à faciliter la pratique à distance de la médecine grâce aux techniques modernes de télécommunication et de traitement d'informations numériques de tous types¹⁵⁶⁴.

Cette nouvelle pratique qui fait l'objet de nombreuses publications est considérée comme « *une autre déclinaison du principe de la libre prestation de services* »¹⁵⁶⁵ au même rang que les principes de mobilité des patients et des professionnels dans le sens du traité de Rome. Cette démarche avait déjà été initiée par la loi du 11 février 1994¹⁵⁶⁶ pour les déclarations par voie électronique qui permettent à l'administration de proposer aux particuliers comme aux entreprises des services accessibles par voie électronique afin d'effectuer des démarches

¹⁵⁶² La Conférence de 2009 s'est tenue à Madrid du 4 au 6 novembre : www.privacyconference2009.org/home/index-idfr-idweb.html

¹⁵⁶³ LASBORDES P., *La télésanté : un nouvel atout au service de notre bien-être*, Rapport remis à Madame Roselyne Bachelot-Narquin, Ministre de la Santé et des Sports, 15 octobre 2009, 247 p.

¹⁵⁶⁴ HAZEBROUCQ V., *Rapport sur l'état des lieux en 2003, de la télémédecine française*, Direction de la technologie du Ministère de la Jeunesse, de l'Éducation nationale et de la Recherche

¹⁵⁶⁵ FASQUELLE D., *Proposition de résolution sur l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, présentée par le rapporteur de la Commission chargée des affaires européennes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2008

¹⁵⁶⁶ [Loi n° 94-126 du 11 février 1994](#) relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle dite « loi Madelin »

comme « *présenter une demande, déposer une déclaration, exécuter un paiement, produire un document ou obtenir une information* ». ¹⁵⁶⁷

L'appellation de « *téléprocédure* » désigne « *toute procédure administrative accomplie par échange électronique de données grâce à l'interconnexion, par des réseaux de télécommunications, des systèmes d'information de l'administration et de ses usagers* » ¹⁵⁶⁸.

La loi du 13 mars 2000 ¹⁵⁶⁹ a introduit par l'article 1316 du code civil la forme électronique qui présente le même niveau de force probante que l'écrit traditionnel sur support papier.

La loi du 9 décembre 2004 ¹⁵⁷⁰ prévoit dans son article 3-I de redéfinir un cadre pour les téléservices. « *Dans les conditions prévues par l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance, dans le respect des règles de protection de la liberté individuelle et de la vie privée établies par la législation relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, les mesures nécessaires :*

- *pour assurer la sécurité des informations échangées par voie électronique entre les usagers et les autorités administratives, ainsi qu'entre les autorités administratives ;*
- *pour simplifier l'exercice des démarches administratives, en permettant aux usagers de les faire par voie électronique (...);*
- *pour permettre que, dans le cadre des procédures de contrôle, les échanges entre les autorités administratives et les usagers et les échanges entre autorités administratives soient réalisés par voie électronique (...).* ¹⁵⁷¹

On a vu que la Cour européenne des droits de l'Homme ¹⁵⁷² et les juridictions suprêmes du droit français ¹⁵⁷³ ainsi que le Conseil constitutionnel ¹⁵⁷⁴ ont admis la justification d'éventuelles atteintes au secret professionnel dans le cadre d'une nécessaire conciliation entre la protection des intérêts individuels et l'intérêt général ¹⁵⁷⁵ sauf à porter atteinte gravement à la dignité humaine.

Si la prééminence du secret a été reconnue dans un premier temps, il ne peut pas être un frein à la protection de la santé. C'est donc un droit relatif qui doit céder devant d'autres principes

¹⁵⁶⁷ PIETTE-COUDOL T., « Vers un cadre juridique pour les procédures et les téléservices (projet d'ordonnance pris en application de l'article 3 du « PLH2 ») », Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2005 - n°6 - 06-2005

¹⁵⁶⁸ Définition tirée du « Schéma directeur interministériel des téléprocédures », publié par la Cosiform (Commission de simplification des formulaires, organisme auprès du Premier ministre aujourd'hui disparu) en date du 23 avril 1997

¹⁵⁶⁹ Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique

¹⁵⁷⁰ [Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004](#) de simplification du droit

¹⁵⁷¹ PIETTE-COUDOL T., « Vers un cadre juridique pour les procédures et les téléservices (projet d'ordonnance pris en application de l'article 3 du « PLH2 ») », Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2005 - n°6 - 06-2005

¹⁵⁷² Voir notamment CEDH 27 août 1997, affaire n°74/1996/693/885, M. S. c/ Suède

¹⁵⁷³ Civ. 1ère 18 mars 1997, JCP G 1999, II, 22829, rapp. P. Sargos : « *Il appartient au juge, lorsqu'une expertise impliquant l'accès à des informations couvertes par le secret médical est nécessaire à la manifestation de la vérité, de prescrire des mesures efficaces pour éviter la divulgation de l'identité des malades ou consultants* »

¹⁵⁷⁴ Cons. Const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC

¹⁵⁷⁵ CARRIERE C., « Vers une théorie générale de l'atteinte légitime au secret médical », Ibid., samedi 10 novembre 2007

ou intérêts légitimes¹⁵⁷⁶, la justification d'une violation pouvant dès lors se fonder sur l'existence d'un « *impérieux motif légitime* »¹⁵⁷⁷ ou d'un « *besoin social impérieux* » justifiant une prédominance de la liberté d'expression sur la protection du secret professionnel¹⁵⁷⁸.

Certains auteurs évoquent, tout en rejetant l'hypothèse, « *les prémices d'une reconnaissance générale de l'atteinte légitime au secret.* »¹⁵⁷⁹. Il est fréquemment souligné qu'il s'agit d'une notion en cours d'évolution tant par la jurisprudence que par la loi¹⁵⁸⁰.

On peut ainsi signaler les projets de disparition annoncée le secret de l'enquête et de l'instruction de l'article 11 du code de procédure pénale envisagée dans le rapport Léger, secret qui laisserait la place au secret professionnel, celui-ci évoluant aussi dans le cadre d'une remise en cause progressive du secret bancaire ou d'une nouvelle définition du secret des sources du journaliste¹⁵⁸¹.

La possibilité pour la protection des droits de la personne de céder le pas sur les droits de la société se pose aussi dans le domaine économique, pour la gestion des comptes sociaux. Il est indispensable que les organismes payeurs puissent contrôler les dépenses au nom de la collectivité des contribuables¹⁵⁸². Ce contrôle impose la connaissance des situations microéconomiques et macroéconomiques et touche donc la question du secret mais est essentiel afin de fournir à tous un accès égalitaire au système de soins et à la préservation d'un système de solidarité.¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁶ Ce secret est plus souvent vu aujourd'hui comme heurtant d'autres principes comme le principe de la liberté d'information

¹⁵⁷⁷ SARGOS P., « Les principes d'immunité et de légitimité en matière de secret professionnel médical », Ibid., n°10

¹⁵⁷⁸ CEDH 18 mai 2004, Société Plon c/ France

¹⁵⁷⁹ CARRIERE C., « Vers une théorie générale de l'atteinte légitime au secret médical », Ibid., samedi 10 novembre 2007

¹⁵⁸⁰ Le secret doit protéger les droits du mis en examen et de la présomption d'innocence et concerne toute personne concourant à la procédure. Sont exclus de cette obligation le mis en cause, la victime, mais également les journalistes

¹⁵⁸¹ Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, JORF du 5 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes

¹⁵⁸² MICHEL J.P., La place du secret entre transparence et éthique professionnelle, 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 8

¹⁵⁸³ EVIN C., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 9

Titre 2 Le développement d'un droit économique

Une étude sur le rôle du service du contrôle médical de l'assurance maladie dans la transmission des données personnelles de santé ne serait pas complète s'il n'était pas présenté la place du droit économique dans la possibilité de transmission de données personnelles de santé.

La présentation des nouvelles missions de l'assurance maladie dans le cadre de la gestion du risque pose la question de la place de l'économie par rapport au droit de l'individu. Nous étudierons successivement les fondements d'un droit économique dans la transmission des données personnelles de santé (chapitre 1) et plus particulièrement la place des organismes de protection sociale dans leurs missions de gestion du risque (chapitre 2). Dans ce même chapitre, la présentation de la place que pourraient prendre d'autres organisations des systèmes de protection sociale nous amènera à émettre des propositions d'évolutions permettant de respecter les droits des divers intervenants (chapitre 3).

Chapitre 1 Les fondements d'un droit économique

Suivant le schéma de réflexion de Christian Babusiaux, notre analyse portera sur l'étude de la possibilité d'ingérence d'une autorité publique dans les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et sur la position du Conseil constitutionnel.

Dans un arrêt du 27 août 1997 la Cour européenne a rappelé que *« la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention »*.

*« Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général ».*¹⁵⁸⁴

Section 1 Les textes fondamentaux

Les textes fondamentaux à envisager sont la Convention européenne des droits de l'Homme, la constitution française et leur application dans le droit national.

Sous section I La Convention européenne des droits de l'Homme et la possibilité d'ingérence d'une autorité publique

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme, pour prémunir la personne contre l'arbitraire des pouvoirs publics, n'admet l'ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance que pour autant que cette ingérence soit prévue par la loi. Elle doit constituer

¹⁵⁸⁴ C.E.D.H.27 août 1997, n° 74/1996/683/885, *M.S. c. Suède*

une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire au bien-être économique du pays, à la protection de la santé.

Lorsqu'elle fait l'objet d'une saisine, la Cour européenne des droits de l'Homme examine la demande en deux temps successifs. Au regard de la législation du pays concerné, y a-t-il eu violation de l'article 8-1 ? En cas de réponse positive, la violation était-elle ou non justifiée au regard des trois conditions fixées par l'article 8-2 de la Convention, c'est à dire était-elle prévue par la loi, avait-elle un but légitime, l'ingérence était-elle nécessaire dans une société démocratique ?

Nous pouvons prendre comme exemple, en ce qui concerne le respect du secret, l'affaire M.S.c. Suède. La communication d'un dossier médical par un service de soins à la caisse de sécurité sociale pour vérifier si l'intéressée remplissait les conditions légales pour l'obtention d'une prestation qu'elle avait elle-même sollicitée, portait-elle ou non atteinte au droit de la requérante au respect de sa vie privée ?

En premier lieu, la Cour a observé que la procédure engagée par l'assuré a eu pour conséquence l'obligation pour la caisse de solliciter les informations en cause et l'obligation corrélative des services médicaux de les communiquer. Elle relève que le dossier médical comportait des « *données de nature hautement personnelle et sensible* » sans lien avec la prestation. « *La collecte et la conservation d'informations au service (...) et leur communication ultérieure à la caisse servaient des buts différents, la communication a donc porté atteinte au droit de la requérante au respect de sa vie privée* ». Il y avait donc eu violation de la Convention.

En second lieu, la Cour a vérifié si l'ingérence était ou non justifiée et établie au regard des trois conditions fixées par l'article 8-2. de la Convention.

L'ingérence était prévue par la loi. Pour la Cour, « *l'ingérence avait une base légale et était prévisible car il ressortait des termes de la disposition (prévue par la loi nationale) que l'élément décisif pour la détermination de la portée de l'obligation de l'autorité requise de fournir des renseignements est la pertinence de ceux-ci (...)* ».

L'ingérence avait un but légitime. La Cour constate que « *la communication des renseignements visait à permettre à la caisse de vérifier si se trouvaient réunies les conditions auxquelles Mme S. pouvait bénéficier d'une indemnité pour invalidité professionnelle. Elle était potentiellement décisive pour l'allocation de fonds publics. Elle pouvait donc passer pour avoir tendu à protéger le bien-être économique du pays* ».

L'ingérence était nécessaire dans une société démocratique. La Cour, après avoir rappelé l'importance fondamentale que revêt la protection des données médicales, pose en principe que « *la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention* ».

La Cour, relevant que cette mesure était soumise à des limitations importantes et assortie de garanties suffisantes contre les abus¹⁵⁸⁵ avec obligation de respecter la confidentialité des informations, conclut donc que la communication à la caisse du dossier médical de Mme M.S. n'était pas disproportionnée au but légitime poursuivi tiré de l'intérêt public, ici celui de

¹⁵⁸⁵ Dans l'arrêt M.S. c. Suède, la Cour renvoie à son arrêt Z c. Finlande du 25 février 1997 (n°9/1996/627/811) qui fait peser sur l'Etat des obligations positives visant à rendre effectif le respect du droit à la vie privée

l'allocation de fonds publics par un organisme de sécurité sociale. En conséquence, il n'y a pas eu de violation du droit au respect de la vie privée notamment car les informations demandées le sont par des organismes publics qui « *ont à veiller à la bonne utilisation des fonds publics.* »¹⁵⁸⁶

Cette décision doit servir d'étalon pour l'ensemble des dispositions ultérieures destinées à encadrer une atteinte justifiée au droit de la personne.

Sous section 2 Le droit constitutionnel

Le droit européen a une place essentielle dans la protection des droits de la personne. Le droit constitutionnel conserve aussi la sienne.

§ 1 Le droit au respect de la vie privée

Dans sa décision du 18 janvier 1995 le Conseil constitutionnel a estimé que « *la méconnaissance du droit au respect de la vie privée peut être de nature à porter atteinte à la liberté individuelle* »¹⁵⁸⁷.

La juridiction suprême a rattaché le droit au respect de la vie privée à l'article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen : « *le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'Homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* » en précisant que « *la liberté proclamée par cet article implique le respect de la vie privée* ».¹⁵⁸⁸

Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel a estimé que le droit au respect de la vie privée « *requiert que soit observée une particulière vigilance dans la transmission des informations nominatives à caractère médical entre les médecins prescripteurs et les organismes de sécurité sociale* » mais « *eu égard à sa finalité, qui est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié, la disposition critiquée ne porte pas au respect de la vie privée (...) une atteinte de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ».

La même décision prend le soin de préciser « *qu'il appartient toutefois au législateur de concilier le droit au respect de la vie privée et l'exigence de valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la Sécurité sociale* ». Il apparaît donc que la transmission d'informations nominatives à caractère médical peut ne pas être contraire à un principe constitutionnel à condition qu'elle trouve une justification tirée d'un autre principe de nature constitutionnelle.¹⁵⁸⁹

¹⁵⁸⁶ C.E.D.H. 27 août 1997, *M.S. c. Suède et Cons. Const.*, décision n° 99-422-DC du 21 décembre 1999 relative à la loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000

¹⁵⁸⁷ Cons. Const. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 portant sur la « loi d'orientation et de programmation relative à la vidéosurveillance »

¹⁵⁸⁸ Cons. Const. n° 99-416-DC du 23 juillet 1999 « loi portant création d'une couverture maladie universelle », n° 99-419-DC du 9 novembre 1999 « loi relative au pacte civil de solidarité » et n°99-422-DC du 21 décembre 1999 « loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000 »

¹⁵⁸⁹ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », *Ibid.* p. 18

Il ne doit pas exister de confusion entre le « *droit à la protection de la santé* », qui constitue un principe à valeur constitutionnelle¹⁵⁹⁰, avec « *le droit à la santé* ». « *Si, en raison du renvoi fait par le préambule de la Constitution de 1958 au préambule de la Constitution de 1946, la protection de la santé publique constitue un principe de valeur constitutionnelle, il n'en résulte pas (...) que le droit à la santé soit au nombre des libertés fondamentales auxquelles s'applique l'article L.512-2 du code de justice administrative* »¹⁵⁹¹.

§ 2 Le droit constitutionnel et l'équilibre financier de la Sécurité sociale

Si dans sa décision du 18 janvier 1995 le Conseil constitutionnel a défini une protection du droit individuel, il a pris le soin de préciser « *qu'il appartient toutefois au législateur de concilier le droit au respect de la vie privée et l'exigence de valeur constitutionnelle qui s'attache à l'équilibre financier de la Sécurité sociale* ». Il apparaît donc que la transmission d'informations nominatives à caractère médical peut ne pas être contraire à un principe constitutionnel à condition qu'elle trouve une justification tirée d'un autre principe de nature constitutionnelle.¹⁵⁹²

On a déjà évoqué précédemment « *la protection de la santé* » sous l'acception de la protection de la santé publique, « *mesures de nature à sauvegarder la santé des personnes.* »¹⁵⁹³

Il est essentiel de développer sa seconde acception qui concerne l'accès aux soins, « *droit à des prestations de santé par la prise en charge financière des soins.* »¹⁵⁹⁴

Ce droit à la protection de la santé garanti par le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 reprenant le préambule de la Constitution de 1946 est un devoir pour la collectivité publique. L'Etat doit, pour le mettre en œuvre, tenir compte des exigences fixées par le Conseil constitutionnel : ces mesures doivent être prises « *soit par le législateur, soit par le gouvernement, selon leurs compétences respectives ; l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* », le principe d'égalité devant être respecté.¹⁵⁹⁵

1590 Conseil constitutionnel, décision n°90-283 du 8 janvier 1991 : consécration du principe constitutionnel de protection de la santé publique. V. également JUAN S., « L'objectif à valeur constitutionnelle du droit à la protection de la santé : droit individuel ou collectif ? », *Revue du droit public* 2006, n°2, p.439.

1591 CE, 8 septembre 2005, « *Ministre de la justice c/ M.X.* », *A.J.D.A.* 2006, act. juris. p.376, note M.LAUDIJOIS ; note C.CLÉMENT, « La santé et le référé administratif 'liberté fondamentale' », *Les Petites Affiches* n°228, 16 novembre 2005, p.6. Un détenu d'un établissement pénitentiaire, suite à une affection cardiaque, demandait un changement de cellule avec affectation dans une cellule non fumeur, au nom de son droit à la santé. En première instance, le tribunal administratif de Nantes avait accédé à sa requête en relevant l'existence d'une « *atteinte grave et manifestement illégale au droit à la santé* », considéré comme une liberté fondamentale : T.A. Nantes, ordonnance du 24 août 2005, *A.J.D.A.* 2005, p.1623.

1592 BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », *Ibid.* p. 18

1593 Cons. const. n° 90-283 DC du 8 janvier 1991 prohibition de la publicité en faveur du tabac, de même pour les mesures de lutte contre l'alcoolisme, « *principe constitutionnel de protection de la santé publique* », Cons. Const. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales

1594 Cons. const n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 « *convention régissant les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins* »

1595 BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », *Ibid.* p. 22

En ce qui concerne la place du législateur et de l'autorité réglementaire dans la mise en œuvre du droit à la protection de la santé, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois été amené à se prononcer¹⁵⁹⁶, le législateur et l'autorité réglementaire, chacun dans leur domaine de compétence, devant « *fixer les règles appropriées tendant à la réalisation de l'objectif défini par le Préambule* ». Les différentes décisions concernent principalement les liens organisés entre assurance maladie et institutions syndicales représentatives des professionnels de santé, le pouvoir réglementaire devant approuver les accords initiaux par un arrêté interministériel et pouvant intervenir dans les cas de carence de ces relations conventionnelles.

Sous section 3 Le droit national

Conformément à ce qui était attendu¹⁵⁹⁷, l'Etat français s'est doté de règles qui garantissent effectivement la protection de la vie privée, plus particulièrement s'agissant des données de santé.

1 Le code de la sécurité sociale

Le code de la sécurité sociale prévoit une communication obligatoire de la part des professionnels et des établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie à des assurés sociaux ou leurs ayants droit aux organismes d'assurance maladie gestionnaires. Cette transmission de données concerne des numéros de code des actes effectués, des prestations servies et des pathologies diagnostiquées.¹⁵⁹⁸ Ce peuvent donc être de données personnelles de santé.

Ce texte justifie cette obligation par « *l'intérêt de la santé publique* » et « *la nécessité de contribuer à la maîtrise des dépenses d'assurance maladie* ». Pour encadrer la communication, il fait appel aux sanctions prévues par le code pénal.¹⁵⁹⁹

2 La transposition de la directive européenne n° 95/46 du 24 octobre 1995

Dans le même sens, la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données a fait l'objet d'une transposition tardive par la loi du

¹⁵⁹⁶ Cons. Const. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 ; décision n° 91-296 DC du 29 juillet 1991 à propos de la « *loi portant diverses mesures d'ordre social* » et décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 relative à la loi « *portant création d'une couverture maladie universelle* » ; décision n° 96-387 DC du 21 janvier 1997 « *relative à l'institution d'une prestation spécifique dépendance* ». ».

¹⁵⁹⁷ C.E.D.H. Z c. Finlande du 25 février 1997 sus-cité, « *Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. La législation interne doit donc ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention, les articles 3 § 2 c, 5, 6 et 9 de la Convention n° 108-81 du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* »

¹⁵⁹⁸ Art. L. 161–29 du code de la sécurité sociale

¹⁵⁹⁹ Dans le texte, ancien article 378 actuellement article 226-13 du code pénal

6 août 2004¹⁶⁰⁰ relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.¹⁶⁰¹ Cette directive a ainsi fait l'objet d'une mise en application dans notre droit national.

Dans les faits, l'analyse de textes protecteurs évoqués ci-dessus se heurte à l'hétérogénéité des pratiques européennes par les professionnels de santé.

Si le respect du secret et de la confidentialité a dans tous les pays de l'Union européenne une base légale, il existe toutefois des différences dans leur conception, leur fondement ou dans le degré de protection.

En effet, nulle part, la confidentialité n'est absolue, certains pays ayant instauré un secret médical fondé sur l'ordre public, d'autres restant sur un champ contractuel considéré comme « *plus en harmonie avec la notion de droits des patients et de l'autonomie des patients.* »¹⁶⁰²

Comme on l'a déjà vu, la possibilité de transmissions de données peut être prévue par la loi, par des décisions de justice dans des limites en théorie bien précises.

On rappelle que dans la pratique, le patient peut être soumis à des pressions d'intervenants divers destinées à permettre un accès aux données. C'est le cas de certains employeurs comme on l'a déjà signalé. C'est aussi le cas des sociétés intervenant dans la gestion du système de santé comme les organismes non obligatoires de protection sociale, notamment les sociétés d'assurance.

Ces organismes bénéficient, en justification de leurs demandes, des évolutions des organismes de protection obligatoire qui se sont tournés de plus en plus, eux aussi suite à des réformes successives vers un rôle de gestionnaire assureur des dépenses de santé.

Section 2 La réforme de l'Assurance Maladie

Les enjeux du financement de la démocratie sanitaire doivent être abordés dans le cadre de l'année 2011 consacrée aux droits des usagers. C'est, au jour de la rédaction finale de notre travail, la dernière en date des réformes de l'assurance maladie obligatoire.

Sous section 1 L'évolution de l'Assurance Maladie

Au lieu de parler d'une réforme, il serait plus juste de parler des réformes.

§ 1 Des réformes successives

En 1945, les créateurs de la sécurité sociale en France, influencés par le rapport Beveridge de 1942 et le système de santé organisé en Allemagne par Bismarck, notamment

¹⁶⁰⁰ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

¹⁶⁰¹ NOR: JUSX0100026L la décision du Conseil constitutionnel n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004 visant expressément la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995

¹⁶⁰² Comité Permanent des Médecins Européens (CPME), La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, CP98/090 Final FR, 06/04/99, <http://www.cpme.be>

pour la couverture des travailleurs, ont construit le système français sur trois principes fondamentaux : l'égalité d'accès aux soins, la qualité des soins et la solidarité¹⁶⁰³.

Les ordonnances des 4 et 19 octobre 1945 promulguées par le gouvernement du Général de Gaulle créent une organisation de la sécurité sociale. Ces ordonnances fusionnent tous les systèmes d'assurances sociales préexistants. Elles définissent des principes de fonctionnement initiaux : affirmation du caractère obligatoire de la protection contre les risques vieillesse, maladie, maternité, accidents du travail, charge de famille pour les salariés du commerce et de l'industrie ; financement par des prélèvements sur les revenus du travail ; principe de l'extension du champ d'application de la sécurité sociale à d'autres catégories de population ; principe de démocratie sociale : gestion par les intéressés eux-mêmes avec gestion paritaire des caisses par les partenaires sociaux au sein d'un conseil d'administration.

Des difficultés d'équilibre des comptes de la sécurité sociale vont apparaître très rapidement. Plusieurs réformes vont alors se succéder dont les principales sont celles dite Séguin, de 1996 dite Juppé et de 2004, la loi dite hôpitaux patients santé territoire (H.P.S.T.) de 2009.

§ 2 La loi de réforme d'août 2004

Soigner mieux en dépensant mieux, c'est le sens de la loi de réforme de l'assurance maladie votée en août 2004. « *La loi de réforme d'août 2004 vise à sauvegarder l'Assurance Maladie. L'enjeu est de taille, préserver l'universalité, le caractère obligatoire et solidaire du système, tout en luttant contre les gaspillages et les abus, et faire en sorte que l'effort de chacun aboutisse à l'équilibre du système de protection sociale.* »

L'équilibre des finances publiques¹⁶⁰⁴, dans le cadre du « *double handicap de déficits persistants et des effets de boule de neige des dynamiques perverses de l'endettement* »¹⁶⁰⁵ et la volonté de garantir la pérennité du modèle de financement solidaire du système de santé national correspondent aux principes de responsabilité et d'équité intergénérationnelle.

Malgré la difficulté d'associer solvabilité des besoins et solidarité¹⁶⁰⁶, le fondement du lien social grâce à un pacte solidaire de santé est affirmé comme étant la responsabilité première des pouvoirs publics. « *Équilibrer des comptes n'est donc pas une exigence technocratique, c'est un impératif éthique.* »¹⁶⁰⁷

¹⁶⁰³ La création de ce système basé sur la solidarité est régulièrement remise en cause. Voir sur ce point AQUILINO F., « La gestion du risque assurantiel en santé : des divergences sur son périmètre, un consensus sur sa pertinence », p. 145, *Dossier « La gestion du risque »*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, 270 p., « *la socialisation du risque est peu propice à des comportements individuels vertueux.* »

¹⁶⁰⁴ HAMPSAUR P., COTIS J.-P., *Rapports sur la situation des finances publiques*, avril 2010, p. 2, Depuis 1997, la France est soumise, comme ses partenaires de la zone euro, aux contraintes du Pacte de stabilité et de croissance, par lequel les pays membres se sont imposés de ne pas dépasser un seuil défini pour le déficit public

¹⁶⁰⁵ GUIDÉE R., « Réaliser l'objectif constitutionnel d'équilibre des finances publiques », 21 juin 2010, p. 35

¹⁶⁰⁶ CLAVERANNE J.-P., VINOT D., « L'émergence des droits des patients dans les systèmes de santé occidentaux : anciens problèmes et nouveaux défis » [*XVI^{es} entretiens du centre Jacques-Cartier – Les droits et les obligations des patients*], Rev. Génér. Dr. Méd., n° 13, pp. 17-25, août 2004

¹⁶⁰⁷ Hôpital Expo - Discours de Roselyne BACHELOT-NARQUIN, *Mardi 19 mai 2010*

Avec la réforme, l'assurance maladie voit ses compétences élargies, notamment afin d'agrandir son périmètre d'intervention et d'assurer la cohérence de la politique de santé. L'assurance maladie est désormais associée à la définition de la politique hospitalière et de la politique du médicament. Elle se voit confier des pouvoirs nouveaux dans le domaine des soins de ville.

« L'objectif est de gérer de manière cohérente les biens et services de soins, les relations avec les professionnels de santé, le partage des données de santé. »

« Le but de l'Assurance Maladie est de permettre à la population d'être et de se maintenir en bonne santé. La gestion du risque G.D.R., y contribue par l'ensemble des actions et procédures conduisant à : Optimiser la réponse du système de soins aux besoins de santé ; Inciter la population à recourir de manière pertinente à la prévention et aux soins ; Amener les professionnels à respecter des critères d'utilité et de qualité des soins ainsi que de modération des coûts dans le cadre financier voté par le parlement. ¹⁶⁰⁸ »

Sous section 2 La gestion du risque

Le régime général de l'assurance maladie des travailleurs salariés garantit l'accès aux soins assurance maladie, maternité, accident du travail et maladie professionnelle pour près de 50 millions de personnes par le remboursement des dépenses de soins et le versement d'un revenu de remplacement en cas d'arrêt de travail.

Depuis de nombreuses années, la volonté de maîtrise de l'évolution des coûts de protection sociale, afin de sauvegarder l'assurance maladie, a nécessité la mise en œuvre d'une démarche de gestion du risque visant notamment à limiter les dépenses inutiles par le contrôle du périmètre des soins pris en charge et de la justification médicale du recours aux soins.

Déjà évoquée dans plusieurs circulaires de la C.N.A.M.T.S. dans les années 1990, la notion de gestion du risque a été mise en place par l'ordonnance du 24 avril 1996¹⁶⁰⁹. Les conventions d'objectifs et de gestion de l'ensemble des régimes et branches de sécurité sociale précisent *« les objectifs liés à la mise en œuvre des dispositions législatives et réglementaires qui régissent la gestion du risque »*¹⁶¹⁰. La loi sur l'assurance maladie du 13 août 2004¹⁶¹¹ puis la loi du 21 juillet 2009 H.P.S.T.¹⁶¹² *« ont confié à la CNAMTS et à l'union nationale des caisses d'assurance-maladie (UNCAM) un rôle éminent en matière de gestion du risque. En outre, la loi HPST organise la déclinaison territoriale de cette gestion du risque en la confiant aux agences régionales de santé. »*¹⁶¹³

La loi de réforme d'août 2004 a donné à l'Assurance Maladie de nouvelles responsabilités en matière de régulation du système de soins. Elle définit les politiques de gestion du risque et pilote le réseau d'organismes chargés de les mettre en œuvre.

¹⁶⁰⁸ LOISEAU P., « La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France », Centre de droit de la santé, collection de droit de la santé, P.U.A.M., 2005, p. 28

¹⁶⁰⁹ Ordonnance no 96-344 du 24 avril 1996

¹⁶¹⁰ Art. L. 227-1, L. 611-6-1 et L. 633-12 du code de la sécurité sociale

¹⁶¹¹ Loi no 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie

¹⁶¹² Loi no 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires

¹⁶¹³ IGAS, *Rapport annuel 2009, L'hébergement et l'accès au logement, La modernisation des organismes de sécurité sociale*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010, 197 p.

Cette gestion du risque assurantiel en santé est développée par un nouvel article L. 1434-10 du code de la santé publique. « *L'agence régionale de santé établit, avec les organismes et services d'assurance maladie de son ressort dont la caisse nationale est membre de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie, un programme pluriannuel régional de gestion du risque assurantiel en santé, mis à jour chaque année. Ce programme est articulé avec le projet régional de santé auquel il est annexé. Ce programme définit les actions à mener dans la région par ces organismes et services pour améliorer les modes de recours aux soins des patients, les pratiques des professionnels soignants, en médecine ambulatoire et dans les établissements et services de santé et médico-sociaux, ainsi que pour veiller au respect des dispositions réglementaires et conventionnelles relatives à l'exercice des professions de santé. (...).* »

Pourtant il nous semble que les préoccupations déontologiques doivent guider les considérations économiques et ne se réduisent pas à la maîtrise des dépenses de santé au sein du système de sécurité sociale.

Même si les dossiers informatisés semblent plus protecteurs que le dossier papier, ils doivent cependant être sécurisés, ce qui est difficile sur des réseaux ouverts comme Internet¹⁶¹⁴. Les données figurant dans les systèmes informatiques sont potentiellement commercialisables. L'informatisation actuelle du système de dispensation des médicaments permet aux laboratoires pharmaceutiques de connaître toutes les prescriptions réalisées dans une zone géographique par un professionnel de santé donné.¹⁶¹⁵

Au sein de l'assurance maladie, l'avenir du secret est incertain. Certains intervenants estiment qu'il s'oppose aux démarches de gestion du risque et qu'il limite les possibilités de régulation.¹⁶¹⁶

§ 1 La maîtrise médicalisée : un outil de gestion du risque

On oppose classiquement deux types de maîtrise.

1 La maîtrise comptable

« *La maîtrise comptable consiste à exclure du bilan comptable une part du risque précédemment couverte, cette exclusion portant soit sur le gros risque, soit sur le petit risque. Agir sur le gros risque, c'est exclure la prise en charge des maladies coûteuses. Agir sur le petit risque, c'est ne plus rembourser totalement ou partiellement les prestations dont le service médical rendu (ou nécessaire) est jugé insuffisant.* »¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁴ MICHEL J.P., *La place du secret entre transparence et éthique professionnelle*, 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 7

¹⁶¹⁵ MICHEL J.P., *La place du secret entre transparence et éthique professionnelle*, 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 8

¹⁶¹⁶ AQUILINO F., « La gestion du risque assurantiel en santé : des divergences sur son périmètre, un consensus sur sa pertinence », pp. 128-149, *Dossier « La gestion du risque »*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, p. 145 « (...) le secret médical qui constitue un frein à la mise au point des systèmes d'information contribuant à la régulation des dépenses de santé. »

¹⁶¹⁷ LOISEAU P., « La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France », Centre de droit de la santé, collection de droit de la santé, P.U.A.M., 2005, p. 31

2 La maîtrise médicalisée

« La maîtrise médicalisée est une maîtrise destinée à agir sur le médecin, ordonnateur de fait des dépenses de santé. En retrouve en France comme aux Etats- Unis les mêmes outils, managed care , anciennement Références Médicales Opposables R.M.O. (review criteria), accord de bon usage des soins AcBUS (incitative arrangements). »¹⁶¹⁸

La maîtrise médicalisée recherche des gains de productivité dans le système de soins, rendus possibles par l'évolution des comportements en matière de prescriptions et de consommation des soins.

§ 2 L'information de santé

La responsabilité de l'Assurance maladie en ce qui concerne les informations de santé est large et son champ d'application est très étendu.

En effet, pour l'assuré, elle concerne la qualité de l'offre de soins et une information générale sur la santé afin de mieux répondre à l'ensemble des demandes des assurés pour leur santé¹⁶¹⁹. Elle concerne aussi l'information des usagers sur leurs droits, ce qui « permet d'améliorer l'accès au droit, concourt à l'efficience de la gestion administrative et technique et constitue une condition nécessaire à la réussite des mesures mises en place par la réglementation visant à infléchir les comportements des assurés.

*La qualité de l'information est une condition de la réussite des politiques incitant les assurés à modifier leurs comportements »*¹⁶²⁰.

Pour les professionnels de santé, elle s'appuie sur les Délégués de l'Assurance Maladie (D.A.M.), salariés des caisses primaires dans le cadre de programmes de communication auprès des professionnels de santé depuis 2003¹⁶²¹ et sur les médecins conseils du service du contrôle médical¹⁶²².

Les professionnels de santé peuvent aussi bénéficier des outils mis à disposition par l'assurance maladie pour accéder aux informations personnelles de leurs patients¹⁶²³.

Dans une démarche de recherche de la performance visant à augmenter la qualité du service rendu aux usagers et l'efficience de leur gestion, les organismes de sécurité sociale ont

¹⁶¹⁸ LOISEAU P., « La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France », Centre de droit de la santé, collection de droit de la santé, P.U.A.M., 2005, p. 31

¹⁶¹⁹ Propositions de l'Assurance Maladie sur les charges et produits pour l'année 2010, conseil CNAMTS du 8 juillet 2010, p. 50, non publié

¹⁶²⁰ IGAS, *Rapport annuel 2009, L'hébergement et l'accès au logement, La modernisation des organismes de sécurité sociale*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010, p. 100

¹⁶²¹ BRAS P.-L., RICORDEAU P., ROUSSILLE B., SAINTOYANT V., *L'information des médecins généralistes sur le médicament*, Rapport n° RM 2007-136P Septembre 2007, p. 34

¹⁶²² MAHYAOUI Y., *Année 2008-2009 Portage des réformes par les Délégués de l'Assurance Maladie : mécanisme de surveillance versus mécanisme incitatif au sens moral*, Université Amiens Jules Vernes, Laboratoire CRESAIL, p. 3

¹⁶²³ Refondation de la médecine de ville Mais qu'attend t'on, Fédération Nationale des Infirmiers ? *Position Paper – Mai 2010*, www.fni.fr

développé deux axes d'amélioration qui sont la dématérialisation des supports papiers pour les échanges d'informations et la modernisation des systèmes d'information¹⁶²⁴.

La dématérialisation concerne en premier lieu les procédures internes des organismes avec notamment le développement de la gestion électronique des documents tels que la dématérialisation de la liquidation des prestations¹⁶²⁵ comme le traitement des feuilles de soins¹⁶²⁶.

Elle s'applique également aux échanges d'information entre les organismes et leurs partenaires privés ou institutionnels.

On peut prendre comme exemple les outils mis à disposition des médecins prescripteurs par l'assurance maladie tels que l'Espace pro¹⁶²⁷. Ce service peut à la fois mettre à leur disposition des bases d'information sur la réglementation mais il propose aussi des outils de remplissage en ligne d'imprimés d'avis d'arrêt de travail¹⁶²⁸.

§ 3 Les outils au service de sa mission

La mission de gestion du risque bénéficie de la mise à disposition des organismes de protection sociale d'outils nationaux éprouvés.

1 La mise en place d'un dispositif clé

La réforme, dans ce cadre, s'articule autour de trois axes principaux :

- Le parcours de soins coordonnés avec le médecin traitant choisi par chaque assuré de seize ans et plus pour être soigné, suivi et orienté dans le système de soins ;
- Le dossier médical personnel qui contiendra des informations sur la santé et devra être constitué et mis à jour par le médecin choisi par l'assuré. Ce dossier devra être informatisé, dans le strict respect du secret professionnel ;
- La nouvelle carte Vitale, porteuse d'une photographie d'identité permettant la vérification de l'identité de l'assuré.

2 L'obligation de communication et le code de la sécurité sociale

Le code de la sécurité sociale prévoit, dans « *l'intérêt de la santé publique* » et « *la nécessité de contribuer à la maîtrise des dépenses d'assurance maladie* », une

¹⁶²⁴ IGAS, *Rapport annuel 2009, L'hébergement et l'accès au logement, La modernisation des organismes de sécurité sociale*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010, p. 116

¹⁶²⁵ MAUGÛE C., « L'illégalité partielle d'une convention et ses conséquences sur l'arrêté qui l'approuve », Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, RFDA 1999 p. 1190, l'obligation de transmission des feuilles de soins électroniques n'est pas contraire au secret médical

¹⁶²⁶ IGAS, *Rapport annuel 2009, L'hébergement et l'accès au logement, La modernisation des organismes de sécurité sociale*, Direction de l'information légale et administrative, Paris, 2010, pp. 120-121

¹⁶²⁷ Voir sur la justification légale et réglementaire de cet outil, art. L. 162-4-1 1^{er} al., L. 162-4-4, L. 315-2, L. 321-1-5, L. 323-6, R. 321-2, R. 323-11-1, D. 323-2, L. 376-1, D. 615-23 et D. 615-42 du code de la sécurité sociale

¹⁶²⁸ Lettre-Réseau LR-DDO-178/2009, 10/11/2009, Dispositif d'Avis d'Arrêt de Travail (AAT) dématérialisé, 14 p., non diffusée

communication obligatoire de la part des professionnels et des établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie à des assurés sociaux ou leurs ayants droit aux organismes d'assurance maladie concernés des numéros de code des actes effectués, des prestations servies et des pathologies diagnostiquées.¹⁶²⁹

3 L'accès du médecin traitant à l'information

Il a toujours été utile, voire nécessaire pour un médecin traitant d'obtenir des informations sur les conditions médicales de prise en charge d'un patient qu'il peut notamment recevoir en urgence ou pour la première fois¹⁶³⁰. C'est fréquemment le cas lorsqu'il y a eu reconnaissance d'une exonération du ticket modérateur. En effet, s'il apparaît dans la carte vitale et sur le justificatif « papier » de cette carte la notion d'exonération, il ne peut y avoir, du fait de la possibilité d'accès direct pour tous à ces supports qui ne sont pas codés, indication de la ou des pathologies exonérantes. L'assuré, sensé être en possession en permanence d'une version papier du protocole de soins, le support « tripliqué » comportant depuis 2004 un feuillet qui lui est destiné, ne le présente pas le plus souvent.

Or le praticien doit en théorie, lorsqu'il prescrit sur une ordonnance bizona un traitement en lien avec l'affection de longue durée (A.L.D.), s'engager sur sa connaissance de la pathologie concernée.

L'assurance maladie a, pour pallier cette difficulté, mis en place un service disponible sur Internet permettant la gestion des demandes d'exonération du ticket modérateur par Internet dans un serveur sécurisé, notamment la création, la consultation du Protocole de Soins Electronique P.S.E. permettant au médecin traitant de connaître les motifs des exonérations pour tout patient le consultant et la proche possibilité de dématérialisation totale des protocoles de soins.

Cet outil, nommé « *A.L.D. en ligne* »¹⁶³¹ permet à un médecin d'accéder au libellé de l'ALD de son patient, les données étant issues d'une base résultat d'une extraction périodique des informations détenues par le service médical dans son outil de travail informatique nommé Hippocrate.

La confidentialité de cette transmission s'entoure de précautions techniques pour garantir la confidentialité des données et vérifier les habilitations des utilisateurs.

Tout d'abord, ces données ne sont accessibles qu'en présence d'une carte professionnel de santé (C.P.S.) médecin et de la carte Vitale du patient. Il y a donc présomption d'un accord de l'assuré puisqu'il doit présenter sa carte d'assuré social. La carte C.P.S. permet de vérifier la compétence de professionnel de santé du demandeur et son habilitation, ainsi que de conserver la trace de sa demande. Au-delà de ces dispositions la Cnil recommande que les médecins préviennent leurs patients des possibilités d'accès à leurs données et de l'utilisation qui peut en être faite.

¹⁶²⁹ Art. L. 161–29 du code de la sécurité sociale

¹⁶³⁰ STAMM E., « La confidentialité des transmissions et le service médical de l'Assurance Maladie », médecin conseil chef de service, service du contrôle médical DRSM Rhône-Alpes, doctorant en droit IFROSS Lyon, L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Nancy, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé

¹⁶³¹ LETTRE-RÉSEAU LR-DDGOS-15/2010, 02/03/2010, Ouverture du service Ald en ligne - Votre espace pro, p. 6, Non diffusé

Il a été mis en place une sécurité complémentaire concernant certains dossiers «confidentiels» qui ne sont pas disponibles à la visualisation. C'est le cas des dossiers des salariés de l'assurance maladie. C'est aussi le cas des demandes liées aux sévices sexuels sur les mineurs.

La sécurité des outils présentés ci-dessus s'appuie sur les conditions de la loi du 6 janvier 1978 modifiée relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés qui garantit notamment un droit d'accès et de rectification pour les données concernant l'assuré. Les informations saisies sont stockées dans un espace dédié qui garantit le respect du secret médical.

Un contrôle strict des habilitations limite l'accès aux informations médicales. Ainsi, en ce qui concerne les personnels de l'Assurance Maladie, seuls les personnels des échelons du service médical ont accès aux données disponibles, celles ci provenant de la base Hippocrate qu'ils gèrent.

Ce service s'ajoute à la consultation du Protocole de Soins Electronique permettant au médecin traitant de gérer ses demandes d'exonération du ticket modérateur par Internet dans un serveur sécurisé et à la proche possibilité de numérisation des protocoles de soins papier par l'Assurance Maladie.

Sous section 3 Secret professionnel et contrôle

Les actions de contrôle relevant des missions des praticiens conseils sont associées à des obligations des divers intervenants.

§ 1 Les obligations du médecin traitant

Les médecins traitants sont dans l'obligation de transmettre des données personnelles de santé utilisées par les praticiens conseils dans leurs missions de contrôle.

1 La rédaction de certificats

Le médecin traitant peut être relevé du secret, notamment en délivrant un certificat au patient dont le destinataire final sera l'organisme de protection sociale. « *Cette obligation (de respecter le secret professionnel) n'interdit pas d'avantage au médecin, lorsqu'il en est spécialement requis par son client, de délivrer à celui-ci des certificats, attestations et documents (...) notamment celles des formules spéciales établies par les services de sécurité sociale.* »¹⁶³²

Parfois la délivrance de ces documents est même rendue obligatoire par la réglementation. Un médecin a ainsi été sanctionné par la juridiction disciplinaire pour faute professionnelle après avoir refusé de « *délivrer, à ses clientes qui le lui avaient demandé, un certificat.* »¹⁶³³

¹⁶³² C.E. 12 avr. 57, conclusions Gazier, D., 57, p. 336

¹⁶³³ C.E. 12 avr. 57, conclusions Gazier, D., 57, p. 336

Il est admis par la jurisprudence que pour assurer sa propre défense devant les tribunaux le médecin peut déroger au secret professionnel, mais la divulgation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire.

Mais nous ne sommes pas systématiquement là dans une obligation liée à une dérogation légale telle que vue précédemment.

2 L'obligation de formalités administratives

En complément du droit pour le praticien conseil d'accéder de façon limitée aux informations de santé, on trouve dans la loi des dispositions plus contraignantes visant à une obligation de communication par des professionnels de santé à destination de l'Assurance Maladie.

Ainsi l'article L. 314-1 du code de la sécurité sociale impose au professionnel de santé de mentionner, sur les documents destinés au service du contrôle médical, les éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail ou précisant le motif du déplacement et justifiant le mode de transport prescrit¹⁶³⁴ ou les éléments justifiant la réalisation d'actes dans les cas d'entente préalable.

La réglementation des accidents du travail ou des maladies professionnelles à la particularité de prévoir une communication obligatoire d'informations, diagnostic dans les certificats médicaux de déclaration, de prolongation, de guérison ou de consolidation comportant les atteintes séquellaires estimées.

§ 2 La justification du contrôle

La maîtrise médicalisée est une maîtrise destinée à agir tant sur le médecin, ordonnateur de fait des dépenses de santé¹⁶³⁵ que sur l'assuré en contrôlant la justification des prises en charge.

C'est la justification de la mission de contrôle effectuée par les praticiens conseils et cette mission porte sur de nombreuses demandes. Pour exemple en 2004, le service du contrôle médical a dû donner un avis pour plus d'un million de demandes d'exonération du ticket modérateur au titre d'une affection de longue durée, 100 000 demandes de pensions d'invalidité et 7,2 millions de demandes d'entente préalable pour certains soins, notamment actes de kinésithérapie ou transports sanitaires. Le contrôle de la tarification et/ou de la qualité des soins dispensés aux assurés sociaux a porté sur 11 500 professionnels de santé et plus de 16 000 structures de soins, un contrôle des arrêts de travail ayant concerné plus de 500 000 assurés.¹⁶³⁶

Ces contrôles nécessitent parfois l'examen du patient et souvent, un échange d'information avec le professionnel de santé concerné. Les limites de cette information sont

¹⁶³⁴ Art. L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale

¹⁶³⁵ LOISEAU P., « La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France », Centre de droit de la santé, collection de droit de la santé, P.U.A.M., 2005, p. 31

¹⁶³⁶ Cnamts - Rapport d'activité 2007, 53 p.

définies par l'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale qui précise que « *Les praticiens conseils du service du contrôle médical et les personnes placées sous leur autorité n'ont accès aux données de santé à caractère personnel que si elles sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret.* »

Bien avant la loi, le conseil de l'Ordre des médecins avait admis dès 1947 le « *secret des soignants* » entre médecin conseil et médecin traitant dans le cadre d'une médecine sociale en invoquant l'intérêt des assurés sociaux de bénéficier des prestations auxquelles ils pouvaient prétendre¹⁶³⁷. Par la suite, il y a eu évolution de la déontologie dans sa version du 6 septembre 1995 vers une présomption d'accord tacite du malade, la communication étant possible, sauf opposition.¹⁶³⁸

Dans une démarche de maîtrise médicalisée, les procédures d'entente préalable¹⁶³⁹, d'accord préalable¹⁶⁴⁰ ou d'autorisation préalable¹⁶⁴¹ pour certaines prestations programmées dans un pays de l'Union européenne et de la Suisse, permettent aux praticiens conseils des caisses d'effectuer le contrôle a priori d'actes ou de prestations définis dans des nomenclatures d'actes ou des prestations.¹⁶⁴² Ils peuvent juger de l'opportunité médicale d'un acte ou d'une prestation pour une demande concernant un assuré social déterminé¹⁶⁴³.

On retrouve dans un même esprit de maîtrise médicalisée, bien que relevant plutôt d'une démarche d'accompagnement des activités de prescription de certains professionnels de

¹⁶³⁷ STAMM E., « La confidentialité des transmissions et le service médical de l'Assurance Maladie », médecin conseil chef de service, service du contrôle médical DRSM Rhône-Alpes, doctorant en droit IFROSS Lyon, L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Nancy, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé

¹⁶³⁸ Art. R. 4127-50 du code de la santé publique « (...) *A cette fin, il est autorisé, sauf opposition du patient, à communiquer au médecin-conseil nommé désigné de l'organisme de sécurité sociale dont il dépend ou à un autre médecin relevant d'un organisme public décidant de l'attribution d'avantages sociaux, les renseignements médicaux strictement indispensables.* »

¹⁶³⁹ Voir décret n° 2001-532, 20 juin 2001, JO 22 juin 2001 pour la notion de délai de réponse. Les actes ou traitements concernant notamment sont ceux ne figurant pas à la nomenclature générale des actes professionnels et cotés par assimilation ; ceux dont le coefficient indiqué par la nomenclature générale des actes professionnels est associé à une lettre E comme les actes des masseurs-kinésithérapeutes, orthophonistes, orthoptistes ; les actes réalisés en série sur prescription médicale, lorsque le nombre d'actes dépasse un seuil fixé (art. L. 162-1-7 Css) ; les soins d'orthodontie ; la fourniture d'appareils de prothèse et d'orthopédie ; les transports à longue distance ou en série, par avion ou bateau

¹⁶⁴⁰ Art. L. 315-2 du code de la sécurité sociale « (...) *Le bénéfice de certaines prestations mentionnées au I de l'article L. 315-1 peut être subordonné à l'accord préalable du service du contrôle médical. Cet accord préalable peut être exigé pour les prestations dont : la nécessité doit être appréciée au regard d'indications déterminées ou de conditions particulières d'ordre médical ; la justification, du fait de leur caractère innovant ou des risques encourus par le bénéficiaire, doit être préalablement vérifiée eu égard notamment à l'état du bénéficiaire et aux alternatives thérapeutiques possibles ; le caractère particulièrement coûteux (...).* »

¹⁶⁴¹ L'utilisation de dénominations différentes semble être liée principalement à la rédaction successive d'articles du code de la sécurité sociale sans qu'il puisse être constaté de différence notable dans leurs fondements juridiques

¹⁶⁴² Classification commune des actes médicaux, Nomenclature générale des actes professionnels, Nomenclature des actes de biologie médicale, Liste des Produits et Prestations prévues au remboursement

¹⁶⁴³ Référentiel concernant l'entente préalable ou accord préalable ou autorisation préalable pour la prise en charge de prestations par l'Assurance Maladie, Publication CNAMTS, DDGOS/DREGL, novembre 2010, 15 p. non publié

santé, la mesure administrative de mise sous procédure d'accord préalable des médecins prévue à l'article L. 162-1-15 du code de la sécurité sociale.

C'est aussi le cas de la mise sous procédure d'accord préalable des établissements de santé prévue à l'article L. 162-1-17 du code de la sécurité sociale. Le praticien qui souhaite dispenser un acte ou une prestation doit lorsque la démarche est prévue réglementairement, préalablement à son exécution remettre au malade un formulaire « *d'entente préalable* » complété et signé à adresser au service du contrôle médical placé auprès de sa caisse d'assurance maladie. Ce formulaire doit comporter sur un volet destiné spécifiquement au service médical, l'indication des éléments médicaux justifiant les soins. Cette information sera conservée par ce service sans communication aux services de la caisse concernée.

Section 3 La possibilité de communication d'informations personnelles aux organismes de protection complémentaire

Nous avons déjà évoqué les demandes régulières émanant des organismes de protection complémentaire et destinées à accéder aux données de santé des assurés dont ils prennent en charge des prestations.

La question de la justification d'un éventuel droit à transmission de données personnelles de santé à leur attention doit être évoquée.

Sous section 1 Les justifications juridiques de la communication aux organismes de protection complémentaire

Les règles juridiques applicables correspondent au droit au respect à la vie privée, qui est, d'une part constitutionnellement protégé et, d'autre part, garanti par la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.

Suivant le schéma de réflexion de Christian Babusiaux, notre analyse portera, après étude de l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme par la Cour européenne des droits de l'Homme sur celle de la position du Conseil constitutionnel. Dans un arrêt du 27 août 1997 la Cour européenne a rappelé que « *la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention* ». « *Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général* ». ¹⁶⁴⁴

¹⁶⁴⁴ C.E.D.H.27 août 1997, n° 74/1996/683/885, *M.S. c. Suède*

Après avoir admis la possibilité théorique d'une communication d'information, il doit être envisagé les solutions techniques permettant cette communication.

§ 1 Le droit à la communication

Il résulte de ce qui précède que dans un domaine où le droit à la protection de la santé peut être mis en avant afin de limiter le droit déjà évoqué du respect de la vie privée, une loi serait nécessaire afin de permettre la validation par le Conseil constitutionnel d'un projet permettant une communication d'informations personnelles aux organismes de protection complémentaires.

Cette possibilité ne saurait exister que si elle respecte un certain nombre d'obligations constitutionnelles. En effet, à l'heure actuelle, il est à signaler que ce principe constitutionnel d'exigence d'équilibre financier de la Sécurité sociale cité ci avant ne peut actuellement pas être retenu pour les demandes d'accès des assureurs complémentaires aux données nominatives de santé. Les assureurs complémentaires ne contribuent légalement pas à la gestion du risque réservé aux régimes obligatoires de protection sociale. On constate que de nombreuses demandes émanant de leur part porte sur une telle reconnaissance. En effet, certains organismes tels que les structures mutualistes se sont déjà vus reconnaître de telles compétences.

§ 2 Le principe d'égalité

C'est le cas du principe d'égalité souvent évoqué par l'intermédiaire de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et de l'alinéa 11 du Préambule de 1946¹⁶⁴⁵. Le conseil précise que « *le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec la loi* »¹⁶⁴⁶, sous condition que ces dispositions soient prises sous le contrôle du juge de la légalité.¹⁶⁴⁷

*« Les décisions rendues considèrent soit que les différences de traitement sont acceptables dès lors qu'elles sont liées aux caractéristiques propres de la situation objectivement définie, soit que les dispositions qui tiennent compte des spécificités des situations constituent un moyen d'en assurer la mise en œuvre. »*¹⁶⁴⁸

Le principe d'égalité n'est pas mis en cause lorsque les différences de traitement sont dues aux différences de situations.

C'est le cas de l'avance des frais d'hospitalisation dans les établissements de soins privés ayant passé une convention de tiers payant avec les organismes de protection sociale, peut

¹⁶⁴⁵ « *la Nation garantit à tous (...) la protection de la santé* »

¹⁶⁴⁶ Cons. Const. n° 78-101 DC du 17 janvier 1979 « loi relative aux conseils de prud'hommes » ; n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole

¹⁶⁴⁷ Cons. Const. n° 96-387 DC du 21 janvier 1997 précitée

¹⁶⁴⁸ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 24

modifier la part laissée à la charge de l'assuré¹⁶⁴⁹ ou lorsqu'il existe une différence d'attribution de l'allocation aux adultes handicapés selon la gravité de la dépendance¹⁶⁵⁰.

On peut aussi citer le cas lorsque les relations entre assurance maladie et syndicats de professionnels de santé¹⁶⁵¹ nécessitent la reconnaissance légale du pouvoir de proposition confié aux partenaires sociaux, Caisses nationales d'assurance maladie et syndicats représentatifs et une validation par arrêté interministériel.

C'est enfin le cas de la création de la Couverture Maladie Universelle Complémentaire (C.M.U.C.), où il y a à la fois définition des conditions de prise en charge des prestations par l'Etat et organisation d'un financement collectif confié à l'Assurance Maladie.

Cette possibilité ne saurait exister que si elle respecte un certain nombre d'obligations constitutionnelles.

§ 3 Le respect du droit de la personne

La communication ne peut être justifiée que si elle est encadrée par la loi. Elle varie selon l'importance des demandes effectuées.

1 La profondeur de la communication

Les demandes portent en « *profondeur* » sur la communication d'information, c'est à dire sur leur contenu précis.

Elles peuvent concerner uniquement les prestations prises en compte contractuellement par l'assureur avec exclusion des dépenses ne relevant pas de sa « *compétence* » contractuelle. On peut prendre comme exemple les dépenses pour des pathologies exonérées du ticket modérateur et prises en charge à 100 % du tarif de remboursement prévu pour les régimes obligatoires.

La justification de cette communication restreinte est évidente dans le cadre conventionnel, mais elle se heurte à plusieurs difficultés. En effet, cela nécessiterait avant toute transmission d'information par les régimes de protection obligatoire une analyse de son fondement contractuel et de son contenu, ce qui est techniquement impossible. De plus, il peut exister dans les termes du contrat une prise en charge dépassant le tarif dit « *opposable* », ce qui autorise les assureurs complémentaires à accéder à l'information.

Un dernier point à souligner est que la limitation des informations excluant tout élément extra contractuel serait un obstacle à la bonne gestion du risque et à une éventuelle évolution de la couverture contractuelle préjudiciable à l'assuré.

¹⁶⁴⁹ Cons. Const. n° 91-296 DC du 29 juillet 1991 précitée, « *la situation des assurés peut varier en fonction du régime d'assurance maladie obligatoire dont ils relèvent ; que les différences de traitement qui en résultent pour les intéressés, quant à la part des dépenses de santé susceptible de rester à leur charge, sont la conséquence de cette différence de situation* »

¹⁶⁵⁰ Cons. Const. n° 93-330 DC du 29 décembre 1993

¹⁶⁵¹ Cons. Const. n° 89-269 DC du 22 janvier 1990, à propos de la loi portant diverses dispositions relatives à la sécurité sociale et à la santé

2 Le champ de la communication

Des demandes portant à l'opposé sur un « champ » très large dépassant les stipulations des contrats sont de justification moins évidente.

Au plan technique, il est plus aisé, dans le cadre de réseaux et de structures informatiques suffisamment dimensionnées, de transmettre la totalité des informations recueillies. L'assureur complémentaire peut ainsi mettre en place une politique de « *gestion du risque* ».

Il persiste néanmoins une difficulté qui est celle de la communication, hors de la justification contractuelle connue par l'assuré, d'informations générales sur sa consommation des soins donc sur son état de santé.

Dans la situation actuelle, et avant connaissance des conditions exactes d'application de l'accord récent sur l'accès aux données détenues par les régimes de protection obligatoires, les demandes portent classiquement sur la communication des données relevant des nomenclatures professionnelles comme la classification commune des actes médicaux, la nomenclature générale des actes professionnels et de biologie, la liste des produits et prestations remboursables (anciennement tarif interministériel des produits de santé), les codes C.I.P. désignant les produits et spécialités pharmaceutiques. Ces demandes sont établies dans le cadre strict du remboursement des prestations.

Certaines demandes portent sur des données médicales émanant d'assureurs qui ne possèdent pas dans leurs organigrammes de services médicaux comprenant des professionnels de santé.

3 Le volume de la communication

Les difficultés peuvent aussi porter sur le volume des personnes concernées par la transmission d'informations qui leur sont personnelles.

Les demandes peuvent concerner l'ensemble d'une population, les données statistiques rendues anonymes portant sur la consommation de cet ensemble. Elles peuvent aussi concerner de données détaillées et nominatives permettant le contrôle des prestations.

La question qui doit être alors évoquée est celle de savoir s'il est possible d'envisager la reconnaissance par la loi d'une nouvelle place dédiée aux organismes de protection complémentaires au sein du système de protection sociale français.

En effet, parmi les tenants d'une ouverture de la prise en charge de la protection sociale aux organismes privés il est très fréquemment cité une décision du Conseil de l'Europe de 1992 visant à une disparition du monopole de la sécurité sociale nationale¹⁶⁵².

¹⁶⁵² TOMASOVICH G., « Le monopole de la sécu attaqué devant la justice », mercredi 30 juin 2010, Le Parisien p. 12

Chapitre 2 La place des organismes de protection sociale dans une prédominance du pouvoir de la société

L'analyse des possibilités de transmission des données personnelles de santé sur le fondement d'une prédominance de la société sur l'individu dans un contexte économique doit nous amener à présenter les différents régimes de protection sociale de santé.

En effet, les fondements des interventions de ces régimes et la définition des différents « leviers à activer » pour permettre cette transmission dépendent de leurs structures et de leurs régimes juridiques.

Section 1 La place des régimes obligatoires d'assurance maladie

Nous débuterons notre présentation par les régimes obligatoires dont nous connaissons mieux les caractéristiques grâce à notre fonction de médecin conseil du service médical du régime général de l'assurance maladie.

Sous section 1 Les relations entre Assurance maladie et professions de santé

Les relations entre l'assurance maladie et les professionnels de santé sont organisées dans le cadre de conventions nationales conclues entre les organismes nationaux des grands régimes d'assurance maladie regroupés au sein de l'Union nationale des caisses d'Assurance Maladie et les organisations nationales représentatives des professions de santé¹⁶⁵³.

La loi du 6 mars 2002¹⁶⁵⁴ modifiée par la loi du 13 août 2004¹⁶⁵⁵ organise désormais le système conventionnel autour de trois types de contractualisation ; un accord cadre interprofessionnel applicable à l'ensemble des professions de santé¹⁶⁵⁶, des conventions professionnelles de façon séparée avec les différentes professions de santé et des engagements individuels facultatifs, contrats de bonne pratique, et contrats de santé publique.¹⁶⁵⁷

§ 1 La régulation tarifaire

Outre un volet tarifaire classique fixant les tarifs de soins et de prestations permettant une cohérence entre les tarifs pratiqués par les praticiens et les remboursements réalisés par les organismes sociaux, les conventions comportent un volet régulation.¹⁶⁵⁸

Les outils de gestion sont les suivants.

¹⁶⁵³ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

¹⁶⁵⁴ Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002

¹⁶⁵⁵ Loi n° 2004-810 du 13 août 2004

¹⁶⁵⁶ Art. L. 162-1-13 du code de la sécurité sociale

¹⁶⁵⁷ Art. L. 162-5 du code de la sécurité sociale

¹⁶⁵⁸ Art. L. 162-5 du code de la sécurité sociale

1 Un double système de gestion

Il coexiste actuellement deux systèmes de gestion qui concernent respectivement le secteur dit ambulatoire et l'hospitalisation privée, sous le pilotage de l'assurance maladie, et celui de l'hospitalisation publique, sous le pilotage de la Direction de l'Hospitalisation et de l'Organisation des Soins (D.H.O.S.) et de son opérateur maître d'œuvre, l'Agence technique de l'information sur l'hospitalisation (A.T.I.H.).¹⁶⁵⁹

Les données nominatives du système national d'information inter régimes de l'assurance maladie sont issues du processus de « liquidation » des prestations par les caisses d'assurance maladie à partir des feuilles de soins émises par les professionnels de santé libéraux, et des bordereaux de facturation produits par les cliniques privées. Elles sont rendues anonymes pour utilisation des données statistiques.

Les résumés de séjours hospitaliers et autres données anonymes par patient produites par les établissements de santé, pour l'essentiel dans le cadre du programme de médicalisation du système d'information (P.M.S.I.).

2 Les nomenclatures de l'Assurance Maladie

Initialement, le codage des actes professionnels relevait de la Nomenclature Générale des Actes Professionnels (N.G.A.P.) qui permettait une déclaration grâce à l'association de lettres-clés correspondant aux différentes professions et à un chiffre variable en fonction de la difficulté technique¹⁶⁶⁰.

Depuis l'année 2005, pour une plus grande transparence d'information sur les actes réalisés et afin de permettre un contrôle plus aisé par les organismes de protection sociale, une nouvelle nomenclature dite classification commune des actes médicaux (C.C.A.M.) a été mise en œuvre¹⁶⁶¹ malgré l'opposition du Conseil de l'Ordre des médecins¹⁶⁶². L'Ordre, même s'il reconnaît que la charge de gestion et la défense du système de solidarité nationale nécessitent un accès à ces informations, s'y oppose du fait du caractère absolu du secret médical.

Classée par grands appareils du corps humain et divisée en 18 chapitres, cette nomenclature donne un libellé et un code à chaque acte technique, et recense actuellement plus de 7 000 actes techniques différents. Elle concerne les actes dits « techniques » pour certaines professions, ce qui exclut les actes diagnostics isolés et les actes réalisés par les autres

¹⁶⁵⁹ Refonder la gouvernance de la politique d'informatisation du système de santé. Douze propositions pour renforcer la cohérence et l'efficacité de l'action publique dans le domaine des systèmes d'information de santé. Rapport à madame Roselyne Bachelot-Narquin, ministre de la Santé et des Sports présenté par Michel GAGNEUX, inspecteur général des affaires sociales, président du Groupement d'intérêt public DMP. 3 mai 2009, 38 p.

¹⁶⁶⁰ De nombreux actes continuent à relever de cette NGAP tels que les actes des anatomo-cytopathologistes, de chimiothérapie anti-cancéreuse, actes communs aux médecins et auxiliaires médicaux, etc. Les deux classifications coexistent actuellement, dans l'attente de la rédaction de la C.C.A.M. dite clinique

¹⁶⁶¹ HUE B., « Le secret médical n'est plus ... », La cotation des actes rend elle obsolète la notion du secret médical ? » Vendredi 10 février 2006

¹⁶⁶² GLORION B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, *Les Jeudis de l'Ordre des médecins*, p. 8

professionnels comme les infirmiers et les masseurs kinésithérapeutes pour lesquels persiste l'ancienne nomenclature.

Ce système de codification permet au professionnel de santé de respecter le secret professionnel tout en faisant connaître aux caisses la valeur de l'acte médical accompli sans le désigner expressément puisque le même code peut s'appliquer à un grand nombre d'actes médicaux différents.¹⁶⁶³

L'Ordre des médecins a signifié depuis 1993 son opposition au codage des actes et des pathologies, tenant compte du caractère absolu du secret médical, tout en reconnaissant que ceux qui ont la charge de gérer et défendre le système de solidarité nationale ont besoin de ces informations.¹⁶⁶⁴

Dans ce sens on doit signaler que la loi du 4 janvier 1993 relative aux relations entre professionnels de santé et l'assurance maladie, rendait obligatoire le principe du codage des actes et prestations et des pathologies. Elle différenciait le code des pathologies que seuls les praticiens conseils et le personnel sous leur autorité pouvaient détenir et le code des actes et des prestations servies aux assurés que le personnel administratif des caisses pouvait connaître. Le législateur suivait en cela la C.N.I.L.¹⁶⁶⁵ qui avait donné un avis favorable sous condition de recueil de l'avis des personnes concernées par la mise en place de ce codage, au premier rang desquelles figurait le corps médical, et de la mise en place d'une transmission préservée.

Toutefois, l'ordonnance du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée, dite loi Juppé, est revenue sur ce texte en insérant dans le code de la sécurité sociale une obligation de communication par les médecins du code de la pathologie diagnostiquée.

Néanmoins, il ne doit pas y avoir confusion entre les problèmes liés au codage des actes et ceux liés au codage des pathologies¹⁶⁶⁶. Si le codage des pathologies relève de la compétence de gestion de professionnels de santé, en ce qui concerne le codage des actes destinés à faciliter la collecte et le remboursement des prestations, les personnels des organismes de protection sociale sont liés par le secret professionnel. Le codage des actes ne porte pas atteinte de lui-même au secret, les actes pratiqués délivrant de fait des informations déjà transmises avant le codage par l'intermédiaire de la N.G.A.P.

§ 2 La gestion des dossiers et les risques pour la protection des données

Les possibilités de protection des données au cours de l'activité des services de l'assurance maladie sont variables selon le mode de leur gestion.

¹⁶⁶³ Cette variété importante des actes pour le même code est en régression depuis la mise en œuvre de la CCAM

¹⁶⁶⁴ GLORION B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 8

¹⁶⁶⁵ Avis C.N.I.L., délibération du 21 mars 95

¹⁶⁶⁶ EVIN C., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 9

1 La gestion manuelle des dossiers

Initialement, la gestion manuelle du support papier traité par un salarié de l'assurance maladie permettait l'intégration dans les bases informatiques de remboursement des données codées pour un assuré social identifié d'un acte dont le contenu exact était inconnu, acte réalisé par un professionnel de santé identifié. Le support était ensuite archivé pendant un temps déterminé par la réglementation en vigueur comme preuve du remboursement ou pour permettre un recours ultérieur. Par exemple, en risque accident du travail ou maladie professionnelle la durée de validité d'un dossier peut toujours dépasser le décès de l'assuré s'il s'agit de permettre aux ayants droit survivants de bénéficier d'une prestation. Cet archivage, s'il était sécurisé limitait alors le risque de consultation ultérieure du support.

Malgré l'obligation de respect du secret professionnel de cet agent, il existait un risque d'indiscrétion au stade de manipulation initiale lors de la saisie des données.

Initialement, le remboursement s'effectuait sur saisie après lecture directe de la prescription et vérification de la conformité entre prescription et délivrance d'un agent « *liquidateur de prestation* »¹⁶⁶⁷.

Il existait un risque du fait de la transparence quasi totale de l'ordonnance médicale.

C'est toujours le cas lors de la réalisation d'actes de soins ou de la délivrance de médicaments ou de produits de santé qui nécessitent une prescription médicale. La prescription, quel que soit son support, est rédigée en termes clairs ce qui permet à tout lecteur suffisamment informé de connaître le ou les produits de santé prescrits et donc d'en déduire la ou les pathologies concernées.

2 La télétransmission

Actuellement, le développement de la télétransmission sans saisie intermédiaire par un salarié de l'assurance maladie a réduit considérablement ce risque qui est remplacé par la possibilité d'interrogation des bases de données déjà signalée ci-dessus avec risque de violation du secret professionnel.

Ce risque persiste dans un certain nombre de situations comme lorsque le professionnel de santé ne pratique pas la télétransmission ou lorsque la C.C.A.M. ne s'applique pas. C'est le cas pour les actes médicaux non « *techniques* », les actes des professionnels de santé non concernés par la C.C.A.M. comme, partiellement, les chirurgiens dentistes ou, totalement, les masseurs kinésithérapeutes ou les orthophonistes.

La nouvelle nomenclature est beaucoup plus précise. Elle permet, même en absence d'information clairement lisible sur l'acte fournie par le professionnel de santé de déterminer non seulement les soins réalisés mais aussi parfois la pathologie qui a amené sa réalisation. Un acte, même complexe, peut être identifié par codage¹⁶⁶⁸ du fait de la précision des

¹⁶⁶⁷ C'est à dire en rendant liquide une créance sur une prestation déjà réalisée

¹⁶⁶⁸ Le codage concerne ainsi le type précis d'intervention, la surface de la zone traitée ou la complexité de l'acte, l'association d'actes et à l'association multiple de lettres et de chiffres

libellés¹⁶⁶⁹ Par exemple, certains actes d'ablation de tumeur ou de reconstruction physique ne sont pas cotés de façon identique s'ils sont purement à visée esthétique ou en lien avec un traumatisme, une pathologie tumorale bénigne ou maligne.

Le risque pourrait être qu'une tierce personne, grâce à ce code et sans l'accord du patient, puisse obtenir l'ensemble de ces informations, l'accès à la méthodologie de codage ainsi que les bases de ce codage étant en libre accès sur Internet.

En fait, il y a ici un risque lié à une utilisation anormale des outils. La sanction de violation du secret est alors prévue non seulement par l'article 226-13 du code pénal mais aussi par les dispositions prévues pour la violation du secret des données informatiques. Le risque principal vient de la possibilité d'utilisation des outils pour un but non conforme à leur mise en place initiale.

La télétransmission des données est actuellement très majoritairement le mode de communication des données. Elle ne nécessite plus de manipulation manuelle, le traitement étant automatisé, mais elle déplace le risque vers une mise à disposition directe et rapide, par interrogation des bases de remboursement, d'une information précise. Les mêmes sanctions de violation du secret sont possibles, de nombreuses obligations de déclaration étant édictées. Ces déclarations sont faites soit directement à la Commission Nationale Informatique et Liberté, soit à un Correspondant Informatique et Liberté désigné dans chaque organisme. Elle le sont avant tout traitement, le respect des procédures prévues dans le cadre de la démarche qualité étant contrôlé dans le cadre de la certification nationale A.F.A.Q. pour l'ensemble des organismes du régime général de l'Assurance Maladie.

3 Les risques dans la gestion des dossiers

La réforme de la nomenclature n'est pas le seul risque qui est souvent déclaré par les intervenants de santé comme pesant sur le secret. Ainsi, l'article L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale précise que :

« Les médecins sont tenus de mentionner sur les documents produits en application de l'article L. 161-33 et destinés au service du contrôle médical :

1° Lorsqu'ils établissent une prescription d'arrêt de travail donnant lieu à l'octroi de l'indemnité mentionnée au 5° de l'article L. 321-1, les éléments d'ordre médical justifiant l'interruption de travail

2° Lorsqu'ils établissent une prescription de transport en vue d'un remboursement, les éléments d'ordre médical précisant le motif du déplacement et justifiant le mode de transport prescrit. (...) »

Selon certains sauteurs, un manque de sensibilisation des personnels ayant connaissance des dossiers médicaux ou des codes C.C.A.M. tels que secrétariat médical, personnels administratifs, personnel des assurances complémentaire santé amènerait à un risque de manquement au secret. L'utilisation du téléphone, du fax et maintenant de l'Internet, ne permettant pas toujours d'identifier de façon formelle la personne à qui l'on s'adresse, représente une source de risque non négligeable. La confusion qui est parfois faite par certains intervenants entre secret professionnel et secret médical peut être source d'erreur.

¹⁶⁶⁹ Le résultat final aboutit à un code constitué d'une succession de quatre lettres et de trois chiffres, l'association de plusieurs codes étant possible afin de permettre une description fine des pratiques

Le service du contrôle médical de la C.N.A.M.T.S., est destinataire, conformément aux préconisations du Conseil national de l'Ordre des médecins, de tous les documents comportant des données médicales nominatives, couvertes par le secret médical.

Le Conseil d'Etat, dans son rapport public de 1998, confirmant une décision du 27 mars 1996, rappelle que seuls les praticiens conseils et le personnel placé sous leur autorité sont susceptibles d'accéder aux informations nominatives.¹⁶⁷⁰

La C.N.A.M.T.S. met en œuvre une démarche d'organisation des opérations liées au traitement et à la numérisation du courrier. Une convention de mise à disposition d'agents administratifs des C.P.A.M. identifiés clairement et habilité, placé sous l'autorité du médecin conseil chef de service, formés au préalable puis en continu à la protection des données sensibles et soumis au secret.

La remise d'un document formalisant la prise de connaissance des enjeux et des peines légales encourues en cas de rupture du secret professionnel et la signature d'un engagement personnel conservé est associée.

Du matériel et des locaux adaptés à cette protection doit permettre une conservation et un archivage des documents comportant des données médicales nominatives.

La procédure d'archivage conforme à l'évolution du droit de la preuve et après validation de la fiabilité des supports numériques utilisés, l'objectif étant la destruction des documents papiers.

Le sujet qui s'approche le plus de notre travail correspond au respect du secret professionnel dans le cadre de la gestion du recours contre tiers et le secret de l'expertise.

Sous section 2 Le secret du recours contre tiers responsable

Le recours contre tiers présente dans notre travail l'intérêt d'être un terrain pratique quotidien sur lequel se retrouvent les praticiens conseils de l'assurance maladie et les médecins travaillant pour les assurances de statut privé, les services administratifs de caisses et les gestionnaires de dossiers des assureurs.

La transmission des données personnelles de santé nécessite alors un encadrement strict, tant entre professionnels de santé qu'entre professionnels et services administratifs gestionnaires.

§ 1 L'information sur l'existence du dommage

La mise en œuvre d'un recours contre tiers nécessite une communication initiale visant à permettre une identification des dossiers relevant d'une responsabilité d'un tiers¹⁶⁷¹.

¹⁶⁷⁰ CHASSORT A., *Secret médical et évaluation des soins médicaux*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins d'avril 1999, p. 4

¹⁶⁷¹ Voir sur ce point JOHANET G., ALLEMAND H., GOUEL R., LAPORTE D., *Guide pratique sur le recours des caisses primaires d'assurance maladie contre un tiers responsable*, CNAMTS, janvier 2001, 141 p. et GOUEL R., LAPORTE D., *Guide pratique complémentaire sur les procédures de gestion des recours contre un tiers autres accidents*, CNAMTS, novembre 2007, 103 p.

1 L'information de la Caisse par des personnes extérieures

En cas d'accident avec tiers responsable et possibilité pour les organismes de protection sociale d'exercer un recours, la victime, l'établissement de santé, le tiers responsable et son assureur¹⁶⁷² sont tenus d'informer la caisse de la survenue d'un accident ou de lésions concernées.¹⁶⁷³

L'article A.1 du code de procédure pénale¹⁶⁷⁴ autorise les caisses d'assurance maladie à adresser au Procureur de la République des demandes de communication des données relatives aux accidents corporels de la circulation, demandes portant sur la date de l'accident et l'identité complète des personnes afin de contacter l'assuré social et de l'inviter à satisfaire à ses obligations de déclaration.

En cas de déclaration spontanée de l'assuré auprès du praticien conseil, ce dernier en informe la caisse en respectant le secret professionnel¹⁶⁷⁵.

Lorsque le praticien conseil constate, dans le cadre de ses missions, que l'assuré n'a pas été informé avoir été victime d'un accident médical, il doit prendre contact avec le professionnel ou l'établissement de santé concerné en lui demandant de mettre en œuvre l'information légale.¹⁶⁷⁶

2 L'information par l'assuré

Réciproquement, lorsqu'un assuré social interroge la caisse ou le service du contrôle médical des conséquences sur son état de santé d'un accident, le praticien conseil ou la caisse lui donnent toutes informations utiles.

§ 2 Le secret entre service médical et service des caisses

Même s'il est actuellement mis en place une information réciproque des services administratifs et du service médical en ce qui concerne la détection des accidents pouvant donner lieu à recours, les salariés du service du contrôle médical sont tenus au secret envers

¹⁶⁷² Paragraphe § C 4.3 du R.A.P. «*L'assureur et la Caisse s'informent mutuellement, sur la base des éléments non couverts par le secret médical qu'ils détiennent, des données nécessaires à la détermination de l'assiette du recours*».

¹⁶⁷³ Art. L.376-1, L.454-1, D.376-1, D.454-1 du code de la sécurité sociale, LR Cnamts-DRM 141/2004 du 29 octobre 2004

¹⁶⁷⁴ Art. A.1 du code de procédure pénale, créé par l'arrêté du 3 mai 2004, JO du 18 mai «*le Procureur de la République peut autoriser le directeur de l'organisme gérant un régime de sécurité sociale obligatoire à se faire délivrer copie des pièces des procédures judiciaires en cours aux fins de mettre en œuvre l'action récursoire des organismes de sécurité sociale contre les tiers responsables d'accidents corporels de la circulation routière, cette copie pouvant être délivrée par les services ou unités de police judiciaire.* »

¹⁶⁷⁵ Guide pratique sur le recours des caisses d'assurance maladie contre un tiers responsable, Janvier 2001, p. 47, non publié

¹⁶⁷⁶ Guide pratique complémentaire sur les procédures de gestion des RCT autres accidents – Novembre 2007, non publié

les services administratifs de la caisse¹⁶⁷⁷. Ils ne peuvent transmettre au service contentieux que les éléments du préjudice corporel permettant d'évaluer l'assiette du recours et de chiffrer la créance de la caisse.

Une distinction doit être établie dans la possibilité de communication selon le type de recours.

1 Les différents types de recours

Afin de simplifier la gestion des dossiers entre assurance maladie et assurances privées, il a été mis en place une protocolisation des procédures pour certains dossiers définis. Pour ces dossiers, la gestion et les échanges financiers sont simplifiés.

1-1 Les dossiers protocole

Un protocole d'accord du 24 mai 1983 a établi, entre société d'assurances et organismes de protection sociale, un régime particulier de gestion de recours contre tiers afin de simplifier les procédures et de raccourcir les délais.

Quelles que soient les modalités de gestion du dossier, accord amiable de droit commun ou après avis de la commission, procédure judiciaire, le service médical peut être sollicité à toutes les phases de la procédure afin de donner, notamment, un avis éclairé sur l'imputabilité des lésions, des séquelles, des soins ou des frais futurs.¹⁶⁷⁸ Le service du contrôle médical ne peut transmettre que les éléments médico-administratifs nécessaires à l'établissement de la créance à l'exclusion des documents susceptibles de contenir des éléments pouvant être couverts par le secret professionnel.

1-2 Les dossiers hors protocole

Dans les dossiers ne relevant du protocole d'accord, il y a application des règles du droit commun avec possibilité de réalisation d'une expertise amiable ou judiciaire ou mise en œuvre d'une transaction.

Il apparaît des risques de communication envers des intervenants extérieurs à l'Assurance Maladie que sont les médecins recours, médecins des compagnies d'assurance et experts.

¹⁶⁷⁷ Art. R. 4127-104 du code de la santé publique « *Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical, ni à un autre organisme* ». et pour les chirurgiens-dentistes article R. 4127-255 du code de la santé publique « *Le chirurgien-dentiste chargé du contrôle est tenu au secret professionnel vis-à-vis de l'administration ou de l'organisme qui l'emploie. Les conclusions qu'il lui fournit ne doivent être que d'ordre administratif sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements d'ordre médical contenus dans les dossiers établis par le praticien ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à une autre administration.* »

¹⁶⁷⁸ Guide pratique sur le recours des caisses d'assurance maladie contre un tiers responsable, Janvier 2001, p. 47, non publié

2 Rôle déontologique du médecin-conseil

Le praticien conseil intervenant dans le recours contre tiers a un rôle essentiel dans le respect du secret lors de la transmission de données personnelles de santé.

2-1 Le secret envers le médecin de recours

Les médecins de recours interviennent au titre de conseil auprès de l'assuré, éventuellement par l'intermédiaire d'associations ou de société d'assurance protection juridique. Ils peuvent assister la victime à l'expertise. Aucune information médicale relative à l'état de santé du bénéficiaire de l'assurance maladie ne doit leur être adressée, l'assuré social pouvant demander communication directe de son dossier ou désigner ce médecin expressément pour recevoir les renseignements.

2-2 Le secret envers le médecin de la compagnie d'assurances dans le cadre du recours contre tiers

Aucune dérogation légale n'est prévue au profit des assureurs. Le service médical ne doit répondre à aucune demande d'information nominative émanant d'une compagnie d'assurances.¹⁶⁷⁹

Lorsqu'il s'agit d'un dossier entrant dans le champ d'application du protocole d'accord, les échanges entre les deux parties sont fréquents afin de parvenir à un accord. Il peut y avoir, hors de la présence de la victime, un échange d'informations strictement limité aux lésions dues à l'accident, aux frais qu'elles ont entraîné pour les soins, aux séquelles qui persistent et aux conséquences qui vont en découler. Toute transmission d'élément concernant un état antérieur risquant d'interférer avec les lésions propres à l'accident est proscrite sans accord préalable de l'assuré.

Les conclusions qui seront prises par les deux médecins dans le cadre d'un rapprochement ne devront mentionner aucun élément d'ordre médical, afin de pouvoir être remises au service contentieux de la caisse et à la société d'assurances.¹⁶⁸⁰

2-3 Le secret envers le médecin expert judiciaire dans le cadre du recours contre tiers

Le respect du contradictoire semble être l'élément clé de l'expertise. Celui du secret professionnel est l'autre élément fondamental de l'expertise judiciaire touchant tout ce qui est étranger à l'accident proprement dit. Il couvre aussi bien les pathologies antérieures que concomitantes, ce qui a été entendu ou compris et qui déborde du cadre de l'acte en cause.

Les dossiers hors protocole d'accord avec réalisation d'une expertise judiciaire peuvent amener le praticien conseil à devoir défendre le dossier de la caisse du point de vue médical. Il peut être amené, dans le respect du principe du contradictoire à avoir

¹⁶⁷⁹ Guide pratique complémentaire sur les procédures de gestion des RCT autres accidents – Novembre 2007, non publié

¹⁶⁸⁰ Guide pratique sur le recours des caisses d'assurance maladie contre un tiers responsable, Janvier 2001, p. 47, non publié

communication par les autres parties des éléments qu'elles entendront faire valoir lors de l'expertise. Il peut rédiger des observations écrites justifiant le lien entre dépenses effectives ou prévisibles et fait accidentel sans information médicale, ses observations étant transmises aux parties.

En cas d'assistance à l'expertise le praticien conseil, assistant technique de la caisse, devra apporter les éléments médico-administratifs portant sur le litige. Il ne doit rien révéler en dehors de l'affaire en cause, l'assuré social demandeur pouvant être amené à fournir les pièces et documents qu'il entend faire valoir à l'appui de ses demandes et qu'il peut en tant que de besoin de se procurer auprès des services administratifs concernés.

En cas d'existence d'un état antérieur, il ne doit pas le décrire. Il appartient à l'expert, au cours d'un interrogatoire bien conduit, d'obtenir de l'intéressé lui-même les renseignements qui lui sont nécessaires.¹⁶⁸¹

Le rapport d'expertise, ne contenant que des éléments médico-administratifs, à l'exclusion d'information médicale, sera adressé à la caisse primaire, seule partie à l'instance destinataire de ce rapport.

Sous section 3 L'activité de contrôle et de contentieux

« Lorsque les efforts déployés par l'Assurance Maladie pour convaincre certains assurés, professionnels de santé ou établissements de soins de modifier leurs pratiques déviantes se révèlent inopérants, le contrôle et l'action contentieuse deviennent nécessaires pour corriger les inégalités et les injustices générées par la persistance de ces comportements, outre les risques de santé publique.

Les contrôles individuels ont une portée collective. Ainsi, un écart du comportement individuel par rapport à la règle commune qui ne serait pas sanctionné aurait pour effet d'affaiblir la portée de cette dernière, qui, seule, par la prise en charge collective des dépenses qu'elle garantit, permet à chaque assuré d'exercer ses droits sociaux et rend possible une égalité d'accès aux soins. »¹⁶⁸²

« Même s'ils sont minoritaires, les comportements abusifs et, a fortiori, frauduleux ou dangereux nuisent au respect des règles collectives. Ils pénalisent l'ensemble des acteurs et doivent, en conséquence, faire l'objet de sanctions efficaces et appropriées.

La loi du 13 août 2004 a renforcé les prérogatives de l'Assurance Maladie en matière de contrôle et de lutte contre les fraudes et l'a doté de nouveaux outils pour sanctionner de façon proportionnée les fraudes et les abus avérés.

Certains contrôles interviennent avant paiement de la prestation (par exemple, la procédure de l'entente préalable) ; d'autres sont effectués après paiement et peuvent alors déboucher sur des actions en répétition d'indus. Ces contrôles participent de l'action générale de la prévention des fraudes.¹⁶⁸³

Par contre, d'autres contrôles consistent à effectuer une vérification approfondie des comportements des assurés et des employeurs ainsi que de l'activité des professionnels de santé, des établissements de soins, des transporteurs et des fournisseurs d'appareillage

¹⁶⁸¹ Guide pratique sur le recours des caisses d'assurance maladie contre un tiers responsable, Janvier 2001, p. 47, non publié

¹⁶⁸² CNAMTS, Guide de procédure du contrôle contentieux, Version du 7 juillet 2008, non publié p. 20

¹⁶⁸³ CNAMTS, Guide de procédure du contrôle contentieux, Version du 7 juillet 2008, non publié, p. 4

visant, dès l'origine, la saisine d'une instance de sanctions. Ces contrôles à visée contentieuse ou contrôles contentieux nécessitent des enquêtes rigoureuses dont le point de départ est le résultat des procédures de détection des pratiques déviantes, de traitement des témoignages et des signalements d'anomalies. »

La loi, dans l'ensemble des organismes de protection sociale, à progressivement développé les démarches concernant la lutte contre la fraude. Ainsi, l'article L. 114-9 du code de la sécurité sociale stipule que « *les directeurs des organismes de sécurité sociale, ainsi que les organismes admis à encaisser des cotisations ou à servir des prestations au titre des régimes obligatoires de base sont tenus, lorsqu'ils ont connaissance d'information ou de faits pouvant être de nature à constituer une fraude, de procéder aux contrôles et enquêtes nécessaires(...)* ».

L'intervention des services de protection sociale n'est donc plus seulement possible mais devient obligatoire.¹⁶⁸⁴

La fonction des praticiens conseils permet d'accéder aux données personnelles de santé, d'examiner les assurés à la recherche d'éléments utiles à la caractérisation des anomalies et de protéger les informations de toute atteinte illégale.

§ 1 Le Directeur de l'organisme

Le Directeur est responsable des actions de contrôle contentieux¹⁶⁸⁵. Son activité est désormais intégrée dans une démarche concertée au sein de l'assurance maladie animée par un directeur de la gestion du risque et un directeur de la lutte contre la fraude et dans une coordination départementale en association avec les services de l'Etat.

Dans la mesure où les caisses primaires d'assurance maladie sont des organismes privés gérant un service public, elles sont tenues d'observer les dispositions de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale qui dispose que « *toute autorité constituée (...) qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs* »

Le Directeur est tenu de faire procéder aux contrôles et enquêtes nécessitées par des informations ou des faits susceptibles d'être frauduleux qui sont portés à sa connaissance.¹⁶⁸⁶

Lorsqu'il cumule les fonctions de directeur de caisse primaire et de directeur Coordonnateur de la Gestion du Risque régional, il a accès, de même que les agents placés sous sa responsabilité, au système informationnel de l'assurance maladie mis en œuvre par les

¹⁶⁸⁴ La lutte contre les fraudes à l'Assurance maladie, Guide des bonnes pratiques – Gendarmerie Nationale/Assurance Maladie/Police Nationale-4 juillet 2008-60 p.

¹⁶⁸⁵ Le service du contrôle médical n'a eu que très tardivement la capacité légale à saisir directement les sections des assurances sociales, loi n° 79-1129 du 28 décembre, décret n° 81-207 du 3 mars 1981

¹⁶⁸⁶ Art. L. 114-9, premier alinéa, du code de la Sécurité Sociale « *Les directeurs des organismes de Sécurité Sociale, (...) sont tenus, lorsqu'ils ont connaissance d'informations ou de faits pouvant être de nature à constituer une fraude, de procéder aux contrôles et enquêtes nécessaires. Ils transmettent à l'autorité compétente de l'Etat (Préfet de région ou Directeur Régional des Affaires Sanitaires et Sociales) le rapport établi à l'issue des investigations menées*».

caisses primaires et les échelons locaux du service médical. Cet accès pour les agents est limité aux données de base d'où toute information nominative sera exclue¹⁶⁸⁷ et fait l'objet d'une procédure d'habilitation conjointe par le Médecin conseil chef de l'échelon local et le Directeur de chaque caisse primaire.

§ 2 La définition du contrôle

Le contrôle mis en œuvre dès 1930 dans un règlement d'administration publique ne concerne que l'activité des professionnels de santé¹⁶⁸⁸.

En 1945, l'objet de ce contrôle a été défini par le législateur à travers la formule « *les fautes, abus, fraudes et tous faits intéressant l'exercice de la profession (...)* »¹⁶⁸⁹

1 La fraude

Seule la fraude stricto sensu peut donner lieu à une action pénale. Il s'agit d'une « *action faite de mauvaise foi dans le but de tromper* » et qui nécessite un élément légal indispensable, texte incriminant, un élément matériel constitué par une action concrète et une intention devant se manifester par un acte extérieur, élément moral, l'acte répréhensible devant être issu de la volonté de son auteur.

Les organismes d'Assurance Maladie retiennent la définition établie par l'Office européen de lutte contre la fraude.¹⁶⁹⁰

« *La fraude est un acte intentionnel de la part d'un ou plusieurs individus qui, parmi les membres de la direction, les employés ou les tiers, sont impliqués dans l'usage de pratiques visant à obtenir un avantage injustifié ou illégal* ».

Cet avantage injustifié ou illégal dont tirent bénéfice ces personnes physiques ou morales crée un préjudice réel, direct et certain pour l'assurance maladie.

2 La faute

La faute, manquement au devoir, aux obligations légales ou conventionnelles par action ou omission, négligence ou imprudence ; l'abus, usage excessif ou anormal d'un droit, en ce qui concerne l'assurance maladie abus de soins, de prescription, d'arrêt de travail ou d'honoraires, ne donnent généralement pas lieu à sanctions pénales.

§ 3 La lutte contre la fraude

La lutte contre la fraude est un versant essentiel de la démarche de gestion du risque initiée par l'assurance maladie.

¹⁶⁸⁷ Lettre-Réseau LR/DDO/132/2010, Accès des Directeurs Coordonnateurs au Système Informationnel de l'Assurance Maladie, 09/07/2010, non publiée. Les services de la CNIL ont donné leur accord pour qu'une inscription au registre du CIL de chaque organisme permettant cet accès

¹⁶⁸⁸ Ce contrôle « a essentiellement pour objet la recherche et le redressement de tout abus professionnel. (...) »

¹⁶⁸⁹ Art. L. 145-1 du code de la sécurité sociale

¹⁶⁹⁰ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 10

1 Le protocole d'accord du 26 janvier 2007

Le 26 janvier 2007, le directeur général de la police nationale, le directeur général de la gendarmerie nationale et le directeur général de la caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés ont signé un protocole d'accord¹⁶⁹¹ destiné à favoriser la coopération entre ces trois institutions. Ceci avait pour but de mieux lutter contre la fraude à l'assurance maladie afin de permettre notamment une analyse partagée des dossiers, un partage du savoir et une complémentarité des moyens et des prérogatives juridiques.

Une circulaire a confirmé l'importance aux yeux du gouvernement de la communication entre autorités judiciaires¹⁶⁹², services de l'Etat et organismes de protection sociale¹⁶⁹³. La coordination entre les différentes institutions a été confiée à une Délégation nationale à la lutte contre la fraude, créée par le décret n° 2008-371 du 18 avril 2008. Une circulaire en date du 06 mai 2009¹⁶⁹⁴ et portant sur lutte contre la fraude aux prestations sociales confirme la possibilité d'échanges d'informations avec les autres organismes sociaux¹⁶⁹⁵ et les services fiscaux¹⁶⁹⁶.

Cette coopération peut être multiple, dans le cadre de la communication d'informations.

Ainsi, les services de l'Assurance Maladie peuvent faire l'objet d'informations émanant de l'autorité judiciaire¹⁶⁹⁷.

Plus fréquemment, l'implication des agents de l'assurance maladie dans les investigations judiciaires en raison de leur expertise dans ce domaine a été prônée, notamment grâce à la réquisition à personne qualifiée.

¹⁶⁹¹ La lutte contre les fraudes à l'Assurance maladie, Guide des bonnes pratiques – Gendarmerie Nationale/Assurance Maladie/Police Nationale-4 juillet 2008, non publié

¹⁶⁹² Art. L. 114-16 du code de la sécurité sociale

¹⁶⁹³ Circulaire de la DACG no CRIM 08-15/G4 du 29 septembre 2008 concernant la présentation des dispositions issues du décret no 2008-371 du 18 avril 2008 relatif à la coordination de la lutte contre les fraudes et créant une délégation nationale à la lutte contre la fraude et de l'arrêté du 6 août 2008 fixant la liste des comités locaux de lutte contre la fraude, leur composition et leurs règles d'organisation et de fonctionnement, NOR : JUSD0823221C, 30 décembre 2008. – JUSTICE2008/6 – Texte 23/28 – 8 p.

¹⁶⁹⁴ La Garde des sceaux, Ministre de la justice, le Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, NOR : JUS D 0910390C, n° Circulaire : Crim-09-5/G3-06 mai 2009

Référence : SDJPS 07-F-790-C1, Objet : Lutte contre la fraude aux prestations sociales, 16 p.

¹⁶⁹⁵ Art. L. 114-12 et L. 583-3 du code de la sécurité sociale

¹⁶⁹⁶ Art. L. 114-14 du code de la sécurité sociale et L. 99 et L. 152 du livre des procédures fiscales

¹⁶⁹⁷ Art. L. 114-16 du code de la sécurité sociale «*L'autorité judiciaire est habilitée à communiquer aux organismes de protection sociale toute indication qu'elle peut recueillir de nature à faire présumer une fraude commise en matière sociale ou une manœuvre quelconque ayant eu pour objet ou ayant pour résultat de frauder ou de compromettre le recouvrement des cotisations sociales, qu'il s'agisse d'une instance civile ou commerciale ou d'une information criminelle ou correctionnelle même terminée par un non-lieu*»

2 Les risques de violation du secret

Plusieurs phases peuvent faire l'objet de risques concernant la communication d'éléments professionnels ou médicaux lors de la détection de comportements non conformes aux normes légales, réglementaires ou professionnelles¹⁶⁹⁸. C'est ainsi le cas lors de l'investigation permettant d'établir les griefs en apportant la preuve matérielle de ceux-ci, lors de l'instruction conjointe administrative et médicale du dossier et lors de la transmission des dossiers aux juridictions pouvant être saisies.

2-1 Investigations et accès aux informations par les représentants des organismes de protection sociale

De façon générale, la loi¹⁶⁹⁹ permet aux salariés de l'Assurance Maladie chargés du contrôle, qu'ils soient praticiens conseils ou agents de la Caisse Primaire, de procéder à toutes vérifications utiles ou enquêtes concernant l'attribution ou le service des prestations.

L'intégration, dans les structures nationales, de compétences administratives et médicales au sein de la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés témoigne d'une rupture avec la séparation organisée qui prévalait dans le passé. Les responsabilités administratives et médicales ont été mêlées dans un fonctionnement pluridisciplinaire¹⁷⁰⁰.

Dans le reste du réseau régional et local, et peut être dans l'attente de nouvelles modifications, il est classique au sein de l'assurance maladie, afin de faciliter le respect du secret professionnel, de distinguer les investigations selon le caractère administratif ou médical des informations pouvant faire l'objet d'analyse.

2-1-1 Les contrôles administratifs

Les investigations ayant un caractère administratif sont effectuées par des agents généralement agréés et assermentés et rattachés aux caisses primaires d'assurance maladie.

Le droit à la communication de documents par les personnes contrôlées

Conformément aux conditions de l'article R. 114-17 du code de la sécurité sociale, les agents contrôleurs de la Caisse Primaire doivent avoir communication de tous documents détenus par les employeurs¹⁷⁰¹ afin de vérifier l'application de la législation sur les accidents du travail et les maladies professionnelles¹⁷⁰².

¹⁶⁹⁸ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 4

¹⁶⁹⁹ Art. L. 114-10 du code de la sécurité sociale

¹⁷⁰⁰ BENEVISE J.-F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local Les médecins conseils de la sécurité sociale*, Rapport n° RM2006-140A, Septembre 2006, p. 31

¹⁷⁰¹ Art. L. 243-11 du code de la Sécurité Sociale « *Les employeurs, qu'ils soient des personnes privées, des personnes publiques autres que l'Etat (...) et les travailleurs indépendants sont tenus de recevoir les agents de contrôle des organismes mentionnés aux articles L. 243-7 et L. 114-10 (agents agréés et assermentés) (...)* ».

¹⁷⁰² Art. R. 114-17 du code de la sécurité sociale « *Pour le contrôle de l'application de la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles, les employeurs, personnes privées ou publiques, et les*

Ils ont un droit d'accès aux informations détenues par les employeurs ainsi qu'aux locaux de l'entreprise¹⁷⁰³, l'exploitation à des fins de comparaisons ou de statistiques d'indications portant sur l'activité ne constituant pas un traitement définissant la personnalité d'un individu et ne pouvant être considéré comme une divulgation de secret professionnel¹⁷⁰⁴.

Ils doivent être en mesure de vérifier l'exactitude des déclarations, des attestations ou de justificatifs de toute nature permettant de faire bénéficier les victimes et leurs ayants droit de prestations servies au titre des assurances sociales¹⁷⁰⁵ ou de la législation professionnelle. Il en est de même pour la vérification des pièces permettant aux assurés sociaux ou à leurs ayants droit de bénéficier de prestations servies au titre de la couverture maladie et AT-MP.¹⁷⁰⁶

Le droit de communication directe auprès de tiers

Depuis la loi de financement de la sécurité sociale pour 2008¹⁷⁰⁷, il existe un droit de communication auprès de tiers comme les établissements bancaires, les fournisseurs d'énergies et les opérateurs de téléphonie. Les informations détenues permettent des recoupements avec celles en possession du tiers et de contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites ou l'authenticité des pièces produites¹⁷⁰⁸. Le secret professionnel ne peut leur être opposable. Ces démarches respectent les dispositions du Livre des procédures

travailleurs indépendants sont tenus de présenter aux agents des Caisses Primaires et Régionales d'Assurance Maladie mentionnés à l'article L. 114-10 (agents agréés et assermentés) tout document que ces derniers leur demandent aux fins de l'exercice de leur mission, (...). Ces agents procèdent à toutes vérifications portant sur l'exactitude des déclarations, attestations et justificatifs de toute nature fournis en vue de faire bénéficier les victimes et leurs ayants droit des prestations servies au titre de la branche accident du travail et maladies professionnelles. »

¹⁷⁰³ Art. R. 114-17 du code de la sécurité sociale « Pour le contrôle de l'application de la législation des accidents du travail et des maladies professionnelles, les employeurs, personnes privées ou publiques, et les travailleurs indépendants sont tenus (...) et de permettre auxdits agents (agents agréés et assermentés mentionnés à l'article L. 114-10) l'accès aux locaux de l'entreprise. »

¹⁷⁰⁴ BOULOC B., « Escroquerie. Mentions erronées portées sur des feuilles de soins. Simple mensonge. Informatique. Traitement automatisé d'informations nominatives. Informations ne donnant pas le profil ou la personnalité de l'intéressé », (Crim. 24 sept. 1998, Bull. crim. n° 236), RTD Com. 1999 p. 520

¹⁷⁰⁵ Art. R. 114-17 du code de la sécurité sociale précité

¹⁷⁰⁶ Art. R. 114-18 du code de la sécurité sociale « Les agents des Caisses Primaires d'Assurance Maladie mentionnés à l'article L. 114-10 (agents agréés et assermentés) procèdent à toutes vérifications portant sur l'exactitude des déclarations, attestations et justificatifs de toute nature fournis par les assurés sociaux en vue de bénéficier, ou de faire bénéficier leurs ayants droit, des prestations servies au titre des assurances maladie, maternité, invalidité, décès. Lorsque les vérifications portent sur le droit aux prestations calculées en fonction des revenus déclarés ou aux prestations versées sous condition de ressources ou sous condition de volume de travail effectué, les agents susmentionnés peuvent mener leurs enquêtes auprès de toute personne physique ou morale susceptible de valider les renseignements d'ordre pécuniaire fournis par l'assuré à l'appui de sa demande de prestations »

¹⁷⁰⁷ Loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007

¹⁷⁰⁸ Art. L.114-19 du code de la sécurité sociale «Le droit de communication permet d'obtenir, sans que s'y oppose le secret professionnel, les documents et informations nécessaires : 1°aux agents des organismes de sécurité sociale pour contrôler la sincérité et l'exactitude des déclarations souscrites ou l'authenticité des pièces produites en vue de l'attribution et du paiement des prestations servies par lesdits organismes ; (...) Le droit prévu au premier alinéa s'exerce quel que soit le support utilisé pour la conservation des documents et peut s'accompagner de la prise immédiate d'extraits et de copies.»

fiscales¹⁷⁰⁹, leur contenu étant limité à certains éléments définis concernant les ressources, le domicile ou résidence en France ou à l'étranger, la régularité du séjour, l'état civil et statut matrimonial.

2-1-2 Les contrôles médicaux

Les contrôles et investigations de nature médicale sont assurés par des praticiens conseils appartenant au service du contrôle médical.

Le Premier ministre de l'époque, devant le Parlement, justifiait une demande d'élargissement du pouvoir de saisine aux médecins conseils par sa volonté « *de renforcer le contrôle médical de la sécurité sociale(...) (en vue)(...) de contribuer à une meilleure maîtrise de l'évolution des dépenses de l'assurance maladie par un renforcement de la lutte contre les abus* ». ¹⁷¹⁰

L'article L. 315-1 du code de la sécurité sociale¹⁷¹¹ déjà cité définit et encadre les possibilités de contrôle.

Il stipule notamment que le contrôle médical qui est assuré par ces praticiens conseils porte sur tous les éléments d'ordre médical qui commandent l'attribution et le service de l'ensemble des prestations de l'assurance maladie, maternité et invalidité.

Ceci peut donc concerner les abus en matière de soins, de prescriptions d'arrêts de travail et d'application de la tarification des actes et autres prestations. Sont concernés aussi les délivrance et facturation de médicaments, produits ou prestations donnant lieu à remboursement par les caisses d'assurance maladie, l'analyse, sur le plan médical, de l'activité des établissements et des professionnels de santé dispensant des soins aux bénéficiaires de l'assurance maladie.

On constate donc que la justification fondamentale de l'intervention des praticiens conseils de l'Assurance Maladie repose sur l'intérêt pour celle-ci de pouvoir vérifier la justification et le respect des procédures pour les prestations qui sont admises à son remboursement.

2-2 Les pouvoirs du contrôleur

Les pouvoirs du contrôleur sont encadrés par la loi de façon stricte pour compenser le pouvoir dont peut bénéficier une administration envers un particulier.

¹⁷⁰⁹ Art. L. 114-20 du code de la sécurité sociale

¹⁷¹⁰ Guide du contentieux à l'encontre des professionnels de santé à l'usage du service du contrôle médical, DSM, Janvier 2002, non publié

¹⁷¹¹ C. E. 18 juin 2007 n° 294699. La décision a confirmé la légalité de l'article R. 315-1-1 du code de la sécurité sociale. Les droits de la défense sont respectés d'autant que l'article R. 315-1-2 du même code prévoit que « *le professionnel contrôlé est informé des conclusions de l'analyse d'activité réalisée en application de l'article R.315-1-1 et qu'il peut demander à être entendu par le service du contrôle médical dans le délai d'un mois si des griefs liés au non-respect des règles législatives, réglementaires ou conventionnelles régissant la couverture des prestations à la charge des organismes de Sécurité Sociale, lui ont été notifiés par lettre recommandée avec demande d'avis de réception* ».

2-2-1 L'accès à l'information

L'accès aux informations personnelles d'un assuré fait l'objet d'un encadrement strict. Se côtoient droits et obligations.

Le droit à communication

Les praticiens conseils, et éventuellement les personnes placées sous leur autorité, peuvent, dans le respect des règles de déontologie médicale¹⁷¹², se faire communiquer l'ensemble des informations sur les actes, prescriptions et éléments relatifs à une activité de santé, consulter les dossiers médicaux des patients, les entendre et les examiner. A ces fins, ils ont librement accès à tout établissement, service ou institution sanitaire ou médico-sociale recevant des bénéficiaires de l'assurance maladie¹⁷¹³, ainsi qu'au domicile des assurés.

Les praticiens conseils peuvent avoir accès aux données personnelles des assurés sociaux¹⁷¹⁴ quel qu'en soit le support tels que papier, photographie, électronique, lors de l'analyse de l'activité d'un professionnel de santé¹⁷¹⁵ et en prendre copie sur place par voie manuelle ou par photocopie.

Ils doivent avoir communication de tous documents détenus par les établissements de santé publics ou privés, tant d'ordre administratif ou médical que d'ordre individuel ou général, nécessaires à l'accomplissement de leur mission et peuvent examiner les patients hospitalisés en présence du médecin traitant¹⁷¹⁶.

¹⁷¹² Cette rédaction repose le fondement de la responsabilité des praticiens conseils sur les agissements des personnes placées sous leur autorité qui, n'étant pas professionnels de santé, ne sont pas soumis aux injonctions déontologiques

¹⁷¹³ Art. R. 166-1 du code de la sécurité sociale « Pour effectuer les contrôles prévus (...), les praticiens conseils (...) ont librement accès à tout établissement, service ou institution sanitaire ou médico-sociale recevant des bénéficiaires de l'Assurance Maladie ».

¹⁷¹⁴ Guide de procédure du contrôle contentieux, Version du 7 juillet 2008, p. 29

¹⁷¹⁵ Art. R. 315-1-1 du code de la sécurité sociale « Lorsque le service du contrôle médical procède à l'analyse de l'activité d'un professionnel de santé en application du IV de l'article L.315-1, il peut se faire communiquer, dans le cadre de cette mission, l'ensemble des documents, actes, prescriptions et éléments relatifs à cette activité. »

¹⁷¹⁶ Article R. 166-1, alinéas 2 et 3, du code de la sécurité sociale « Tous renseignements et tous documents administratifs d'ordre individuel ou général utiles à leur mission sont tenus à leur disposition par le Directeur de l'établissement, du service ou de l'institution dans le respect des règles du secret professionnel. Tous renseignements et tous documents d'ordre médical, individuel ou général sont tenus à leur disposition par les praticiens de l'établissement, du service ou de l'institution dans le respect des règles du secret professionnel et de la déontologie médicale. » ; Article R.162-42-10, alinéa 3, du code de la sécurité sociale « L'établissement est tenu de fournir ou de tenir à disposition des personnes chargées du contrôle l'ensemble des documents qu'elles demandent. Les personnes chargées du contrôle exercent leur mission dans les conditions prévues à l'article R.166-1 » ; Article L.1112-1, alinéa 5, du code de la santé publique « Les médecins membres de l'inspection générale des affaires sociales, les médecins inspecteurs de santé publique et les médecins conseils des organismes d'Assurance Maladie ont accès, dans le respect des règles de déontologie médicale, à ces informations (informations médicales détenues par les établissements de santé sur les personnes recevant ou ayant reçu des soins dans ces structures) lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de leurs missions ».

Article R.166-1, alinéa 4, du code de la sécurité sociale « Les praticiens conseils peuvent procéder à tout moment à l'examen des assurés et de leurs ayants droit. Les praticiens de l'établissement, du service ou de l'institution assistent à ces examens à leur demande ou à celle des praticiens conseils ».

Le contrôle d'identité

A l'occasion des examens individuels qu'ils réalisent, les praticiens conseils doivent s'assurer de l'identité du patient en demandant à la personne concernée de présenter sa carte nationale d'identité ou tout autre document officiel comportant sa photographie.

On doit signaler qu'il s'agit là d'un pouvoir important, que l'on pourrait considérer comme exorbitant, donné au service médical et portant sur un droit personnel de l'assuré social. La rédaction de cette disposition n'a pas prévu la possibilité, mais bien le devoir de réaliser ce contrôle. Cela doit probablement être perçu comme la preuve de l'intérêt social de ce contrôle d'identité, prédominance des intérêts de la société sur l'individu.¹⁷¹⁷

2-2-2 L'encadrement du droit d'accès aux données

L'accès aux données de santé à caractère personnel n'est possible que si ces données sont strictement nécessaires à l'exercice de leur mission, dans le respect du secret médical¹⁷¹⁸. Il faut donc que l'Assurance Maladie ait un intérêt au contrôle et, plus spécifiquement, que les pièces étudiées aient un lien avec la démarche en cours.

Cette rédaction de la loi permet d'estimer que la justification affirmée d'accès aux données peut faire l'objet d'un recours devant un tribunal, probablement le Tribunal des affaires de sécurité sociale qui est la juridiction générale de la législation de la sécurité sociale. Le juge pourrait être amené à exclure de la procédure les pièces ne respectant pas cet intérêt.

2-3 *Les obligations du contrôleur*

Elles répondent aux exigences de l'intérêt général.

2-3-1 L'obligation de discrétion professionnelle

Tous les agents des organismes de Sécurité Sociale sont tenus à une obligation de discrétion professionnelle qui couvre tous faits, informations et documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leur fonction.¹⁷¹⁹

¹⁷¹⁷ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008

¹⁷¹⁸ Art. L. 315-1 du code de la sécurité sociale

¹⁷¹⁹ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 35, a comparer à l'obligation de réserve, devoir de loyauté envers l'employeur, qui impose de la circonspection dans l'extériorisation de ses propres opinions

2-3-2 L'obligation au respect du secret professionnel

Elle s'impose à tous les personnels des organismes de Sécurité Sociale¹⁷²⁰ car elle découle des règles découlant d'une mission de service public, même si elles s'adressent tout particulièrement aux agents en charge du contrôle.

2-3-3 L'obligation d'information

Un autre degré de protection des personnes concernées par le contrôle, assuré social, professionnels de santé et établissements correspond à l'obligation d'information en préalable et au décours de ce contrôle.

La Caisse Primaire qui a usé de son droit de communication auprès de tiers en informe la personne contrôlée. Celle-ci peut bénéficier de son droit à communication des informations recueillies¹⁷²¹.

Le code de déontologie prévoit expressément que le praticien conseil chargé du contrôle doit prévenir la personne contrôlée de sa mission et l'informer du cadre juridique dans lequel il intervient.¹⁷²²

En outre, on rappelle que ce code dispose que le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration qui fait appel à ses services¹⁷²³.

Les praticiens conseils, dans le cadre d'un contrôle d'activité de professionnel de santé doivent avoir informé le professionnel de santé.¹⁷²⁴

Le professionnel doit être avisé du déclenchement d'une analyse de son activité avant l'audition et l'examen de ses patients, sans qu'il puisse être présent.¹⁷²⁵

¹⁷²⁰ Art. L. 161-29, alinéa 5, du code de la sécurité sociale «*Le personnel des organismes d'assurance maladie est soumis à l'obligation de secret dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du code Pénal (actuellement remplacé par l'article 226-13 du code pénal).* »

¹⁷²¹ Art. L. 114-21 du code de la sécurité sociale «*L'organisme ayant usé du droit de communication en application de l'article L. 114-19 est tenu d'informer la personne physique ou morale à l'encontre de laquelle la décision de supprimer le service d'une prestation ou de mettre des sommes en recouvrement, de la teneur et de l'origine des informations et documents obtenus auprès de tiers sur lesquels il s'est fondé pour prendre cette décision. Il communique, avant la mise en recouvrement ou la suppression du service de la prestation, une copie des documents susmentionnés à la personne qui en fait la demande* »

¹⁷²² Art. R. 4127-102 du code de la santé publique «*(...) le médecin de contrôle doit informer la personne qu'il va examiner de sa mission et du cadre juridique où elle s'exerce et s'y limiter*».

¹⁷²³ Art. R. 4127-104 du code de la santé publique «*(...) le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme* » et Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 4

¹⁷²⁴ Décret d'application n°96-786 du 10 septembre 1996 relatif au contrôle médical

¹⁷²⁵ C.E. 18/06/2007 n°294699 «*En prévoyant, par les dispositions attaquées, que le service du contrôle médical peut, en tant que de besoin, entendre et examiner ces patients après en avoir informé le professionnel* », sans pour autant prévoir que ce dernier participe à l'entretien, le pouvoir réglementaire n'a, en tout état de cause, pas méconnu les droits de la défense. Dans le même sens C.E. 25/05/2007 n°300539.

Au cours du contrôle, le praticien conseil doit observer les règles de déontologie destinées à informer l'assuré social des conditions du contrôle. Il doit en toute action s'efforcer de ne pas nuire au professionnel de santé ayant pu intervenir dans les soins et prestations concernées¹⁷²⁶ et ne pas interférer dans les thérapeutiques entreprises¹⁷²⁷, sauf s'il y a notion d'une dangerosité pour le patient.

2-4 Les obligations de la personne contrôlée

Les obligations de la personne contrôlée et les éventuelles sanctions en cas de refus de se plier à ces exigences sont prévues par le code de la sécurité sociale.

2-4-1 Les obligations administratives

L'assuré doit se soumettre à un certain nombre d'obligations qui correspondent le plus souvent à mettre à disposition des services de contrôle les informations utiles à leurs missions.

L'obligation de présentation des justificatifs

La non-présentation par le demandeur des justificatifs d'une prestation nécessaire à l'appréciation des conditions d'ouverture des droits ou à la continuation de son versement entraîne la suspension du versement de la prestation.¹⁷²⁸

L'obligation de transmission des documents réglementaires

L'absence de transmission dans les délais réglementaires des documents nécessaires à la constatation des soins ou d'une incapacité de travail peut entraîner une sanction.¹⁷²⁹

¹⁷²⁶ Art. R. 4127-102 du code de la santé publique « *Le médecin de contrôle doit informer la personne qu'il va examiner de sa mission et du cadre juridique où elle s'exerce, et s'y limiter. Il doit être très circonspect dans ses propos et s'interdire toute révélation ou commentaire. Il doit être parfaitement objectif dans ses conclusions.* »

¹⁷²⁷ Art. R. 4127-103 du code de la santé publique « *Sauf dispositions contraires prévues par la loi, le médecin chargé du contrôle ne doit pas s'immiscer dans le traitement ni le modifier. Si, à l'occasion d'un examen, il se trouve en désaccord avec le médecin traitant sur le diagnostic, le pronostic ou s'il lui apparaît qu'un élément important et utile à la conduite du traitement semble avoir échappé à son confrère, il doit le lui signaler personnellement. En cas de difficultés à ce sujet, il peut en faire part au conseil départemental de l'Ordre.* »

¹⁷²⁸ Art. L. 161-1-4, alinéas 1 et 3 du code de la sécurité sociale : « *Les organismes de sécurité sociale demandent, pour le service d'une prestation, toutes pièces justificatives utiles pour apprécier les conditions du droit à la prestation, notamment la production d'avis d'imposition ou de déclarations déposées auprès des administrations fiscales compétentes. Les organismes peuvent se dispenser de cette demande lorsqu'ils sont en mesure d'effectuer des contrôles par d'autres moyens mis à leur disposition. (...). Sauf cas de force majeure, la non présentation par le demandeur des pièces justificatives entraîne la suspension, selon le cas, soit du délai d'instruction de la demande pendant une durée maximale fixée par décret, soit du versement de la prestation jusqu'à la production des pièces demandées* »

¹⁷²⁹ Art. L. 161-33 premier alinéa du code de la sécurité sociale « *L'ouverture du droit aux prestations de l'assurance maladie est subordonnée à la production de documents dont le contenu, le support ainsi que les conditions et délais de transmission à la caisse du bénéficiaire sont fixés par décret en Conseil d'Etat* ».

L'obligation de se soumettre à un contrôle médical

Tout assuré est obligé de se soumettre à un contrôle¹⁷³⁰ demandé par le service du contrôle médical¹⁷³¹, notamment lorsqu'il est atteint d'une affection de longue durée ou en interruption de travail depuis plus de six mois¹⁷³². Une carence à convocation rendant impossible le contrôle technique entraîne la suspension des prestations.

L'inobservation des règles édictées dans le code de la sécurité sociale par les professionnels de santé, les fournisseurs ou les autres prestataires de services, les établissements de santé, les établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes, les employeurs ou les assurés, peut faire l'objet d'une pénalité prononcée par le Directeur de la caisse primaire, après avis d'une commission ad hoc composée de représentants du Conseil de l'organisme et éventuellement de syndicats de professionnels de santé.¹⁷³³

Section 2 Vers une « privatisation » de la protection sociale

Nous avons déjà évoqué plus avant les conditions de transmissions des données personnelles de santé entre régimes obligatoires d'assurance maladie et compagnies d'assurance privées dans le cadre restreint et fortement encadré du recours contre tiers responsable.

Il est fréquemment évoqué la possibilité d'une évolution importante de la protection sociale en France avec prise en charge des prestations par des organismes de protection sociale de structure privée. Ces sociétés d'assurance se positionnent sur le terrain de la gestion du risque en demandant un accès aux données personnelles de santé collectées par les régimes obligatoires.

Sous section 1 Les organismes de protection complémentaire

Afin de comprendre les différents éléments constitutifs de l'intervention de ces organismes et de leur éventuel droit à réception de données, nous allons présenter ci-dessous un descriptif de leur fonctionnement.

§ 1 Le marché de l'assurance santé complémentaire

Le marché de l'assurance santé complémentaire¹⁷³⁴ est réparti entre trois types d'intervenants soumis à une législation différente.

¹⁷³⁰ Guide de procédure du contrôle contentieux, CNAMTS, non publié, Version du 7 juillet 2008, p. 33

¹⁷³¹ Art. L. 315-2 dernier alinéa du code de la sécurité sociale «*Sous réserve des dispositions de l'article L.324-1, tout assuré ou bénéficiaire de l'aide médicale de l'Etat ou de la prise en charge des soins urgents (...) est tenu de se soumettre aux contrôles organisés par le service du contrôle médical. La Caisse suspend le versement des indemnités journalières lorsque l'assuré qui en bénéficie ne respecte pas cette obligation*».

¹⁷³² Art. L. 324-1 du code de la sécurité sociale

¹⁷³³ Art. L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale

¹⁷³⁴ On exclura volontairement du champ de notre étude les contrats « assurance-vie » ou assurance décès concernant des événements liés à la durée de la vie humaine tels que décès prématuré, soit la survie prolongée.

1 Les différents intervenants

Les mutuelles régies par le code de la mutualité à but non lucratif¹⁷³⁵ qui représentent 61 % du marché à la date du rapport Babusiaux, n'ont pas pour objectif de réaliser des bénéfices mais de répartir les risques entre tous leurs adhérents. Mutuelles de fonctionnaires et mutuelles d'entreprise, elles sont régies par le code de la mutualité.

Les institutions de prévoyance relevant à but non lucratif du titre III du livre IX du code de la sécurité sociale (19 % du marché) sont des établissements créés sur la base d'accords entre partenaires sociaux et gérés par des représentants des salariés et des représentants des employeurs. Elles n'ont pas de but lucratif et relèvent du code de la sécurité sociale.

Les sociétés d'assurance (19 % du marché), à forme anonyme ou mutuelle, sont des sociétés commerciales à but lucratif et relèvent du code des assurances.¹⁷³⁶

La loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques s'applique indifféremment aux trois catégories.¹⁷³⁷

Il existe deux types de contrats : les contrats collectifs souscrits par un employeur pour ses salariés, et les contrats individuels souscrits par une personne qui ne bénéficie pas de protection complémentaire dans le cadre de son emploi ou en complément d'une complémentaire d'entreprise qui lui semblerait insuffisante¹⁷³⁸.

Les complémentaires d'entreprise sont souvent intégrées dans un ensemble plus vaste. Un contrat de prévoyance propose non seulement la prise en charge des frais de soins mais aussi une garantie supplémentaire, garantie incapacité de travail et/ou garantie invalidité. L'adhésion peut n'être que facultative, seuls les salariés intéressés adhèrent à la complémentaire ou obligatoire.

Tous ces intervenants sont, comme d'ailleurs les régimes de protection sociale obligatoire, des personnes morales de droit privé. Ils peuvent tous distribuer des contrats individuels ou collectifs. En pratique, les mutuelles gèrent le plus fréquemment un « *contrat mutualiste* » auquel adhèrent leurs membres sur une base individuelle. Seules les mutuelles interprofessionnelles proposent des contrats auxquels tous peuvent adhérer.

Le risque assuré, conséquences patrimoniales nées de la survenance de l'un ou l'autre de ces événements, n'étant pas inclus dans les prestations des régimes obligatoires, voir sur ce point AULAGNIER J., Actualité du contrat d'assurance, Droit & Patrimoine, 2003, n°120, 11-2003, Dossier optimisation patrimoniale.

De même on exclura les contrats « *individuels accidents* » et « *Garantie des accidents de la vie* » qui dépassent le champ des prestations sociales de l'assurance maladie. Voir sur ce point BEJUI-HUGUES H., BÉSIÈRES-ROQUES I., « Evaluation et réparation de dommages corporels à la suite d'un accident : quelques notions », Actualité Juridique Famille 2004 p. 305, Editions Dalloz 2009

¹⁷³⁵ Les mutuelles se présentent comme conservant une mission de solidarité

¹⁷³⁶ TILMANT-TATISCHEFF N., INC document, Fiche pratique, Les contrats d'assurance complémentaires santé, J. 98, Actualisation le 01-02-07, Les différents acteurs proposant une complémentaire santé

¹⁷³⁷ TILMANT-TATISCHEFF N., INC document, Fiche pratique, Les contrats d'assurance complémentaires santé, J. 98, Actualisation le 01-02-07, Les différents acteurs proposant une complémentaire santé

¹⁷³⁸ On parle alors de « surcomplémentaire »

Les contrats des institutions de prévoyance, le plus souvent souscrits par les entreprises au profit de leurs salariés, créés sur la base d'accords entre partenaires sociaux et gérés par des représentants des salariés et des représentants des employeurs, sont le plus fréquemment de nature collective.

Les contrats souscrits auprès des sociétés relevant du code des assurances le sont majoritairement dans un cadre d'adhésion individuel (57% contre 43% de contrats de nature collective).¹⁷³⁹

Bien que de fonctionnement harmonisé depuis l'ordonnance du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives européennes de 1992 relatives « à l'assurance vie et à l'assurance non-vie »¹⁷⁴⁰, concernant notamment la dépendance, la perte de capacité et le décès, ces intervenants proposent des engagements contractuels différant tant dans leurs conditions de souscription, consentement au contrat, qu'en ce qui concerne la communication d'informations personnelles.

2 Les prestations proposées

Il existe une certaine liberté concernant les solutions assurancielles, permettant la prise en charge de prestations non couvertes par les régimes obligatoires d'assurance sociale, et laissant la place pour une démarche volontaire de souscription.¹⁷⁴¹ Ces contrats offrant une couverture à caractère indemnitaire sont le plus souvent connus sous la dénomination de « *protection familiale* » de type « *individuelle scolaire* » ou « *garantie des accidents de la vie* ».

Même si l'on doit admettre l'intérêt de la mise en œuvre de ce type de contrat pour l'ensemble des intervenants, on doit néanmoins signaler que leur couverture intervient le plus souvent soit en dehors des prestations habituelles des organismes de protection sociale, soit après eux, en complément. Cette position est conforme à la directive européenne du 25 septembre 2002 concernant l'économie générale des contrats d'assurance-vie qui nécessite que certaines conditions soient remplies.

Ces conditions sont notamment :

« *Qu'à la survenance de cet événement soit lié un besoin, c'est-à-dire qu'il s'accompagne d'un risque, risque apprécié par le souscripteur, risque couvert par l'assureur. Il ne peut y avoir assurance sans risque à couvrir ;*

Que cet événement ne soit pas d'une trop grande fréquence (occurrence) pour que le risque puisse être assurable, c'est-à-dire couvert, par mutualisation des primes versées, primes entre les personnes qui ont à subir le risque ;

Que grâce notamment à la mutualisation (la capitalisation peut également jouer), le capital reçu pour couvrir le risque soit évidemment supérieur aux primes versées (effet de levier) ;

¹⁷³⁹ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 11

¹⁷⁴⁰ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 12

¹⁷⁴¹ BEJUI-HUGUES H., BESIERES-ROQUES I., « Evaluation et réparation de dommages corporels à la suite d'un accident : quelques notions », Actualité Juridique Famille 2004 p. 305, Editions Dalloz 2009

Que le contrat soit aléatoire, c'est-à-dire qu'il y ait gain ou perte pour les parties au contrat, ou au moins l'une d'entre elle, dans le cas de survenance de l'événement lié à la durée de la vie humaine (condition nécessaire mais non suffisante) ».

On voit donc que ces conditions ne permettent pas d'assimiler contrat d'assurance-vie et couverture maladie telle qu'elle est prise en charge par les organismes de protection sociale. Tout assuré sera nécessairement malade un jour, même si sa maladie peut être de courte durée. Le nombre d'assuré « *malade* » nécessitant des soins est très important et en augmentation du fait du vieillissement de la population et de la vie prolongée actuelle des patients. Il semble difficile d'équilibrer les comptes de manière à contenir les dépenses en dessous du niveau des primes cumulées des affiliés.

§ 2 Les populations concernées

Quatre populations d'assurés regroupent plusieurs millions d'assurés. Il s'agit des fonctionnaires, des professions indépendantes, des exploitants agricoles et des salariés agricoles. L'assureur maladie complémentaire¹⁷⁴² détient, en raison de son activité au titre des régimes obligatoires, les informations détaillées normalement destinées aux seuls régimes obligatoires.

Ces cas ne peuvent donc pas être considérés comme marginaux. Même si l'accès aux données du Système National d'Informations Inter Régime de l'Assurance Maladie (S.N.I.I.R.-A.M.) est possible sur avis de la C.N.I.L., cela crée entre ces assureurs complémentaires et les autres non-destinataires des informations une distorsion potentielle de concurrence puisque tous les assureurs complémentaires ne disposent pas de ce fait des mêmes possibilités d'accès à l'information.

§ 3 Une crise de modèle

Les annonces successives de l'aggravation du déficit de la Sécurité Sociale s'associent à une crise du modèle qui avait prévalu jusqu'alors pour les assurances complémentaires.

1 L'augmentation des dépenses de soins

L'augmentation des dépenses de soins, due en partie au transfert de charges du régime obligatoire, se traduit par une augmentation régulière des dépenses et donc des cotisations.¹⁷⁴³ En conséquence logique de cette évolution, une démarche de maîtrise des dépenses se développe dans les assurances complémentaires. En effet, parmi les cinq conditions de l'économie générale du contrat d'assurance telle qu'elle est définie par la directive européenne sur l'assurance-vie du 25 septembre 2002, il faut notamment que l'événement concerné ne soit pas d'une trop grande fréquence, que les prestations reçues soit supérieures aux primes

¹⁷⁴² Mutuelles du code de la mutualité, institutions de prévoyance du code de la sécurité sociale et sociétés relevant du code des assurances

¹⁷⁴³ Fondation APRIL, « Le système de soins français dans l'impasse ? », Santé équitable, Dossier de presse, 27 mars 2009, p. 7

versées, au risque d'empêcher¹⁷⁴⁴ les assurés potentiels de souscrire¹⁷⁴⁵, et que le contrat soit aléatoire.

La nécessité d'équilibre entre les cotisations et les prestations ne peut que s'associer à une démarche de gestion¹⁷⁴⁶, à une « *implication des opérateurs privés dans le pilotage de l'offre de soins notamment pour l'utilisation plus intensive des technologies de l'information.* »¹⁷⁴⁷

Les sociétés d'assurance ont d'ailleurs mis en œuvre depuis de nombreuses années de démarches de recherche des fraudes grâce à des services spécialisés bien avant que les régimes de protection sociale n'initient une telle démarche.¹⁷⁴⁸

2 La démarche de gestion du risque

Déjà, en février 2008, le Ministre du Budget annonçait un probable déficit de la Sécurité Sociale de l'ordre de 15 milliards d'euros en 2009. Cette tendance correspondait à une reprise brutale de la croissance du déficit après quatre ans de décélération.

Du côté des assurances complémentaires santé, il a été constaté aussi une augmentation des dépenses de soins, due en partie au transfert de charges du régime obligatoire, se traduisant par une augmentation régulière des cotisations.¹⁷⁴⁹ Or le secteur privé se positionne depuis de nombreuses années sur le financement du système de santé en soutenant les évolutions vers un système concurrentiel d'assurances pour financer les dépenses de soins.¹⁷⁵⁰

Pour lutter contre un accroissement des dépenses, les assureurs privés estiment être à même d'intervenir dans la gestion du risque assurantiel du système de santé.

Dans un premier temps, les assureurs ont développé une démarche de contrôle des déclarations des assurés et de la justification de la prise en charge des prestations. Cette démarche, mise en œuvre depuis quelques années par les Caisses nationales d'assurance maladie, est d'ailleurs un « cheval de bataille » classique des assureurs privés.¹⁷⁵¹ Les

¹⁷⁴⁴ GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8, « (...) afin d'éviter que les personnes en meilleure santé ne s'assurent pas, interdiction de tarification à l'âge et encouragement aux assureurs à couvrir les personnes en mauvaise santé par des mécanismes de compensation des risques. »

¹⁷⁴⁵ Et que la société d'assurance y trouve aussi un bénéfice

¹⁷⁴⁶ Notamment pour le « *petit risque* », excluant les dépenses lourdes de type affection de longue durée ALD ou hospitalisation « *lourde* » que tous ceux qui ne souhaite pas la disparition du système des ALD dans le cadre d'un système concurrentiel d'assurances s'entendent à maintenir dans un système de prise en charge classique. « *Socialiser les pertes, privatiser les profits ?* »

¹⁷⁴⁷ GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8

¹⁷⁴⁸ SWIFT J., "With the worst recession for decades upon us, do insurers now have evidence of a direct correlation with fraudulent claims and are there dangers in the definitions being used?", Document POSTM, 16, 07/09/2009 e5790001b (c) 2009 Post Magazine

¹⁷⁴⁹ Fondation APRIL Santé équitable, Dossier de presse, 27 mars 2009, 37 p. p. 7 Le système de soins français dans l'impasse ?

¹⁷⁵⁰ Même si le transfert souhaité vise plus spécifiquement le « petit risque », GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8

¹⁷⁵¹ SWIFT J., "With the worst recession for decades upon us, do insurers now have evidence of a direct correlation with fraudulent claims and are there dangers in the definitions being used?", Document POSTM, 16, 07/09/2009 e5790001b (c) 2009 Post Magazine

analyses des sociétés américaines prennent comme référence un taux de 5% à 8% de déclaratifs frauduleux par les assurés.

Actuellement, les assureurs souhaitent « *l'implication des opérateurs privés dans le pilotage de l'offre de soins notamment pour l'utilisation plus intensive des technologies de l'information.* »¹⁷⁵² Pour cela, il est fréquemment demandé la mise en place d'un accès direct aux données détenues par les organismes de protection obligatoire.

Dans le prolongement de la réflexion sur la transparence, la notion de transfert de données aux assurances complémentaires, quel que soit leur statut, mutuelle, compagnie d'assurance ou institution de prévoyance, provoque de nombreuses réactions.

Déjà les récentes discussions portant sur la possibilité d'introduire des données concernant l'état de santé de citoyens dans un fichier informatique relevant du ministère de l'intérieur¹⁷⁵³ avaient soulevé de nombreuses oppositions.

Un protocole d'accord signé le 28 juillet 2008 entre le gouvernement et la Mutualité française permet « *l'accès des organismes complémentaires santé aux données de remboursement (...) dans le respect de l'anonymat qui doit être garanti aux assurés* »¹⁷⁵⁴ après avis favorable de la commission nationale informatique et liberté en date du 18 septembre 2008, cette autorité étant particulièrement sensible aux risques d'interconnexion des fichiers susceptible d'anéantir les efforts d'anonymat.

2-1 L'accès aux statistiques

L'accès aux données statistiques collectées par les organismes de protection obligatoire est ancien et concerne des données non nominatives destinées à la mise en œuvre d'une démarche de gestion du risque et à une évaluation prévisionnelle des dépenses donc des primes ou cotisations.

Les demandes concernent de plus en plus fréquemment des données nominatives.

2-1-1 Le rapport Babusiaux

Dans les suites du rapport Babusiaux, l'accès aux données statistiques issues du S.N.I.I.R.-A.M. a déjà été ouvert à l'Union nationale des Organismes Complémentaires (U.N.O.C.A.M.) sous le contrôle de l'Institut des Données de Santé, institut regroupant les acteurs publics ou privés du système de soins. Depuis, des expérimentations ont été initiées localement par la Mutualité française, AXA, Groupama et Swiss Life visant à une généralisation de la transmission des données de santé personnelles¹⁷⁵⁵. Le récent protocole d'accord devrait aboutir à un élargissement des destinataires de ces informations vers les

¹⁷⁵² GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8

¹⁷⁵³ Fichier Edvige qui a été modifié depuis

¹⁷⁵⁴ BOURGUIGNON A., « Transfert de données aux complémentaires, le CISS crie au loup », Le quotidien du médecin, n° 8437, vend. 10 octobre 2008, www.quotimed.com

¹⁷⁵⁵ Professeur Canardeau, Faux-culs contre Sécu, Le canard enchaîné, mercredi 15 octobre 2008, p. 5

sociétés d'assurance, les syndicats de professionnel de santé, les associations de patients et d'usagers. Même s'ils sont concernés par cette communication, le Collectif Interassociatif Sur la Santé (C.I.S.S.)¹⁷⁵⁶ et la Confédération des Syndicats Médicaux Français craignent une évolution du contenu des données sur les dépenses permettant une sélection des risques défavorable aux assurés.

Si l'on doit admettre la possibilité pour les organismes complémentaires d'accéder, dans le cadre strict de leur mission de gestion du risque, aux données de santé anonymisées, on ne peut que comprendre les questions soulevées sur la sécurité de cette transmission placée sous le contrôle de la C.N.I.L. On peut relever les moyens humains et techniques limités de cette autorité, qui bien que disposant de pouvoirs autonomes de sanction, semble se voir ainsi confier une mission difficile à assumer¹⁷⁵⁷. On peut rappeler aussi que la C.N.I.L. avait donné un avis favorable à la création du fichier Edvige déjà cité, bien avant que les réactions populaires provoquent son remplacement et la limitation de son champ d'action.

2-1-2 Les demandes de communication

Depuis de nombreuses années, les assureurs complémentaires ont demandé d'accéder aux données de santé contenues dans les feuilles de soins électroniques. Le Ministre de la santé, dans une lettre de mission du 26 novembre 2002 a confié à Monsieur Babusiaux une mission exploratoire destinée à permettre un accès de manière sécurisée aux données de santé aux assureurs complémentaires. Cette mission a été confirmée par une lettre du 7 février 2003, le Ministre rappelant l'importance de maintenir l'anonymat des données et la protection des libertés individuelles.

Il doit être signalé que les possibilités de sélection des assurés et l'adaptation des montants des primes en fonction de l'état de santé des postulants aux contrats existent déjà.

2-2 *L'accès aux informations de santé et la sélection des assurés*

L'existence d'un questionnaire de santé à l'adhésion permet à l'assureur de procéder à une sélection médicale et de moduler les primes en fonction de l'état de santé de l'assuré. La loi a cependant limité cette sélection.

En matière de contrats individuels, les questionnaires de santé sont de moins en moins fréquents.

Les contrats proposés par des mutuelles du code de la mutualité ne donnent jamais lieu à sélection médicale¹⁷⁵⁸.

¹⁷⁵⁶ BOURGUIGNON A., « Transfert de données aux complémentaires, le CISS crie au loup », Le quotidien du médecin, n° 8437, vend. 10 octobre 2008, www.quotimed.com

¹⁷⁵⁷ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., *L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques*, 26 mai 2003, rapport pour le Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées, p. 10

¹⁷⁵⁸ Art. L. 112-1 du code de la mutualité

Pour les sociétés d'assurance, le questionnaire de santé a tendance à disparaître mais il reste fréquent pour les garanties d'un montant élevé ou en fonction de certaines situations comme par exemple l'âge du candidat au contrat. En fonction des réponses apportées, l'assureur va alors refuser l'adhésion, ajuster le montant de ses tarifs en fonction de l'état de santé de l'assuré et/ou exclure les « suites d'une maladie contractée antérieurement à l'adhésion »¹⁷⁵⁹.

En ce qui concerne les contrats collectifs, si le questionnaire médical est possible, il est rare. Lorsque l'adhésion est facultative, l'assureur peut également refuser l'adhésion d'un salarié, exiger une surprime ou exclure les suites d'une maladie contractée avant l'adhésion, dès lors que la maladie est clairement identifiée¹⁷⁶⁰.

L'absence de connaissance de l'état de santé du postulant à l'assurance peut amener la compagnie à utiliser des politiques de discrimination au second degré telles que les agents s'auto sélectionnent en révélant indirectement des informations sur cet état de santé. Un contrat d'assurance complet sera coûteux mais aura la préférence des agents à haut risque alors que les agents à bas risque se satisferont d'une assurance partielle à prix réduit¹⁷⁶¹.

Lorsque l'adhésion est obligatoire, l'assureur doit prendre en charge les suites d'un état pathologique antérieur à l'adhésion¹⁷⁶². Il ne peut pas refuser d'assurer un salarié parce qu'il est atteint d'un état pathologique au jour de l'adhésion ou exclure une pathologie ou affection dès lors que celle-ci ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de la sécurité sociale, même si elle est antérieure à l'adhésion.

En pratique, seule une assurance universelle à des conditions de prime et de couverture indépendantes de l'état de santé peut assurer le traitement équitable des assurés et empêcher l'éviction des hauts risques. Il revient à l'État d'imposer cette forme de tarification pour l'ensemble des organismes de protection complémentaire.

2-3 Les motifs des demandes

Les demandes des assureurs complémentaires ont plusieurs motifs.

2-3-1 La gestion du risque

En ce qui concerne la « gestion du risque », afin de disposer des informations nécessaires pour équilibrer leurs comptes de gestion, de participer à la maîtrise des dépenses

¹⁷⁵⁹ Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, art. 3 le contrat doit alors préciser clairement la ou les maladies dont les suites ne seront pas prises en charge

¹⁷⁶⁰ GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8 Un encadrement strict doit permettre la mise en place de mécanismes de compensation des risques afin éviter que les personnes en meilleure santé ne s'assurent pas ou les personnes en mauvaise santé soient exclus

¹⁷⁶¹ MOUGEOT M., « La régulation du système de santé », p. 9 in MOUGEOT M., ATKINSON T., DIMICOLI Y., ROSA J.-J., *Régulation du système de santé*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, Compléments BUREAU D., CAUSSAT L., HENRIET D., MAJNONI D'INTIGNANO, ROCHET J.-C., Annexes préparées par le CREDES, la Direction de la Prévision et l'INSEE, La Documentation française. Paris, 1999 p. 9

¹⁷⁶² Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, art. 2

de santé et de ne plus être en situation de « *payeur aveugle* », les organismes sont dans la nécessité de connaître avec précision les éléments constitutifs des actes de santé dont ils devront rembourser une partie des dépenses.

La définition du panier de soins

Ces informations devraient permettre aux sociétés d'assurance non seulement d'adapter en prévisionnel, et non plus seulement en fonction des dépenses constatées, le contenu des prestations, le montant des cotisations ou primes mais aussi de développer une démarche concernant les relations conventionnelles avec les professionnels de santé. Cela peut correspondre à la mise en œuvre de démarches de prévention comme la prise en charge de vaccins ou thérapeutiques non prévues au remboursement par les régimes obligatoires.

Selon certains auteurs, « *l'accès aux données de soins demandé par les OCAM n'a pas pour objectif la sélection des personnes avant ou après la souscription du contrat. Ces données ne peuvent pas, non plus, être utilisées en cours de contrat pour majorer la cotisation d'une personne comte tenu de sa consommation médicale ou pour résilier son contrat (garanties viagères). Les OCAM souhaitent simplement disposer de certaines données pour améliorer les garanties qu'ils proposent à leurs assurés et leur rendre un service plus efficace.* »¹⁷⁶³

La justification du remboursement

Il peut y avoir aussi nécessité de contrôle de la justification du remboursement allant de la justification de l'acte au moyen du maintien, voire du développement, du champ des ententes préalables jusqu'à la vérification de la conformité de la facturation des actes par les professionnels de santé ou les fournisseurs de prestations.

Les mêmes outils peuvent être utilisés afin de permettre la mise en œuvre d'actions visant à maintenir ou améliorer la qualité des soins, comme par le biais du contrôle du contrôle technique destiné à rechercher la sanction des pratiques dangereuses sur le plan des soins personnels ou de la santé publique. Il est proposé une contractualisation avec les professionnels de santé pour le développement de la prévention ou le respect des référentiels de pratiques professionnels.¹⁷⁶⁴

2-3-2 La gestion interne du fonctionnement des entreprises

La télétransmission devrait permettre une diminution des coûts telle que l'ont connu les organismes de protection obligatoires par la diminution du coût unitaire de traitement d'un dossier. L'absence de manipulation de supports papier et la rapidité de traitement de ces dossiers par scannérisation et télétransmission permet une réaffectation des ressources humaines.

¹⁷⁶³ L'UNOCAM, « La gestion du risque par les complémentaires Santé », pp. 112-127, Dossier *La gestion du risque*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, p. 125

¹⁷⁶⁴ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 14

2-3-3 Une transmission de données personnelles de santé

Il nous semble nécessaire de considérer cette communication d'information comme justifié à partir du moment où elle a été reconnue par la loi. Mais s'il semble nécessaire, pour les raisons économiques déjà évoquées, d'admettre la possibilité ouverte aux assureurs complémentaires d'accéder aux données de remboursement, c'est néanmoins à ce niveau de la réflexion que persistent les difficultés.

Depuis de nombreuses années, les assureurs complémentaires ont demandé d'accéder aux données de santé contenues dans les feuilles de soins électroniques. Le Ministre de la santé, dans sa lettre de mission du 26 novembre 2002 confiant à Monsieur Babusiaux une mission exploratoire, a confirmé par une lettre du 7 février 2003 l'importance de maintenir l'anonymat des données et la protection des libertés individuelles.

2-4 *L'objet de la communication*

Sous forme papier, qu'il s'agisse d'ordonnances ou de devis, ou en flux informatique, les assureurs complémentaires reçoivent actuellement, pour l'application de leurs clauses contractuelles, des informations d'ordre médical provenant des assurés ou du professionnel de santé. Par contre, au moment de la facturation ou de la demande de remboursement, ils ne reçoivent qu'une information globale au vu de laquelle il effectuent leur paiement, sans pouvoir rapprocher toujours les deux types d'informations et donc contrôler la bonne application du contrat.

D'ores et déjà, il y a possibilité pour les organismes complémentaires de recueillir des informations, soit du fait des actes ou prestations, soit grâce à leur activité particulière de gestionnaire délégué par l'Assurance Maladie.

Initialement les demandes de remboursement électronique reçues par les assureurs complémentaires comportaient, conformément à la N.G.A.P., pour les actes médicaux la lettre clé, le volume ainsi que la majoration éventuelle de nuit, d'urgence, de jour férié. La transmission aux assureurs complémentaires des actes techniques médicaux et dentaires de la C.C.A.M. regroupe les données en une quinzaine de postes, sans précision sur le détail des actes au niveau le plus fin de la nomenclature.

Pour la pharmacie, il y a communication du montant global payé par l'assuré par taux de remboursement, les codes C.I.P., qui individualisent chaque médicament, ne sont pas transmis.

Pour les produits de santé tels que prothèses, appareillage acoustique, les assureurs complémentaires ne disposent pas des codes du fait de l'absence actuelle de codage.

De même, en cas d'hospitalisation, la spécialité de certains établissements ou de professionnels de santé ou la nature de l'intervention grâce à la lettre clé et son coefficient associé, s'il est atypique, renseignent sur l'acte réalisé et donc sur la pathologie. Lorsque la personne fait l'objet d'une exonération du ticket modérateur par le régime obligatoire, cela permet d'en déduire un état pathologique, même si la nature n'en est pas connue.

2-5 La conformité de la communication

Cette démarche est conforme à l'article 40-12 de la loi du 27 juillet 1999¹⁷⁶⁵ modifiant la loi du 6 janvier 1978 qui prévoit que les données « issues des systèmes d'information visés à l'article 710-6 (L. 6113-7 nouveau) du code de la santé publique, (...) celles issues des systèmes d'information des caisses d'assurance maladie, ne peuvent être communiquées à des fins statistiques d'évaluation ou d'analyse des pratiques et des activités de soins et de prévention que sous la forme de statistiques agrégées ou de données par patient constituées de telle sorte que les personnes concernées ne puissent être identifiées. »¹⁷⁶⁶

Bien que de fonctionnement harmonisé depuis l'ordonnance du 19 avril 2001 relative au code de la mutualité et transposant les directives européennes de 1992 relatives « à l'assurance vie et à l'assurance non-vie »¹⁷⁶⁷, -notamment dépendance, perte de capacité, décès-, ces intervenants proposent donc des engagements contractuels différant tant dans leurs conditions de souscription, consentement au contrat, qu'en ce qui concerne la communication d'informations personnelles.

2-5-1 Le consentement au contrat

En ce qui concerne les contrats de nature collective, le consentement pour contracter et résilier est détenu par la personne morale et non par le bénéficiaire des garanties contractuelles, ce dernier étant souvent lié par le contrat avec l'employeur et n'étant informé que des éléments contractuels. Par contre, les contrats individuels présupposent un consentement au contrat.

2-5-2 La transmission de données médicales

En ce qui concerne « la transmission des données médicales à l'occasion de l'exécution du contrat, les règles applicables sont identiques et indépendantes de la nature du contrat, qu'il soit individuel ou collectif, à adhésion individuelle ou obligatoire. »¹⁷⁶⁸. La loi du 31 décembre 1989, dite loi Evin, renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, a prévu des dispositions communes pour les contrats d'assurance santé.

¹⁷⁶⁵ Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 modifiant la loi du 6 janvier 1978

¹⁷⁶⁶ DUSSERRE L., *La commercialisation des informations médicales est-elle « déontologiquement correcte »*, Rapport adopté par le Conseil national de l'Ordre des médecins lors de la Session des 29 et 30 juin 2000, p. 4

¹⁷⁶⁷ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 12

¹⁷⁶⁸ BABUSIAUX C., BREAS L., ESLOUS L., THOUVENIN D., « L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques », Ibid. p. 12

2-5-3 Les différents types de contrats

L'utilité d'accès aux données personnelles de santé est variable selon le type de contrats proposés par les organismes de protection complémentaires.

Le contrat collectif

Lorsque le contrat est collectif à adhésion obligatoire, les assureurs complémentaires ne peuvent refuser de prendre en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat. Ils ne peuvent de même exclure des pathologies ou affection ouvrant droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général du champ d'application des contrats. Le risque est réparti sur l'ensemble des souscripteurs.

Le contrat individuel

Lorsque le contrat est individuel et relève du code de la mutualité, il n'y a pas de recueil à la souscription d'informations de nature médicale. Les mutuelles ont l'interdiction, pour les opérations relevant de l'activité de couverture santé, de recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture¹⁷⁶⁹.

Lorsque le contrat est individuel ou collectif à adhésion facultative, la garantie délivrée existe dès lors qu'il y a eu souscription définitive du contrat et donc que l'assureur a accepté cette souscription¹⁷⁷⁰. L'assureur peut refuser l'adhésion, exiger une surprime ou exclure les suites d'une maladie contractée avant l'adhésion, dès lors que la maladie est clairement identifiée.¹⁷⁷¹

L'assuré a droit au maintien de ses garanties même s'il est atteint d'un état pathologique antérieur. Il n'est pas possible d'exclure une «*pathologie ou affection*» dès lors que celle-ci «*ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de la sécurité sociale*». L'assureur peut par contre modifier le montant de la prime en fonction de la catégorie tarifaire à laquelle appartient l'assuré et de l'évaluation réalisée par ses actuaires en fonction de la situation médicale et du risque.

Il peut aussi initier un examen médical réalisé par un professionnel de santé rémunéré par lui faisant une analyse de la situation médicale et transmettant par la suite aux gestionnaires de la compagnie un avis dans le respect du secret professionnel pour évaluation des propositions de tarification des primes à l'attention du postulant.

« Dans la pratique, la mise en œuvre d'un questionnaire de santé à l'adhésion permet à l'assureur de procéder à une sélection médicale et de moduler les primes en fonction de l'état de santé de l'assuré. La loi a cependant limité cette sélection. »¹⁷⁷²

¹⁷⁶⁹ Art. 112-1 du code de la mutualité

¹⁷⁷⁰ Art. 2 de, la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

¹⁷⁷¹ Art. 3 de la loi no 89-1009 du 31 décembre 1989

¹⁷⁷² TILMANT-TATISCHEFF N., INC document, Fiche pratique, « Les contrats d'assurance complémentaires santé », J. 98, Actualisation le 01-02-07, Les différents acteurs proposant une complémentaire santé

Même si l'on doit signaler l'absence d'intérêt des techniques, souvent coûteuses, de sélection médicale pour des contrats de coût limité¹⁷⁷³, Le questionnaire de santé, plutôt utilisé par les sociétés d'assurance, reste fréquent pour les garanties d'un montant élevé et est même parfois systématique pour les candidats à l'assurance les plus âgés, quel que soit le niveau de la formule.

2-5-4 Scoring ou profilage

Le traitement de données médicales par une entreprise d'assurance semble justifié par la nécessité de disposer de données relatives à la santé pour la gestion des prestations sous les conditions de principe que les données soient strictement nécessaires à l'exécution du contrat et que la finalité de l'exécution du contrat d'assurance exclue le « profilage » d'une population donnée¹⁷⁷⁴.

En pratique, il n'est pas possible d'exclure, du fait de cette communication des données le risque de classement des individus et une automatisation des prises de décision de type « *scoring* » sur la base de « *profils de personnalité* » ou de « *segments comportementaux* » destiné à prévoir la consommation des assurés¹⁷⁷⁵ permettant le « *profilage* » des populations d'assurés.

Il semble nécessaire, pour évoquer les risques de mise en œuvre de démarche de « *scoring* » déjà évoqués plus haut d'initier des protections réglementaires ou contractuelles aboutissant à une information de l'assuré. Cette information devrait porter sur la mise en place de fichiers informatiques nominatifs concernant les données personnelles de situation personnelle telle que l'âge, le sexe mais aussi de santé, sur les motifs des décisions prises associée à des voies de recours, et sur l'interdiction d'utilisation de données illégalement collectées pour décision¹⁷⁷⁶.

§ 4 L'intégration des systèmes complémentaires aux systèmes obligatoires

On peut envisager la création d'un système complémentaire s'associant aux systèmes obligatoires actuels. Une partie des risques serait couverte par les régimes de base, comme par exemple les soins particulièrement coûteux ou les hospitalisations longues et complexes dans le cadre d'un panier de soins de portée limitée. Une autre partie, toujours obligatoire,

¹⁷⁷³ LENOIR D., « La mutualité face à ses enjeux », Revue de droit sanitaire et social 2009 p. 397 L'essentiel de la partie explicable de la variance du coût du risque en santé est corrélée avec l'âge du bénéficiaire

¹⁷⁷⁴ PIERRE-BEAUSSE C., « La protection des données personnelles », ed. *promoculture*, 2005, 378 p.

¹⁷⁷⁵ MAITROT de la MOTTE A., « Le droit au respect de la vie privée », 17 pp. 271-383 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

¹⁷⁷⁶ MAITROT de la MOTTE A., « Le droit au respect de la vie privée », 17 pp. 271-383 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

concernant les soins moins essentiels, ferait l'objet d'une liberté de choix de l'assuré en ce qui concerne le gestionnaire des prestations.

Le législateur a le pouvoir d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier l'opportunité. Cependant, « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ». ¹⁷⁷⁷

L'intégration des assurances complémentaires au sein du système national régulé par l'Etat aurait l'intérêt de justifier la notion de transmission des données personnelles de santé dans le respect des droits de la vie privée.

1 La nécessité d'une validité constitutionnelle

Le droit à la protection de la santé ne s'oppose pas à la création d'un système facultatif parallèle à un système obligatoire préexistant. ¹⁷⁷⁸

Toutes dispositions, modifications profondes et essentielles du modèle actuel de la société française, devraient être telles que le Conseil constitutionnel puisse vérifier que la loi prévoit des garanties effectives, de telle façon que l'atteinte à la vie privée soit limitée à ce qui est indispensable. Il a déjà été amené à constater que les conditions de la transmission des informations d'ordre médical dans le cadre de l'organisation des régimes obligatoire obéissent à des conditions de protection suffisantes. En effet, elles sont destinées au seul service médical, les médecins-conseils étant astreints au secret professionnel, y compris envers l'organisme qui fait appel à leurs services. « *Les modalités d'acheminement de ces documents sont de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent* ».

Sauf à imaginer de nouvelles conditions permettant de garantir le respect du secret de la vie privée, de telles garanties, comme l'intervention d'un service médical, devraient être reproduites dans toute nouvelle architecture de système de santé.

Ainsi, selon les statuts et rôles définis par le législateur, on peut admettre que les organismes d'assurances complémentaires contribuent à la protection de la santé, si les garanties fondamentales proposées sont définies par la loi et le règlement et que leurs gestions et dépenses sont intégrées dans les comptes de l'état.

On peut promouvoir deux grands principes d'intégration de ces organismes.

2 La création d'un système facultatif de protection sociale

On peut envisager la création d'un système facultatif parallèle aux systèmes obligatoires actuels. La décision du 20 mars 1997 du Conseil constitutionnel conclu que « *l'institution d'un système facultatif d'épargne en vue de la retraite (...) venant s'ajouter aux*

¹⁷⁷⁷ Cons.const. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 loi portant création d'une couverture maladie universelle

¹⁷⁷⁸ DC n° 97-388 20 mars 1997 relative à la loi créant des plans d'épargne retraite. Cette décision ne se réfère pas à la protection de la santé mais à la sécurité matérielle

prestations des régimes obligatoires de base et complémentaires de la sécurité sociale (...) ne modifie pas les droits et obligations résultant du régime général d'assurance vieillesse de la sécurité sociale et des régimes complémentaires ; elle ne saurait dès lors être regardée comme portant atteinte aux principes énoncés par les dispositions précitées.»¹⁷⁷⁹

Même si cette l'on doit relever que cette décision porte sur un régime de retraite et non pas sur le régime d'assurance maladie, il ne faut pas oublier que dans les conditions du droit positif actuel, le régime français de sécurité sociale comporte l'ensemble des branches maladie et maternité, accident du travail et maladie professionnelle, famille, retraite et dépendance. On peut donc, en suivant les conclusions de Monsieur Babusiaux, estimer que la décision est applicable au régime d'assurance maladie ou accident du travail et maladie professionnelle. L'association de systèmes obligatoires et de systèmes facultatifs peut se justifier.

Néanmoins, cette justification ne semble pas suffire pour admettre un accès direct des assurances complémentaires aux données médicales. En effet, cette construction, si elle omettait de définir un service rendu de base tout à la fois minimal en ce sens qu'il pourrait y avoir extension du champ de couverture sur une base contractuelle, mais aussi optimal pour permettre une égalité de chance d'accéder aux soins, aurait comme conséquence une absence de réelle concurrence jouant sur les services rendus, les coûts de gestion et l'étendue du panier de soins. Les régimes obligatoires seraient limités par la réglementation alors que les régimes facultatifs pourraient proposer des prestations supplémentaires tels que remboursement des suppléments d'honoraires, des actes de médecines d'exercice particulier ou prise en charge d'actes non prévus au remboursement par l'assurance maladie obligatoire comme les prestations dite « de confort », la nutrition ou l'esthétique. Cette absence de concurrence ne permettrait pas de situer le service rendu dans le champ d'une liberté fondamentale et ne pourrait donc être un argument justifiant les atteintes au droit au respect de la vie privée.

De plus, les régimes obligatoires ne participant pas à l'équilibre financier de la sécurité sociale, il ne serait pas possible de se fonder sur l'exigence de cet équilibre pour valider la possibilité de communication des données. Un texte de loi équivalent à l'article L. 161-29 du code de la santé publique au bénéfice des assureurs complémentaires risquerait d'être invalidé, sauf à trouver un autre fondement constitutionnel.

3 L'intégration des systèmes complémentaires aux systèmes obligatoires

On peut envisager la création d'un système complémentaire s'associant aux systèmes obligatoires actuels, une partie des risques étant couverts par les régimes de base, comme par exemple les soins particulièrement coûteux ou les hospitalisations longues et complexes dans le cadre d'un panier de soins de portée limitée. Une autre partie, toujours obligatoire, concernant les soins moins essentiels, ferait l'objet d'une liberté de choix de l'assuré en ce qui concerne le gestionnaire des prestations.

Le législateur a le pouvoir d'adopter, pour la réalisation ou la conciliation d'objectifs de nature constitutionnelle, des modalités nouvelles dont il lui appartient d'apprécier

¹⁷⁷⁹ Cons. Const. n° 97-388 DC du 20 mars 1997 relative à la loi créant des plans d'épargne retraite

l'opportunité. Cependant, « *l'exercice de ce pouvoir ne saurait aboutir à priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel* ». ¹⁷⁸⁰

Après avoir admis la possibilité théorique d'une transmission de données personnelles de santé, il doit être envisagé les solutions techniques permettant cette communication.

5 L'encadrement du droit à l'utilisation des données

La description des possibilités techniques de transmission des données personnelles de santé dans le cadre des activités d'assurance démontre l'existence de risques portant sur la violation du secret par accession à des informations privées.

Cette transmission devrait faire l'objet d'un encadrement juridique strict.

5-1 La création d'un système conforme à la réglementation

Des modalités complémentaires d'organisation des circuits, d'engagement contractuel, de contrôle et de sanction en cas de manquement associées à la conservation des données qui ne doivent pas être « *indirectement nominatives* » devraient être mises en place avant toute évolution de la possession de données.

5-2 Les obligations d'informations des assurés

Les modalités de communication aux organismes de protection complémentaire seraient facilitées par leur obligation en retour d'information aux assurés sociaux. Cela porterait sur l'utilisation faites des données. Il pourrait y avoir aussi, grâce à une disposition spécifique identique à celle actuellement édictée et donnant aux organismes de sécurité sociale chargés de la gestion d'un régime obligatoire d'assurance maladie, définition d'une mission générale d'information à destination des assurés sur leur propre consommation ¹⁷⁸¹, sur les actes et tarifs pratiqués par les professionnels et les services assurés par les établissements de santé et leur situation au regard des dispositions conventionnelles ou réglementaires les régissant. ¹⁷⁸²

Il est à noter que des démarches d'information ont dorénavant et déjà été initiées par certaines assurances mutualistes mais cela ne semble pas suffisant pour faire évoluer immédiatement la réglementation, même si Dworkin soutient que « *les propositions de droit sont des interprétations dont l'objet est de justifier une pratique juridique existante. Elles sont vraies si elles présentent une bonne justification* ». ¹⁷⁸³

¹⁷⁸⁰ Cons.const. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 loi portant création d'une couverture maladie universelle

¹⁷⁸¹ De telles informations existent pour le régime général d'assurance maladie des travailleurs salariés par l'intermédiaire du site Internet Ameli

¹⁷⁸² Projet de loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé, enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 5 septembre 2001, présenté par Mme Elisabeth Guigou, p. 7

¹⁷⁸³ DWORKIN R., « La théorie du droit comme interprétation » Droit et société 1-1985, pp. 99-114, 16 p.

5-2-1 Le moment de l'information

L'information peut être fournie à plusieurs moments.

L'information préalable au contrat

L'information médicale est utile lors de la formalisation du contrat couvrant le risque.

En principe, l'assureur peut sélectionner les risques qu'il accepte de prendre en charge et n'est en aucun cas obligé de tous les accepter. Il a toute liberté, dans les limites de la loi¹⁷⁸⁴, pour établir une sélection en sollicitant certains examens médicaux complémentaires, en procédant à certaines exclusions de garantie ou même en refusant sa couverture en présence de risques aggravés. Il peut aussi l'accepter moyennant le paiement d'une surprime. L'article L. 1141-2 du code de la santé publique renvoie pour les risques de santé aggravés tels que les maladies chroniques ou le cancer à une convention telle que celle (s') Assurer emprunter avec un risque aggravé de santé dite A.E.R.A.S. du 6 janvier 2007 « *visant à améliorer l'accès à l'emprunt et à l'assurance des personnes présentant un risque de santé aggravé* » qui porte sur l'accès à l'assurance décès en cas de prêts mais aussi sur le traitement des données personnelles nécessaires à la souscription et à l'exécution des contrats de prêt. Une convention du même type avait été établie le 3 septembre 1991 pour permettre la prise en charge des patients porteurs du S.I.D.A. pour les contrats souscrits en garantie d'emprunts immobiliers.

Dans les contrats de prévoyance individuels, l'assureur a toujours la faculté de refuser un candidat à l'assurance, même si ce refus est lié à l'existence d'un état pathologique¹⁷⁸⁵. Si l'assureur a accepté d'accorder sa garantie, il ne peut exclure les suites des états pathologiques antérieurs à l'adhésion sauf à démontrer qu'il y a eu dol de la part du souscripteur et vice du consentement du fait d'indications inexacts préalables.

La liberté de l'assureur est par contre limitée en ce qui concerne les contrats d'assurance de prévoyance complémentaire¹⁷⁸⁶ garantissant les risques décès, d'atteinte à l'intégrité physique, d'incapacité de travail ou d'invalidité, lorsque les salariés sont garantis collectivement sur la base d'une convention ou d'un accord collectif ou d'une décision unilatérale de l'entreprise.¹⁷⁸⁷

L'assureur ne peut refuser une adhésion au motif que la personne assurable présente « *un état pathologique* ». L'assureur peut refuser de prendre en charge des risques déjà réalisés. Il ne peut par contre pas faire une sélection médicale en refusant d'assurer une personne du groupe, ni refuser de prendre en charge des risques de survenue ultérieure dont la réalisation trouve son origine dans un état de santé pathologique antérieur de l'assuré.

¹⁷⁸⁴ Art. L. 1141-1 du code de la santé publique, loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades. Elle interdit le recours aux tests génétiques.

¹⁷⁸⁵ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

¹⁷⁸⁶ Rapport de la Cour de cassation, 2007, sous la direction scientifique de Madame le professeur Frédérique Dreifuss-Netter

¹⁷⁸⁷ Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi Evin. Voir sur ce point Cass. Civ. 2^e: 28 février 2006, Bull. 2006, II, n° 62, p. 55, pourvoi n° 04-12.627, La fausse déclaration ne peut être sanctionnée dès lors que l'obligation d'adhésion pesait sur l'employeur en vertu d'un accord interprofessionnel.

Lorsque l'adhésion est obligatoire à une assurance de prévoyance collective, la sélection des risques est globale. L'assureur demeure libre d'accepter ou de refuser le groupe qui lui est proposé et, s'il l'accepte, de fixer la tarification et le niveau des prestations qu'il entend accorder¹⁷⁸⁸. En ce qui concerne le remboursement de frais médicaux, l'assureur ne peut pas exclure de sa garantie les pathologies ou affections qui ouvrent droit au service de prestations en nature de la part de la sécurité sociale.

Il existe des contrats dits « *solidaires* » dans lesquels l'assureur s'interdit de recueillir des informations médicales sur l'assuré ou les bénéficiaires et ne fixe pas les cotisations ou les primes en fonction de leur état de santé.

L'information lors de la réalisation du sinistre

L'information médicale est utile lors du règlement, à la suite de la réalisation du sinistre dont les conséquences de la survenue font l'objet du contrat. Il s'agit alors d'estimer le préjudice découlant d'une invalidité ou d'une perte de capacité de gain. Cela peut être enfin le cas lors du versement à des ayants droit d'un capital décès, l'origine du décès devant être déterminée pour éliminer les causes exclues par les stipulations du contrat.¹⁷⁸⁹

5-2-2 Les risques de la communication

En pratique, il a déjà été signalé une fuite de données confidentielles qui a touché une Mutuelle réservée aux étudiants d'une région française. Plusieurs milliers d'adresses personnelles ont été dévoilées par erreur sur le Web en libre accès, y compris pour les robots d'indexation.¹⁷⁹⁰

Cette réalité impose que toutes les garanties de confidentialité soient assurées mais ne change pas la nature médicale et professionnelle du dossier. Le terme de « personnel » se rapporte au mode d'accès. Dès lors qu'il s'agit d'informations médicales, et en vertu du principe de confidentialité qui leur est applicable, la mise en ligne est subordonnée au consentement du patient.

Sous section 2 Secret professionnel et assurances

Il a été envisagé la possibilité de développer la part des assureurs privés dans la prise en charge du système de protection sociale.

La question qui doit être immanquablement posée est celle de l'association existant entre secret professionnel et assurances.

« Le secret médical est fait pour protéger les intérêts légitimes des malades, non pour les empêcher de bénéficier des avantages qu'ils demandent, comme la souscription d'une assurance, ni pour les faire profiter d'avantages indus. L'appréciation de ces intérêts doit guider le médecin traitant comme le médecin d'assurances pour échanger, à la demande du

¹⁷⁸⁸ Art. 2 de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989

¹⁷⁸⁹ Articles 112-3 et 113-2 du code des assurances

¹⁷⁹⁰ PONCET G., « Plus de 4.000 adresses email dévoilées par une mutuelle étudiante », Le Point.fr, 1 septembre 2009

*patient ou de ses ayants droit, les informations, «pertinentes, adéquates et non excessives», afin de leur permettre de bénéficier des justes avantages du contrat d'assurance .»*¹⁷⁹¹

On rappelle que les assurances de personnes sont fréquemment personnelles et volontaires. Elles sont devenues indispensables pour effectuer certaines démarches courantes de la vie socioprofessionnelle, notamment pour les emprunts visant à acquisition de biens mobiliers et immobiliers, et sont contractuelles entre deux parties signataires : le souscripteur et l'assureur pour qui les termes du contrat font la loi des parties. Pour respecter les équilibres financiers de l'assureur et l'intérêt des assurés, le montant de la prime est fonction de la nature et du niveau du risque garanti par l'assureur. Celui-ci peut avoir besoin d'informations médicales lors de la conclusion d'un contrat d'assurance décès et incapacité. Il s'agit d'évaluer le risque à couvrir en fonction de l'état de santé du souscripteur par l'analyse du contenu d'une déclaration de santé, si nécessaire complétée par des examens cliniques ou biologiques et par un bilan médical réalisé par un médecin mandaté par la compagnie. L'usage du questionnaire de santé respecte le secret médical, l'assuré étant maître de divulguer ou de ne pas divulguer toute information sur son propre état de santé, dans son propre intérêt afin de pouvoir souscrire le contrat ou de respecter l'obligation de transparence et de loyauté¹⁷⁹².

§ 1 Les demandes d'information

En dehors de la situation déjà évoquée d'un examen médical réalisé par un professionnel de santé sur demande de la compagnie par l'assurance et dans laquelle la personne qui désire souscrire un contrat a le choix de ne pas se soumettre à l'examen¹⁷⁹³, mais aussi de cacher un antécédent¹⁷⁹⁴, se pose parfois la question des demandes de transmission d'informations de la part d'une compagnie d'assurances faite auprès du médecin ayant pris en charge le patient.

Se pose le problème de la révélation d'une pathologie¹⁷⁹⁵ avérée qui pourrait interférer sur l'application des termes du contrat, la mention d'un diagnostic présumé mais non confirmé, nous semblant pouvoir omise puisque n'ayant pas pu être pratiquement exclu du contrat.

Lorsque le patient demande l'information, il semble aisé de lui transmettre les données détenues, sans accepter de rétention d'information, la confidentialité ne devant pas être détournée de son but qui est l'application des termes du contrat.

La preuve du consentement est facile à apporter auprès du patient après l'avoir dûment informé sur la portée des informations demandées et des conséquences éventuelles de leur

¹⁷⁹¹ HOERNI B., GAZIER F., *Secret médical et assurances*, Rapport actualisé de la session d'octobre 1998, 9 octobre 1998

¹⁷⁹² La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, Comité Permanent des Médecins Européens (CP), CP98/090 Final FR, 06/04/99, <http://www.cpme.be>

¹⁷⁹³ Et donc probablement à ne pas être accepté

¹⁷⁹⁴ Au risque de voir sa bonne foi remise en cause ultérieurement

¹⁷⁹⁵ L'absence d'antécédent médical ne devrait pas poser de difficultés pratique même si l'on vu précédemment que le secret a aussi un versant « négatif », une violation du secret portant sur une absence de maladie étant toujours une violation du secret

révélation. Le moyen le plus simple est de confier le support au patient à destination du médecin conseil.

La question est tout autre lorsqu'il y a demande de divulgation d'informations après ce décès de l'assuré. Les demandes, émanant éventuellement de parents ou d'ayants droit afin d'étayer une demande d'indemnisation, peuvent provenir de compagnies n'ayant pas réclamé d'examen médical lors de l'émission d'une assurance vie à risque de décès. Elles demandent des informations après le décès suite au risque d'erreur dans leur évaluation avant l'accord de couverture. Certaines compagnies d'assurances refusent d'honorer le contrat tant que les informations médicales exigées n'ont pas été communiquées.

Il arrive que les parents ou les ayants droit d'un patient décédé contactent un médecin ayant soigné la personne décédée et lui demandent de communiquer ces informations à une compagnie d'assurances afin d'étayer une demande d'indemnisation. L'origine des demandes émane généralement d'une compagnie n'ayant pas réclamé d'examen médical lors de l'émission d'une assurance vie et qui demande des informations après le décès. Très clairement il nous semble qu'il appartient à la compagnie d'assurances d'évaluer correctement le risque avant d'accorder sa couverture.

§ 2 L'accès à l'information

Afin d'accéder à ces informations, les compagnies d'assurances s'adjoignent un personnel spécialisé, les médecins d'assurance qui interviennent pour la réalisation de contrôle, d'expertise et de conseil. Les examens préalables à la conclusion du contrat sont fréquemment réalisés par des médecins indépendants rémunérés à l'acte. Quelle que soit leur relation avec la compagnie d'assurance, ces médecins ne doivent transmettre à leur organisme mandant qu'un avis technique sur les conditions d'assurabilité du souscripteur résultant de son état de santé, sans avoir à dévoiler la nature de leurs constatations ni les motivations de leur avis.¹⁷⁹⁶

Il persiste des difficultés qui portent sur l'obtention des informations.

1 Les limites de l'accès à l'information

L'accès à l'information portant sur des données personnelles de santé est actuellement encadré par la législation et la jurisprudence.

« Le secret médical ne doit jamais être dévoilé à un tiers, même avec le consentement du malade et celui-ci ne peut pas déléguer à son médecin traitant le droit de disposer du secret le concernant. Quant à la notion jurisprudentielle du secret médical partagé, elle ne s'applique qu'aux médecins qui concourent au diagnostic et au traitement. Or, tel n'est pas le

¹⁷⁹⁶ Cass. crim., 17 mai 1973 ; C. A. de Toulouse, 7 mars 1975 ; Cass. civ. 1ere, 6 janvier 1998 ; article R.4127-104 du code de la santé publique « *Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. Il ne peut et ne doit lui fournir que ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent. Les renseignements médicaux nominatifs ou indirectement nominatifs contenus dans les dossiers établis par ce médecin ne peuvent être communiqués ni aux personnes étrangères au service médical ni à un autre organisme.* »

*cas du médecin de sociétés d'assurances qui est ici un tiers. Toute information médicale doit donc transiter obligatoirement par l'intermédiaire du patient. »*¹⁷⁹⁷

1-1 Le secret médical est opposable à l'assurance

Les médecins mandatés par la compagnie d'assurance peuvent avoir besoin, pour exercer leur contrôle, d'obtenir des informations par l'intermédiaire du médecin traitant en demandant des certificats ou des pièces médicales complémentaires. Lorsque l'organisme d'assurance entend refuser la prise en charge des suites d'une maladie contractée avant l'adhésion au contrat, il lui incombe d'apporter la preuve de l'antériorité de cette maladie, ceci dans le respect du secret professionnel.¹⁷⁹⁸

Il y a parfois prise de contact avec le service hospitalier pour accès au dossier médical. Cette démarche est contraire au respect du secret médical et est sanctionnable par la loi¹⁷⁹⁹. Aucune dérogation légale, explicite ou même implicite, au secret professionnel n'est intervenue en faveur des médecins des compagnies d'assurances.¹⁸⁰⁰

Les médecins des compagnies d'assurance et des mutuelles complémentaires ne sont pas plus autorisés à demander photocopie de la première page d'un arrêt de travail ou figure le motif de cet arrêt¹⁸⁰¹. C'est d'ailleurs à cette condition que le Conseil constitutionnel a pu valider l'article de la loi de financement de sécurité sociale pour 1999 donnant accès aux données.¹⁸⁰²

Initialement et avant la loi de 2002, le droit d'accès à l'information médicale n'était possible que par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cette fin. C'était le cas de la loi du 17

¹⁷⁹⁷ Dans le même sens voir une lettre ministérielle du 15 février 1990, concernant un médecin-conseil d'un organisme mutualiste assimilé aux médecins d'assurance, et ne pouvant pas obtenir d'information contrairement aux praticien-conseil de l'assurance maladie, car « *la mutuelle ne gère pas un régime obligatoire de sécurité sociale* ».

¹⁷⁹⁸ Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques

¹⁷⁹⁹ Art. L. 1110-4, alinéa 5 du code de la santé publique « *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

¹⁸⁰⁰ Cass. crim. 1913, T.G.I. de Bordeaux, 29 janvier 1987 ; Cass. civ. 1ère ch., 6 janvier 1998

¹⁸⁰¹ Art. L. 1110-4 du code de la santé publique, alinéa 5 et article 162-4-1, 1° du code de la sécurité sociale

¹⁸⁰² Cons. const., décision n° 99-422 DC du 21 décembre 1999, Loi de financement de la sécurité sociale pour l'année 2000, art.25 « *Considérant qu'il ressort des termes mêmes de la disposition critiquée que les informations d'ordre médical en cause sont destinées au seul « service du contrôle médical » ; que les médecins-conseils composant ce service sont, en vertu de l'article 104 du code de déontologie médicale, astreints au secret sur les renseignements médicaux directement ou indirectement nominatifs qui leur sont transmis, y compris envers l'organisme qui fait appel à leurs services ; que devront toutefois être mises en place des modalités d'acheminement de ces documents aux médecins-conseils de nature à assurer la stricte confidentialité de la transmission des informations qu'ils contiennent ; qu'eu égard à sa finalité, qui est de remédier à l'augmentation excessive des dépenses en cause et à leur caractère éventuellement injustifié, la disposition critiquée ne porte pas au respect de la vie privée, sous la réserve ci-dessus énoncée, une atteinte de nature à méconnaître l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ; »*

juillet 1978 sur l'accès du public aux dossiers administratifs et de la loi du 6 janvier 1978 sur l'informatique et les fichiers.¹⁸⁰³

Cette obligation de médiation se retrouvait □ dans l'ancien article L. 710-2 du code de la santé publique issu de la loi du 31 juillet 1991 portant réforme hospitalière « *Les établissements de santé, publics ou privés, sont tenus de communiquer aux personnes recevant ou ayant reçu des soins, sur leur demande et par l'intermédiaire du praticien qu'elles désignent, les informations médicales contenues dans leur dossier médical* ». On la retrouve dans le décret du 30 mars 1992 relatif au dossier médical et à l'information des personnes accueillies dans les établissements de santé publics et privés.¹⁸⁰⁴

Certaines entreprises d'assurances estimaient qu'elles pouvaient demander à l'assuré, au moment de la souscription du contrat, de désigner à l'avance un médecin qui aurait mandat de consulter son dossier médical et de pratiquer des échanges d'informations médicales, le cas échéant avec le médecin de la compagnie d'assurances qui aurait pu être lui-même désigné. Même si la Commission d'accès aux documents administratifs C.A.D.A., fidèle à son rôle de facilitation de communication de données n'a pas été défavorable, sous réserve de l'article R. 4127-104 du code de la santé publique, à la communication d'informations aux médecins mandatés par les assurances, la C.N.I.L. et le Conseil national de l'Ordre des médecins s'y sont opposés. Les dispositions des articles R. 710-2 et R.710-2-2 du code de la santé publique définissant la possibilité de transmission d'informations à un médecin désigné à cet effet n'ont pour but essentiel que de concerner l'information du patient sans constituer une dérogation légale au secret professionnel, lequel exclut les tiers.

Le médecin d'assurance ne peut être désigné par un assuré, ni même par les ayants droit d'un patient décédé¹⁸⁰⁵ pour recevoir communication du dossier.

La jurisprudence a eu plusieurs fois à se prononcer, même récemment, sur le sujet en refusant l'accès aux informations sans autorisation expresse de l'assuré et en rappelant l'impossibilité pour le médecin d'assurance de communiquer des données médicales à son mandant.¹⁸⁰⁶

¹⁸⁰³ Confirmé par C.E. 22 janvier 1982, Beau de Loménie, possibilité de communication du dossier d'un patient décédé à sa veuve, seulement par l'intermédiaire d'un médecin désigné à cet effet.

¹⁸⁰⁴ Ancien art. R. 710-2-2 du code de la santé publique « *La communication du dossier médical intervient, sur la demande de la personne qui est ou a été hospitalisée ou de son représentant légal, ou de ses ayants droit en cas de décès, par l'intermédiaire d'un praticien qu'ils désignent à cet effet.* »

¹⁸⁰⁵ Cour d'appel de Lyon, le 4 septembre 1997

¹⁸⁰⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998 n° 95-19902 ; n° 96-16721 « Attendu, d'abord, que, par motifs propres et adoptés, la cour d'appel a retenu à juste titre que le rapport de M. Y... du 24 mars 1989, établi après interrogation de M. Z... et fondé sur la lettre de ce dernier du 3 mars 1989, procédait d'une violation du secret médical, le médecin conseil d'un assureur ne pouvant révéler à son mandant des renseignements qu'il avait reçus du médecin traitant de l'assurée, tenu lui-même au secret médical ; » ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999 n° 96-20580 « Attendu qu'en statuant ainsi alors que la remise de la lettre du médecin traitant à la compagnie La Mondiale procédait d'une violation du secret médical commise par son médecin conseil, qui ne pouvait révéler à son mandant des renseignements qu'il avait reçus de son confrère, de sorte que cette lettre devait être écartée des débats, la cour d'appel a violé les textes susvisés ; » ; Cass. 1^{ère} Civ., 7 décembre 2004, Bull. 2004, I, n° 306, p. 256, pourvoi n° 02-12.539 en ce qui concerne les informations détenues par les établissements de santé

1-2 Le droit à l'information pour l'assurance

Néanmoins la jurisprudence de la Cour de cassation maintient en matière d'assurances un équilibre, du fait de la nécessité de concilier, avant la conclusion du contrat, plusieurs droits. Le droit au respect de la vie privée de l'assuré, le secret médical constituant l'un des principes fondamentaux de l'éthique médicale est destiné à protéger le patient. L'intérêt légitime de l'assureur est d'être informé de la santé de son assuré lors de la conclusion du contrat d'assurance et après l'éventuelle réalisation du risque afin de lui permettre de faire respecter les termes du contrat et parfois d'établir l'existence de fausses déclarations des assurés au moyen de pièces médicales. En effet, l'administration de cette preuve repose sur l'assureur, ce qui est impossible pour lui s'il ne peut obtenir aucune information médicale.

Le système actuel des régimes obligatoires d'assurance maladie basé sur la carte Vitale ne permet pas la télétransmission directe de données aux assureurs complémentaires, sauf pour les mutuelles chargées de la liquidation du régime obligatoire.

La jurisprudence a encadré l'accès des assureurs aux informations de santé et notamment soumis à certaines contraintes les médecins conseils des sociétés d'assurances comme les experts amiables qu'elles mandatent. Ils ne peuvent prendre l'initiative de solliciter le médecin traitant de l'assuré afin d'obtenir des renseignements ou des pièces médicales¹⁸⁰⁷ sans accord du souscripteur ou de ses ayants droit qui peuvent renoncer ainsi au bénéfice du secret médical. Le refus de communication fait alors échec à l'exécution du contrat¹⁸⁰⁸, une juridiction en cas de recours pouvant en tirer toute conclusion.

La Cour de cassation rappelle que les médecins conseils des sociétés d'assurances, comme les experts amiables qu'elles mandatent, même s'il y a eu autorisation par l'assuré ou ses ayants droit de transmission d'information du médecin traitant au médecin conseil de la compagnie d'assurance¹⁸⁰⁹, ne peuvent transmettre directement à l'assureur les pièces médicales qui leur ont été communiquées, dans la mesure où c'est leur qualité de médecin qui a permis la communication. La transmission ne peut concerner qu'un médecin expert de la compagnie d'assurance, lui-même tenu au secret, à charge pour lui d'en assurer la confidentialité vis à vis de l'assureur¹⁸¹⁰ en ne donnant qu'un avis quant au fait, lié à la souscription du contrat ou à la réalisation du sinistre sur lequel il est questionné. En cas de difficulté, il appartiendra à l'assureur de saisir le juge afin qu'il ordonne une expertise

¹⁸⁰⁷ Cass. Civ. 1^{re}, 6 janvier 1998, Bull. 1998, I, n° 3, p. 2, pourvois n° 95-19.721 et 96-16.721

¹⁸⁰⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 29 octobre 2002, Bull. 2002, I, n° 244, p. 188, pourvoi n° 99-17.187 ; Cass. Civ. 2^e, 2 juin 2005, Bull. 2005, II, n° 142, p. 127, pourvoi n° 04-13.509. La Cour de cassation a clairement résumé la situation : l'assureur ne peut produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret et, en cas de difficulté, il appartient au juge d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime. On peut en déduire que le refus illégitime de l'assuré de communiquer des données de santé pourra être compris par le juge comme établissant la fausse déclaration intentionnelle et justifiant la sanction de l'article L. 113-8 du code des assurances.

¹⁸⁰⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, Bull. 2005, n° 142, p. 127, pourvoi n° 04-13.509, un assureur refusait de produire une expertise médicale réalisée par un de ses médecins conseils en se retranchant derrière le secret médical, l'assuré refusant la communication. La cour d'appel refusant d'ordonner une expertise la Cour suprême a estimé que « le juge (doit) en cas de difficulté, apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime. »

¹⁸¹⁰ Cass. Civ. 1^{ere}, 6 janvier 1998, Bull. 1998, n° 3, p. 2, pourvois n° 96-16.721 et 95-19.902 ; Cass. 1^{re} Civ., 12 janvier 1999, Bull. 1999, I, n° 18, p.12, pourvoi n° 96-20.580

judiciaire et autorise l'expert à accéder au dossier médical afin de respecter le principe du contradictoire.¹⁸¹¹

On a vu les jurisprudences du droit social, arrêt de la chambre sociale de 27 avril 1967 précité précisant qu'on ne saurait interdire en matière d'accident de travail « à l'expert choisi par les parties ou commis par la juridiction contentieuse de prendre connaissance des pièces et documents médicaux nécessaires à l'accomplissement de sa mission »¹⁸¹² ou plus récemment la décision déjà étudiée concernant la transmission de pièces à l'expert.¹⁸¹³

Si l'assuré ou ses ayants droits s'opposent à la communication de renseignements et pièces médicales à l'expert judiciaire, il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier si ce désaccord tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance.¹⁸¹⁴

Certaines de ces difficultés ont été levées depuis la loi du 4 mars 2002 qui permet à un assuré d'obtenir communication de l'ensemble de son dossier et aux ayants droit d'un patient décédé d'accéder à son dossier médical, dans la mesure où cela est nécessaire à faire valoir leurs droits, connaître la cause de la mort, défendre la mémoire du défunt. Les médecins des compagnies d'assurance peuvent ainsi accéder aux données qu'elles recherchent lorsque ces documents leurs sont ensuite transmis par les ayant droits.¹⁸¹⁵

1-4 La bonne foi contractuelle

L'évolution sur la possibilité de communication a débutée à la fin du siècle précédent avec plusieurs arrêts qui ont renoncé au dogme de secret médical absolu pour développer la « bonne foi contractuelle ».¹⁸¹⁶

¹⁸¹¹ Cass. Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 87, p. 58, pourvoi n° 97-21.581

¹⁸¹² Cass. soc., 27 avril 1967, Bull. civ. IV, n° 343

¹⁸¹³ Cass. civile 2, 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250 Publié au bulletin

¹⁸¹⁴ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, Bull. 2004, I, n° 306, p. 256, pourvoi n° 02-12.539 ; Cass. 1^{ère} Civ., 15 juin 2004, Bull. 2004, I, n° 171, p. 142, pourvoi n° 01-02.338

¹⁸¹⁵ SARCELET J. D., pp. 1921-1927 *Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence ; La santé devant la Cour de cassation : regards croisés, colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, Dossier Droit de la santé, Rec. Dalloz – 2008 – n° 28*

¹⁸¹⁶ Cass. Civ., 21 novembre 1966 « *En adhérant aux statuts d'une société, aux termes desquels celle-ci se réserve le droit de vérifier la date de la première constatation médicale, le souscripteur d'une assurance décès a accepté les limites dans lesquelles doivent se tenir les investigations préalables à tout règlement du capital, et dans ces limites, le secret médical ne peut être opposé ni au médecin contrôleur, ni à l'expert.* » ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, n° 99-17187 « *Attendu qu'ayant constaté que l'assureur avait subordonné sa garantie à la production d'un certificat médical indiquant "si possible" la nature de la maladie ayant entraîné le décès et que l'assuré avait, en acceptant la divulgation de certains éléments le concernant, renoncé lui-même et par avance au secret médical, la cour d'appel en a exactement déduit que ses ayants droit faisaient échec à l'exécution du contrat en refusant de communiquer les éléments nécessaires à l'exercice des droits qu'ils revendiquaient et, notamment, pour établir leur allégation d'un décès en dehors d'une maladie par l'avis du seul professionnel qualifié, qu'est le médecin ; que la cour d'appel a ainsi, sans inverser la charge de la preuve légalement justifié sa décision ;* » ; Cass. Civ. 1^{ère} 15 juin 2004 n° 01-02338, 7 décembre 2004 n° 02-12539, « *Attendu, cependant, que si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un établissement de santé à lui transmettre des informations couvertes par le secret sans l'accord de la personne concernée ou de ses ayants droit, le secret médical constituant un empêchement légitime que l'établissement de santé a la faculté d'invoquer ; qu'il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier, en présence de désaccord*

Plusieurs décisions considèrent que l'assuré, tenu de respecter les obligations mises à sa charge par le contrat souscrit, dans ce cas la déclaration d'un état de santé connu, a « *renoncé implicitement mais nécessairement à se prévaloir du secret médical* ». L'existence d'une renonciation de l'assuré à se prévaloir du secret médical est appréciée souverainement par les juges du fond.¹⁸¹⁷

Les compagnies d'assurances refusent fréquemment, en cas de difficultés de communication, d'honorer le contrat tant que les informations médicales n'ont pas été communiquées. Néanmoins, il relève de la compagnie de faire la preuve du consentement signé préalablement à la conclusion du contrat ou à l'occasion d'un avenant signé de son vivant.

D'après le Comité permanent des médecins européens (C.P.M.E.), le refus de communication d'informations de l'assuré décédé connu au préalable s'impose. Le devoir de confidentialité persiste après la mort.

Ce comité estime qu'en cas de consentement vérifié ou si le médecin a la conviction que son attitude serait conforme à la volonté du patient, les informations peuvent être transmises nominativement au médecin de la compagnie d'assurances pour autant que cela soit nécessaire, après le décès, à l'exécution légitime des dispositions contractuelles selon les règles légales en vigueur¹⁸¹⁸.

Pour éviter tout conflit entre le médecin, la famille du défunt et la compagnie d'assurances, il conseille, préalablement à la divulgation des informations, d'obtenir l'avis favorable de l'exécuteur testamentaire du patient ou d'un proche parent, dûment informé des conséquences de cette information. En toute circonstance, la transmission d'informations devrait être strictement limitée à celles nécessaires à l'exécution du contrat.

Bien que conscient de l'importance pour les assureurs de bénéficier d'une transmission de données personnelles de santé, il est risqué pour un professionnel sa santé, quelle que soit sa fonction de transmettre directement des données, même à un confrère. La vérification de la réalité du consentement du patient ainsi que sa validité juridique nous semble dépasser la compétence des professionnels de santé. La seule voie sûre est de transmettre l'information par l'intermédiaire des ayants droits.

1-5 La loyauté de l'information

Une réponse loyale au questionnaire¹⁸¹⁹ est imposée par la loi¹⁸²⁰, les parties étant tenues d'être de bonne foi et loyales l'une envers l'autre¹⁸²¹ conformément aux principes

de la personne concernée ou de ses ayants droit, si celui-ci tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence quant à l'exécution du contrat d'assurance. »

¹⁸¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, pourvoi n° 89-13808 ; Cass. civ. 1^{ère} Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, pourvoi n° 01-01.362

¹⁸¹⁸ La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, Comité Permanent des Médecins Européens (CP), CP98/090 Final FR, 06/04/99, [http:// www.cpme.be](http://www.cpme.be)

¹⁸¹⁹ ONDO A. L., Le régime probatoire de la fausse déclaration de santé faite par l'assuré au moment de la souscription du contrat d'assurance, PA200820804, Petites affiches, 16 octobre 2008 n° 208, P. 3, Droit des assurances

généraux applicables au droit commun des contrats¹⁸²². Une fausse déclaration peut entraîner la réduction de la prise en charge des frais de santé si l'erreur n'est pas intentionnelle¹⁸²³, voire l'absence de prise en charge en cas de « mauvaise »¹⁸²⁴ foi prouvée¹⁸²⁵ sous réserve d'une formulation utilisée par l'assureur non équivoque¹⁸²⁶ et même si « le risque omis ou dénaturé aurait été sans influence sur le sinistre ».¹⁸²⁷

C'est sur le terrain de l'exécution même du contrat d'assurance que la loi se place pour neutraliser la prétention des ayants droit de l'assuré qui refusaient de communiquer les données médicales concernant ce dernier.¹⁸²⁸

2 Les questions persistantes

Les décisions de la Cour de cassation, bien que claires et fréquemment évoquées, laissent persister plusieurs questions.

2-1 La réalité de la liberté de souscription

« La situation économique actuelle fait que à tout emprunt nécessaire à la réalisation d'une acquisition importante s'associe une obligation de souscription d'une assurance décès, incapacité et perte de revenus. Ces contrats d'assurance, personnalisés au delà d'un certain montant et de type contrat de groupe en deçà, exigent le passage par l'intermédiaire du questionnaire de santé évoqué ci dessus. La déclaration d'un état de santé significatif aboutit systématiquement à une proposition de surprime d'un niveau parfois tellement important qu'il aboutit, dans les faits, à une impossibilité effective de souscription mal compensée par l'impossibilité pour les assureurs de refuser les souscripteurs. »¹⁸²⁹

La notion de « bonne foi » contractuelle semble difficile à soutenir lorsque le contractant n'a pas une réelle liberté de souscrire.

2-2 Le contenu du respect de la bonne foi

Lorsqu'il répond au questionnaire sus évoqué, l'assuré potentiel qui est sensé avoir la compétence et le pouvoir d'autoriser la communication ultérieure risque de se heurter à sa

¹⁸²⁰ Art. L. 113-2 du code des assurances

¹⁸²¹ KULLMANN J., « Assurances de personnes. A propos de Cass. Civ 1^{ère} 15 juin 2004 », RGDA2004-4-026, Revue générale du droit des assurances, 01 octobre 2004 n° 2004-4, P. 1020

¹⁸²² Art. 1134 al. 3 du code civil

¹⁸²³ Art. L. 113-9 du code des assurances, art. L. 221-15 du code des mutualités

¹⁸²⁴ Nous utilisons ce terme alors que seule la notion de bonne foi est utilisée dans le droit contractuel

¹⁸²⁵ Art. L. 113-8 du code des assurances, art. L. 221-14 du code des mutualités, GROUTEL H., « Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical », RCA 2004, chr. n° 18 ; add. les références citées in Lamy Assurances 2005, n° 330)

¹⁸²⁶ Cour d'appel de Grenoble, 8 mars 2004, n° 02/01675 En cas de doute, la clause litigieuse doit être interprétée selon les dispositions des articles L 133-2 du code de la consommation et 1162 du code civil, c'est à dire en faveur de celui qui a contracté l'obligation

¹⁸²⁷ Cass. Civ.2^{ème}, 12 février 2009 N° 08-12.525

¹⁸²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, RGDA 2003.340, note J. Kullmann

¹⁸²⁹ LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988

méconnaissance du contenu et de la réelle portée du secret. Son ignorance de la technique médicale empêche parfois la totale compréhension du sujet. Cela peut être aussi le cas du professionnel qui, devant répondre à une demande de son patient, peut ne pas être informé de certains faits relevant de la vie propre de son patient ou peut parfois, en toute bonne foi, ne pas avoir fait une totale analyse du dossier qu'il détient.¹⁸³⁰

Actuellement, on devrait admettre que la loi de 2002 portant sur la démocratie sanitaire a placé théoriquement les professionnels de santé dans l'obligation d'apporter une information claire et précise permettant au patient de faire un choix personnel et éclairé sur la prise en charge de sa maladie. Notre pratique professionnelle du contrôle nous amène à tempérer cette certitude, de nombreux assurés n'arrivant que difficilement à obtenir des informations, notamment au décours d'une d'hospitalisation.

A l'opposé de cette situation qui correspond à une réalité de bonne foi du souscripteur, on doit évoquer les situations où le patient relevant le professionnel de santé de son secret peut être amené à limiter le contenu de la révélation aux faits qui ne seraient pas défavorables à sa démarche. Notre expérience nous permet d'affirmer que la situation n'est pas exceptionnelle.

2-3 L'obligation de révéler le secret

Il doit être évoqué le risque de voir se transformer le droit de révéler, avant la souscription ou après renoncement du patient. Le devoir de révéler le secret peut prendre la forme d'une mise en demeure du souscripteur par l'assurance, la personne souhaitant souscrire un contrat devant lever elle-même le secret médical de bonne foi sans omettre un état antérieur ou des soins en cours¹⁸³¹. Le médecin traitant peut faire l'objet d'une demande du souscripteur, l'assureur exigeant la transmission de certificats médicaux, voire la réalisation d'un examen spécialisé par un professionnel de santé désigné par l'assurance même s'il ne peut pas y avoir contact direct avec le médecin traitant ou un service hospitalier. Une même démarche peut être demandée aux ayants droit d'un patient décédé.

La possibilité d'exercer son droit individuel au secret semble ne peser que peu face aux obligations de répondre aux exigences administratives inhérentes à la souscription parfois inévitables de contrats¹⁸³². La liberté contractuelle n'est alors pas respectée, l'assurance dite « de groupe » devenant obligatoire dans les faits, les banques refusant le prêt en son absence.

2-4 La transformation de la notion d'intérêt légitime

Dans le cadre de cette situation de fait, la Cour de cassation a transformé la notion d'intérêt légitime.

Initialement invoquée par la partie qui souhaitait pouvoir « lever » le secret médical, l'intérêt légitime est devenu une charge portant sur celui qui souhaiterait s'y opposer.

¹⁸³⁰ BROUARDEL P., *Le secret médical*, Baillière, « *Le secret de notre client est tellement le notre, nous médecins, que le client ignore souvent ou son existence ou son étendue, il ne peut pas nous en libérer parce que lui même ignore ce dont il nous délie.* »

¹⁸³¹ Cass. crim. 17/05/73

¹⁸³² BROUARDEL P., *Le secret médical*, Baillière, 1887, p. 240

Dans ce sens on peut citer l'arrêt du 9 juin 1993¹⁸³³ dans lequel la veuve d'un assuré s'opposait à la prise en compte d'un certificat médical. La Cour dans ses attendus précise « *qu'elle (la demanderesse) ne pouvait pas légitimement s'opposer à la production d'un tel certificat, dès lors qu'il ne s'agissait pas pour elle de faire respecter un intérêt légitime (mais de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions).* »

2-4-1 Le contrôle de l'intérêt légitime par le juge

Dans le prolongement de cette décision, la Cour précise que le contrôle de cet intérêt légitime ne relève pas de sa compétence mais bien de celle des juridictions de premier ressort.¹⁸³⁴

Il y a donc possibilité d'admettre une renonciation au secret émanant du patient lui-même et parfois, conformément aux décisions de jurisprudence, par des tiers détenteur, ayants droit, s'ils peuvent démontrer eux même un intérêt.

A l'opposé, il n'est pas possible de présumer une renonciation au secret si elle n'a pas été explicite. Il relève alors de la compétence du juge de substituer à cette absence de preuve, un avis spécialisé¹⁸³⁵. « *Eu égard à la contestation sur la cause du décès (...), il était de l'office du juge d'ordonner une expertise judiciaire, en autorisant l'expert à accéder au dossier médical, afin de la déterminer* » ou de considérer qu'il avait eu renonciation au secret, même tacite.¹⁸³⁶

Cette évolution vers une relativisation du secret entre néanmoins en concurrence avec la protection du droit au respect de la vie privée et donc du secret médical édicté par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour européenne des droits de l'Homme a ainsi affirmé dans un arrêt du 25 février 1997 « *le respect du caractère confidentiel des informations de santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général.* »

2-4-2 La nécessité de proportionnalité

Néanmoins la cour, même après avoir rappelé l'importance du respect du secret professionnel, admet que la communication d'éléments médicaux « *se fonde(ent) sur des motifs pertinents et suffisants correspondant à une exigence impérieuse dictée par les buts*

¹⁸³³ Cass. civ. 9 juin 1993, Bull. civ. I, n° 214 ; R.T.D. civ. 1996, 166, obs. J. Mestre

¹⁸³⁴ Cass. civ. 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 280 ; R.T.D. civ. 1999, 83, obs. J. Mestre ; R.D.S.S. 1999, 215, obs. P. Pédro ; D. 1998, I.R. 247 ; Cass. civ. 1^{er} ch., 29 oct. 2002, Bull. civ. I, n° 244 ; D. 2002, I.R. 3186 ; Cass. civ. 26 septembre 2006, Bull. civ. I, n° 417 ; D. 2006, I.R. 2414, l'assuré « *ayant sollicité une nouvelle expertise amiable (...) avait accepté que les pièces médicales (...) lui fussent communiquées et renoncé ainsi à se prévaloir du secret médical.* » ;

¹⁸³⁵ Cass. civ. 1^{er}, 14 mars 2000, Bull. civ. I, n° 87 ; Cass. civ., 2 juin 2005, Bull. civ. II, n° 142 ; D. 2006, Pan. 690, obs. J. Penneau et Pan. 1791, obs. H. Groutel ; R.D.S.S. 2005, 673, obs. P. Hennion-Jacquet

¹⁸³⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2006, Bull. 2006, I, n° 417, p. 359, pourvoi n° 05-11.906

légitimes poursuivis » et « *qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces mesures et les buts en question.* »¹⁸³⁷

Il y a donc dans ces décisions prépondérance d'intérêts légitimes différents du respect de la vie privée et familiale et donc du secret lorsque l'ingérence est proportionnée. Le respect de cette proportionnalité doit correspondre à un but légitime, prévu par la loi.

Anticipant les conséquences de cette décision, la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans une décision du 15 mai 2007 concernant la demande en nullité d'une décision de conseil d'administration, a sanctionné la Cour d'appel qui s'étaient prononcée « *sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte (...)* ». ¹⁸³⁸

La lecture attentive des lois françaises présentées plus avant montre que le législateur a multiplié les exceptions au secret professionnel sur le fondement de principes plus conformes aux intérêts collectif, éventuellement au détriment des intérêts individuels. Dans les conditions du droit positif français actuel, la Cour européenne s'est prononcé sur ce point et a été amenée à considérer que « *la législation française n'assortit pas de garanties suffisantes l'utilisation de données relevant de la vie privée des parties dans ce type de procédure (...), ce qui justifie à plus forte raison un strict contrôle de la nécessité de telles mesures.* »

Devons nous être amenés à conclure la nécessité de développer encore l'encadrement législatif de la communication d'informations ?

Nous pensons, suivant en cela Loiret, que la réponse à cette question majeure doit amener plus à une démarche de protection de la confiance entre patient et praticien, objectif à atteindre, qu'à celle de protection d'un secret qui ne resterait qu'un outil médiat de préservation de cette confiance.

Néanmoins, nous ne pouvons suivre cet auteur qui souhaite que la responsabilité de hiérarchiser les buts légitimes permettant la violation du secret relève du pouvoir du juge. L'examen réalisé ci avant des incertitudes et de l'évolution de la jurisprudence nous fait souhaiter un encadrement réglementaire précis qui semble actuellement insuffisant.

Section 3 Vers une « étatisation » de la protection sociale

L'ensemble de l'étude présentée ci-dessous a bénéficié des réflexions de Monsieur Chevallier en ce qui concerne la place et l'évolution des contrats dans l'action publique au sein des nouvelles structures de gouvernance mises en place par la loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux.¹⁸³⁹

¹⁸³⁷ C.E.D.H. 25 février 1997, Z. c/ Finlande, req. 22009/93 ; Dans le même sens, au sujet d'une procédure de divorce, 10 oct. 2006, L. L. c/ France, req. n° 7508/02, R.T.D. civ. 2007, 95, obs. J. Hauser ; D. 2006, I.R. 2692

¹⁸³⁸ Cass. Comm. 15 mai 2007, Bull. civ. IV, n° 130 ; D. 2007, Pan. 2775, obs. A. Lepage ; R.T.D. civ. 2007, 753, obs. J. Hauser sus citée

¹⁸³⁹ République française, Ministère de la santé, de la jeunesse, des sports et de la vie associative NOR : SJSX0822640L/Bleue-1

L'architecture du système de santé national est profondément modifiée par la mise en place dans chaque région d'une Agence régionale de santé A.R.S. « *substituée, pour l'exercice des missions prévues à l'article 26, aux activités de l'Etat, de l'agence régionale de l'hospitalisation, du groupement régional de santé publique, de l'union régionale des caisses d'assurance maladie, de la mission régionale de santé ainsi que, pour la partie des compétences transférées, de la caisse régionale d'assurance maladie.* L'agence régionale de santé (sera) substituée à la mission régionale de santé et à l'Etat, pour les compétences transférées, dans l'ensemble de leurs droits et obligations(...)».¹⁸⁴⁰

L'évocation de ce projet, même si son étendue ne relève pas de notre travail, doit être développée en ce qu'elle modifie la notion de possession des informations¹⁸⁴¹ et qu'elle pose la question du devenir de l'Assurance Maladie, du service du contrôle médical et donc des praticiens conseils salariés.

Sous section 1 La place de l'administration

Une évolution de la protection sociale vers une étatisation des structures mettrait en première ligne l'administration des services déconcentrés de l'Etat. La place, encore incertaine, des professionnels de santé au sein de nouvelles structures devrait poser la question des transmissions des données personnelles de santé au sein d'administrations qui maîtrisent mal la gestion du risque des dépenses de santé. On en veut pour preuve les transferts successifs de la responsabilité du contrôle de justification des prestations pour les personnes bénéficiant de l'Aide médicale d'Etat (A.M.E.) ou la récente expérimentation du contrôle des arrêts de travail des fonctionnaires par le service du contrôle médical du régime général.

§ 1 Une mission d'intérêt général

L'administration, qui a pour objet l'accomplissement des tâches incombant à l'État et la satisfaction des besoins d'intérêt général, est habituellement le fait des personnes publiques, instances administratives, services publics tels que les ministères, les régions, les départements, les communes, les établissements publics qui semblent inclure les A.R.S.¹⁸⁴². Ses missions regroupent, hormis la notion de police administrative qui sort de notre propos, la notion de service public. Pour l'accomplissement de ces missions, l'administration dispose de prérogatives spécifiques, appelées prérogatives de puissance publique.

¹⁸⁴⁰ Article 30 du projet de Loi sus cité

¹⁸⁴¹ Projet d'article L. 1435-6 du code de la santé publique « *L'agence régionale de santé a accès aux données nécessaires à l'exercice de ses missions contenues dans les systèmes d'information des organismes d'assurance maladie mentionnés aux articles L. 161-28, L. 161-29 et L. 161-32 du code de la sécurité sociale. Elle est tenue informée par les organismes situés dans son ressort de tout projet concernant l'organisation et le fonctionnement de leurs systèmes d'information.* ».

¹⁸⁴² BRAS P.-L., « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Droit social*, no 12, décembre 2009

Depuis l'arrêt de Section du Conseil d'état du 28 juin 1963 *Narcy* et la recherche de systématisation de la définition du service public¹⁸⁴³, plusieurs critères sont régulièrement évoqués. Une mission d'intérêt général, le contrôle par une personne publique¹⁸⁴⁴ et l'application d'un régime spécial ou exorbitant du droit commun¹⁸⁴⁵, constitué alternativement de prérogatives de puissance publique ou de sujétions exorbitantes¹⁸⁴⁶ sont le plus fréquemment retrouvés.

Même si elle confie une activité à un prestataire extérieur, la personne publique en conserve le pilotage. L'association de « *procédures de contrôle et les obligations qui pèsent sur l'organisme donnent à la personne publique, comme dans un régime de délégation de service public, les moyens de définir les objectifs poursuivis, de préciser le contenu des prestations offertes, de vérifier la façon dont l'organisme privé assume la satisfaction des besoins ainsi identifiés, et d'adapter l'activité en conséquence (...)* ».

En retour, « *le régime de l'activité concrétise l'obligation pour l'organisme de mettre en œuvre les grands principes du service public, qui constituent de véritables obligations de service public : universalité, égalité d'accès, continuité, adaptation, transparence, etc.* »¹⁸⁴⁷

L'État ne peut plus à lui seul incarner le politique¹⁸⁴⁸. Il est amené à gérer des demandes sociales nouvelles complexes qui dépassent la simple fourniture de services¹⁸⁴⁹. Il se trouve concurrencé par d'autres intervenants et lieux de décision publique tant au niveau infranational comme les collectivités territoriales dans un mouvement de décentralisation que supranational¹⁸⁵⁰ avec les institutions internationales diverses telles que l'Organisation mondiale du commerce ou le Fonds monétaire international et les institutions de la Communauté européenne.

Les missions de service public sont ainsi de plus en plus fréquemment confiées à des personnes privées¹⁸⁵¹ agissant sous le contrôle de l'administration notamment en matière de service public social, économique et professionnel.

¹⁸⁴³ Voir aussi TC 8 décembre 1969, *Sieur Arcival c/ SAFALT*, Lebon 695

¹⁸⁴⁴ CE EDCE Considérations générales sur l'intérêt général 1999, p. 272 et 274

¹⁸⁴⁵ De LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, n° 1108, p. 868 ; FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2006

¹⁸⁴⁶ VEROT C., « L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007 », *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, AJDA 2007.793, chron. F. Lenica et J. Boucher, *Revue de droit sanitaire et social* 2007 p. 499

¹⁸⁴⁷ VEROT C., L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail. Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, AJDA 2007.793, chron. F. Lenica et J. Boucher, *Revue de droit sanitaire et social* 2007 p. 499

¹⁸⁴⁸ DURAN P., « Légitimité, droit et action publique », *L'Année sociologique* 2009/2, Vol. 59, pp 305-306

¹⁸⁴⁹ Voir sur ce point l'importance prise par le droit de l'écologie ou les interférences entre Etats dans le cadre d'un droit affirmé « *d'ingérence* » qui dépasse les pouvoirs d'un Etat

¹⁸⁵⁰ VERSCHAVE F.-X., « Pour une mondialisation du bien public santé ! », *Colloque La santé comme bien public, du local au mondial* 8 novembre 2003, Bobigny, 14 p.

¹⁸⁵¹ C. E., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection » au sujet des Caisses d'assurance sociale. En présence de cette jurisprudence, on est autorisé à affirmer que des personnes privées chargées d'une mission du service public participent à la fonction administrative

§ 2 Le droit administratif exorbitant

Une des particularités de l'administration est qu'elle utilise des procédés exorbitants du droit commun, c'est à dire qu'elle met en œuvre des pouvoirs n'appartenant pas aux simples particuliers. Elle possède des prérogatives ou des pouvoirs de puissance publique.

La présomption de légalité permet de considérer que les actes administratifs sont présumés valables tant qu'ils n'ont pas été déclarés nuls par le juge.

La souveraineté nationale, affirmée en droit constitutionnel, a pour conséquence de déléguer aux divers organes de l'État des prérogatives permettant d'imposer des sujétions aux citoyens telles que réquisition, expropriation, décision unilatérale et que l'acte législatif revêt un caractère obligatoire au nom de l'intérêt général. L'administration possède un certain nombre de privilèges concernant son exécution matérielle tels que le privilège du préalable permettant une exécution même devant opposition à la mesure par recours au juge par l'administré intéressé, et l'exécution forcée, l'administration pouvant, sous certaines conditions, contraindre par la force matérielle à la réalisation de certains actes, même si elle semble être en tort.

Même s'il paraît délicat de comparer contrainte et convention de partenariat, on doit signaler les expérimentations actuelles¹⁸⁵², en application de la loi¹⁸⁵³ probablement destinées à être généralisées et institutionnalisées, du contrôle des arrêts maladie des fonctionnaires¹⁸⁵⁴ par les caisses primaires d'assurance maladie et les services du contrôle médical placés près d'elles¹⁸⁵⁵.

Le Ministère du budget « autorise » ainsi à titre « gracieux » les médecins de l'assurance maladie à effectuer des « visites de contrôle » auprès des fonctionnaires pour faire la chasse aux arrêts de travail abusifs.

§ 3 Régulation et contractualisation

Initialement la crise de l'État Providence a poussé les responsables à rompre avec la logique interventionniste qui érigeait l'État en agent privilégié de modernisation et lui confiait la gestion de secteurs clés de l'économie. Les hypothèses d'évolution placent l'État en arbitre définissant des règles aux opérateurs extérieurs et veillant à leur respect et au maintien d'un équilibre global. Une position d'extériorité par rapport au jeu économique autorise une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence et une action continue pour les ajustements

¹⁸⁵² Contrôle par les Cnam des arrêts maladie des fonctionnaires de l'État Dispositif expérimental, Liaisons sociales - Législation sociale, Vendredi 11 juin 2010 - N° 116/2010 ■ LSQ n°15629, pp. 1-5

¹⁸⁵³ Art. 91 de la loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009, JO 27 décembre ; Loi de financement de la sécurité sociale pour 2010, v. Légis. soc. -Sécu., financ.- n° 10/2010 du 15 janvier 2010

¹⁸⁵⁴ FOUQUET, C., « L'Etat va renforcer le contrôle des arrêts de travail des fonctionnaires », 14 septembre 2009, Les Echos

¹⁸⁵⁵ Convention de partenariat pour le contrôle, à titre expérimental, du 26 mars 2010, JORF n°0102 du 2 mai 2010, Texte n°30, NOR: SASX1011720X ; Convention-cadre nationale du 25 juin 2010 relative au contrôle, à titre expérimental, des arrêts de travail des fonctionnaires hospitaliers par les caisses primaires d'assurance maladie et les services du contrôle médical placés près d'elles ; JO 15 septembre 2010, NOR : SASX1023557X

nécessaires. « *La finalité poursuivie justifie l'attribution au régulateur d'un ensemble de pouvoirs, habituellement dissociés, allant de l'édition de normes de portée générale jusqu'à un pouvoir de contrôle et de sanction, en passant par la prise de décisions individuelles (...), pouvoirs de contrainte, définis et délimités par la loi.* »¹⁸⁵⁶

Le positionnement des représentants de l'Etat dans la régulation présuppose l'existence de marchés ouverts, dans lesquels des opérateurs, disposant d'une capacité d'action autonome, déploient des stratégies concurrentielles.

Elle se traduit par deux principes :

- Le principe de proximité. La mise en place d'instances spécifiques et les règles adoptées pour leur composition répondent à cette exigence. Le régulateur doit disposer d'une connaissance intime du secteur qu'il est chargé de réguler. Le niveau régional est ainsi prôné en remplacement d'une centralisation actuelle.
- Le principe de prise en compte des différents intérêts. La régulation repose sur la confrontation et l'arbitrage d'intérêts sociaux variables. Cela signifie que l'ensemble des intérêts sera à même de se faire entendre, la contractualisation devenant le prolongement de la régulation.

Concurrence et contrat étant des « *figures associées* »¹⁸⁵⁷, l'ouverture à la concurrence se caractérise par la banalisation du régime des contrats et par le jeu de la soumission au droit commun de la concurrence, notamment le respect de la libre concurrence¹⁸⁵⁸, la régulation nécessitant la supervision des liens contractuels fixés entre opérateurs.¹⁸⁵⁹

1 Une nouvelle place du contrat dans l'action publique

L'action publique a depuis longtemps utilisé le contrat comme outil de gestion. Il y a eu une évolution progressive vers le droit de la concurrence.

1-1 Loi et contrat

Le rapport entre loi et contrat ne saurait être conçu en termes de simple opposition. La loi et le contrat sont liés, le contrat devant respecter nécessairement la loi, les prescriptions légales se matérialisant fréquemment dans des accords contractuels. Selon un auteur, « *loi et contrat se situent, non dans un rapport d'opposition, mais suivant une échelle de continuité.* »¹⁸⁶⁰

¹⁸⁵⁶ CHEVALLIER J., « Loi et contrat dans l'action publique », www.conseil-constitutionnel.fr

¹⁸⁵⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 453

¹⁸⁵⁸ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », Dalloz, 2001, pp. 610 sq. et Définition du droit de la régulation économique, Dalloz, 2004, pp. 126 sq.

¹⁸⁵⁹ Voir sur ce point Chevallier J., La mise en œuvre de la réforme des télécommunications, *RFD adm.*, 1997, pp. 1118 sq. concernant l'Autorité de Régulation des télécommunications : Chevallier J., De la CNCL au CSA, *AJDA* 1989, pp. 59 sq. en ce qui concerne l'audiovisuel

¹⁸⁶⁰ PONTIER J.M., « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187

1-1-1 La loi

La loi est placée sous le double régime de légalité et de la généralité. D'après le principe de légalité, elle fixe à l'administration le cadre, les formes et les limites de son action. « *Les compétences dont sont investies les autorités administratives ne sont pas des droits dont elles auraient le libre exercice, ce sont des obligations qui leur sont faites. À elles de les exercer, en conformité avec les textes qui organisent le partage des attributions au sein des institutions.* »¹⁸⁶¹

L'association avec le principe d'unilatéralité remet en cause les principes de liberté et d'égalité des parties, inhérents initialement au contrat. Cette présentation est cependant schématique. La loi ne définit pas que des injonctions ou des interdictions, le contrat n'est pas exempt de domination et de contrainte.

1-1-2 Le contrat

La contractualisation initiée par l'administration est ancienne et l'étude de la jurisprudence administrative classique démontre l'antériorité d'une gestion privée permettant d'accomplir des tâches d'intérêt général en utilisant des procédures de droit privé.¹⁸⁶²

2-1 Les contrats utilisés par l'administration

Il est classique d'utiliser la notion de contrats administratifs et d'évoquer leurs spécificités, notamment en matière de pouvoir « *régalien* » de l'administration. Il ne faut pas omettre l'utilisation par celle-ci de contrats relevant du droit civil.

2-1-1 Le contenu des contrats administratifs

Les particularités des contrats administratifs avec une série de prérogatives données à l'administration portent non seulement sur l'inégalité des parties mais aussi sur l'absence d'immutabilité des contrats. L'administration peut contrôler l'exécution du contrat par l'autre partie, prendre des sanctions, modifier unilatéralement les contrats et imposer par conséquent des obligations nouvelles à son cocontractant en échange de sujétions financières supplémentaires.

En retour des ces prérogatives, l'administration est soumise à des obligations de service public. L'administration obéit à un certain nombre de sujétions :

¹⁸⁶¹ CAILLOSSE J., « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, p. 104.

¹⁸⁶² Voir sur ce point les décisions classiques C.E., 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges et T.C., 22 janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest africain, affaire dite du Bac d'Eloka

- Elle doit toujours poursuivre l'intérêt général et toujours respecter l'égalité des citoyens. Le service public obéit au principe de continuité et au principe d'adaptation ;
- L'administration n'est pas totalement libre et se voit soumise à des procédures déterminées de passation de ses contrats, y compris pour le recrutement de son personnel, pour lequel elle doit organiser des concours ;
- En matière de responsabilité, l'administration peut voir sa responsabilité engagée, même sans faute de sa part.

2-1-2 La contractualisation civile de l'Etat

Dès le début du XX^{ème} siècle, la formule de la concession a été largement utilisée dans le domaine économique. La technique contractuelle a été développée dans les années 1970, pour assurer le financement des équipements collectifs, dans les années 1980 par les contrats de plan État/régions et entre collectivités locales et services de l'État, notamment dans le cadre de la politique de la ville ou de la sécurité.

La délégation de gestion¹⁸⁶³ correspond au cas où une personne privée se voit confier l'exploitation d'un service public, moyennant la perception de redevances sur les usagers. La convention de délégation de service public est « *un contrat par lequel une personne de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.* »¹⁸⁶⁴. Elle est susceptible de s'étendre à l'ensemble des services publics, administratifs comme industriels et commerciaux, la seule contrainte résidant dans les conditions de rémunération.

L'utilisation de ces délégations est par contre encadrée¹⁸⁶⁵. Certains services administratifs ne peuvent être « *assurés que par la collectivité publique responsable* »¹⁸⁶⁶ soit parce qu'il s'agit de « *services publics constitutionnels* »¹⁸⁶⁷ relatifs aux fonctions de souveraineté et dont la nécessité « *découle de principes ou règles à valeur constitutionnelle* »¹⁸⁶⁸, soit en raison d'une prescription législative.¹⁸⁶⁹

Ce mouvement de contractualisation qui s'étend désormais aux différents champs d'intervention de l'action publique, notamment action sociale et santé, semble être utilisé pour contrebalancer le mouvement de « *polycentrisme* » administratif¹⁸⁷⁰ traduisant le développement d'une approche pluraliste et consensuelle de l'action publique, que résume assez bien le terme de « *gouvernance* » utilisé par le code de la santé publique.

Le contrat est de plus en plus utilisé comme substitut aux procédés classiques de contrôle visant une logique horizontale de coordination, qui transforme la nature même des rapports

¹⁸⁶³ Décret du 14 oct. 2004

¹⁸⁶⁴ Lois du 6 février 1992 et du 29 janvier 1993

¹⁸⁶⁵ C.E., 7 oct. 1986

¹⁸⁶⁶ FAVOREU F, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spéc., pp. 16 sq.

¹⁸⁶⁷ Cons. const., 25-26 juin 1986

¹⁸⁶⁸ PERREON p ;, « La délégation des services publics administratifs », *AJDA*, n° 27, 2004, pp. 1449 sq. et aussi AUBY J.B., *RFD adm.*, 1997, pp. 101 sq.

¹⁸⁶⁹ CHEVALLIER J., « Loi et contrat dans l'action publique », [www. Conseil.constitutionnel.fr](http://www.Conseil.constitutionnel.fr)

¹⁸⁷⁰ CHEVALLIER J., « La gouvernance et le droit », *Mélanges Amselek, Bruylant*, 2005.

entre intervenants même s'il ne saurait modifier les compétences, par exemple par la désignation d'un « chef de file », dont un équivalent est défini par le projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires comme représentant des divers intervenants des services de l'Etat et de l'Assurance Maladie, sans que le législateur ait défini « *les pouvoirs et les responsabilités afférents à cette fonction* ». ¹⁸⁷¹

L'analyse du projet de loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires évoque la possibilité de participation des établissements de santé privés au service public de la permanence des soins, déjà initié par exemple pour la prise en charge des parturientes, et à l'enseignement des étudiants en médecine. Il semble s'agir d'un exemple de transposition en France de la formule du partenariat public-privé (P.P.P.) avec appel au financement privé pour la production d'équipements, d'infrastructures ou de biens publics.

D'une façon plus intéressante pour l'assurance maladie, la contractualisation pourrait être aussi un moyen d'assurer la coordination des formes de régulation étatique et des mécanismes d'autorégulation mis en œuvre par les groupes professionnels ¹⁸⁷². Cela pourrait être le moyen de permettre une concertation avec les représentants institutionnels des professionnels de santé.

2-1-3 Les difficultés liées à la contractualisation

Le développement des techniques de contractualisation pose plusieurs difficultés. ¹⁸⁷³

La portée juridique des contrats

Ceux-ci se présentent davantage comme une concertation préalable à un acte juridique et gardent une forme unilatérale. Cette contractualisation généralisée pose le problème de la nature véritablement contractuelle et de la validité de tels accords. On sait que « *le Conseil constitutionnel a estimé qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'opposait à ce que l'État passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République, afin d'harmoniser l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi, à condition toutefois que ces conventions n'empiètent pas sur la compétence du législateur (19 juillet 1983) et que le Conseil d'État a admis qu'il s'agissait d'authentiques contrats (8 janvier 1988).* » ¹⁸⁷⁴

Le principe d'égalité

Il existe un risque de rupture avec le principe d'égalité par substitution d'un contrat à l'application de normes générales et uniformes qui s'imposent par contre toujours aux usagers des services publics.

¹⁸⁷¹ Cons. const., 26 janv. 1995

¹⁸⁷² du Marais B., « Droit public de la régulation économique », Presses de Sciences Po, Dalloz, 2004, p. 491.

¹⁸⁷³ CHEVALLIER J., Loi et contrat dans l'action publique, www. Conseil.constitutionnel.fr

¹⁸⁷⁴ DURAN P., « Penser l'action publique », LGDJ, coll. « Droit et société », n° 27, 1999, p. 128

Des quasi-contrats

La portée de tels accords qui, conditionnant la délivrance d'actes unilatéraux, apparaissent tout au plus comme des « *quasi-contrats* ». L'application de tels systèmes comme pour le Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.), l'Autorité de régulation de la télécommunication (A.R.T.)¹⁸⁷⁵ ou la Commission de Régulation de l'Electricité (C.R.E.) a été décevante, les manquements aux obligations acceptées par voie contractuelle n'ayant été qu'épisodiquement réprimés du fait de l'absence d'un réel transfert de moyens réglementaires et humains de contrôle et de sanction.

Sous section 2 La portée de l'étatisation sur le respect du secret

Deux derniers points sont en effet à évoquer, en prolongement de l'étude du secret professionnel qui a été présenté. Ils correspondent au devenir de l'indépendance médicale des professionnels de santé qui peuvent être amenés à intervenir dans le cadre des nouvelles structures de gestion du système de santé et plus fondamentalement, en corollaire du thème présenté ci-dessus, des possibilités d'évolution de la définition pénale des sanctions du secret professionnel vers une responsabilité civile, étant entendu qu'il n'est pas actuellement envisageable de modifier les règles déontologiques concernant le respect du secret tant que la question du maintien ou de l'évolution de l'indépendance du professionnel de santé n'est pas résolue.

§ 1 Le secret professionnel dans la fonction publique

Les fonctionnaires ont une obligation d'information au public¹⁸⁷⁶, le droit de toute personne à l'information étant garanti en ce qui concerne la liberté d'accès aux documents administratifs de caractère non nominatif et toute personne ayant le droit de connaître les informations contenues dans un document administratif dont les conclusions lui sont opposées.¹⁸⁷⁷

L'article 26 de la loi n°83.634 du 13 juillet 1983 du statut général des fonctionnaires précise que « *les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. En dehors des cas expressément prévus par la réglementation en vigueur, notamment en matière de liberté d'accès aux documents administratifs, les fonctionnaires ne peuvent être déliés de cette obligation de discrétion professionnelle que par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.* »

¹⁸⁷⁵ Devenue depuis 2005 Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (A.R.C.E.P.)

¹⁸⁷⁶ Art. 27 loi n°83.634 du 13/07/83. Les fonctionnaires « *ont le devoir de satisfaire aux demandes d'information du public dans le respect des règles mentionnées à l'art. 26 loi du 13/07/83* »

¹⁸⁷⁷ Loi n° 78.753 du 17 juillet 1978 modifiée par la loi n°79.587 du 11 juillet 1979, modalités précisées par une circulaire FP n° 1430 du 5 octobre 1981

Il y a donc maintien du secret professionnel¹⁸⁷⁸ qui peut s'associer à une obligation de discrétion professionnelle et à une obligation de réserve directement liée à la liberté d'opinion, le fonctionnaire devant conserver une certaine réserve dans l'expression de ses opinions.

Les fonctionnaires, en tant que dépositaires de renseignements concernant ou intéressant des particuliers, sont tenus au secret professionnel¹⁸⁷⁹ dans le cadre des règles instituées dans le code pénal à moins que les nécessités du service ou des obligations légales ne leur imposent la communication de ces informations.¹⁸⁸⁰

Cette obligation n'est pas absolue, la révélation des secrets acquis étant parfois permise, voire même obligatoire.

Elle est permise, comme pour d'autres professionnels, notamment pour prouver son innocence ou lorsque la personne intéressée a donné son autorisation.

Elle est obligatoire pour la dénonciation de crimes ou délits dont un fonctionnaire a connaissance dans l'exercice de ses fonctions¹⁸⁸¹, pour la communication de renseignements, pièces et documents aux autorités de justice agissant en matière criminelle ou correctionnelle¹⁸⁸², pour le témoignage en justice en matière criminelle ou correctionnelle¹⁸⁸³ et pour la communication au juge administratif saisi d'un recours contre un acte administratif ou au juge judiciaire saisi d'un litige des pièces et documents nécessaires au jugement de l'affaire.

La dénonciation des crimes ou des délits dont un fonctionnaire a pris connaissance dans l'exercice de ses fonctions¹⁸⁸⁴ est obligatoire.

L'obligation de discrétion professionnelle et l'obligation de réserve se distinguent facilement.

1 L'obligation de discrétion

Le manquement à l'obligation de discrétion pour les fonctionnaires réside dans la révélation de tous faits, informations ou documents dont ils ont eu connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent être déliés de cette obligation dans les cas expressément prévus par la réglementation en vigueur ou par décision expresse de l'autorité dont ils dépendent.

L'obligation de discrétion professionnelle, imposée à tous les fonctionnaires et qui a pour but d'assurer aussi bien la protection du secret des hospitalisés que celle de l'administration contre la divulgation de renseignements confidentiels apparaît encore plus large que celle de secret professionnel. En raison de l'objet de l'activité hospitalière, les

¹⁸⁷⁸ www.fonction-publique.gouv.fr/article518.html?art

¹⁸⁷⁹ Loi n°83.634 du 13 juillet 1983 article 26

¹⁸⁸⁰ sne69.free.fr/pratique/quotidien/enseignant/discretion.php

¹⁸⁸¹ Art 40 du code de procédure pénale

¹⁸⁸² Art 109 du code de procédure pénale

¹⁸⁸³ Art 109 du code de procédure pénale

¹⁸⁸⁴ Art 40 du code de procédure pénale

fonctionnaires hospitaliers sont plus exposés que d'autres à une sanction disciplinaire, la violation de cette obligation ne constituant pas un délit pénal.¹⁸⁸⁵

Cette obligation de discrétion professionnelle est fréquemment évoquée dans les publications concernant les enseignants qui ne doivent pas divulguer des faits dont ils ont connaissance dans l'exercice de leur métier. C'est le cas des informations portant sur des situations familiales ou des informations médicales confidentielles.¹⁸⁸⁶

2 L'obligation de réserve

Le manquement à la réserve, lié au principe de neutralité du service public, réside dans l'utilisation de sa fonction pour appuyer la manifestation d'une opinion personnelle ou d'adopter un comportement portant atteinte à la considération du service public par les usagers. Il s'agit d'une construction jurisprudentielle complexe qui varie en fonction de critères divers : responsabilité hiérarchique, mandat politique ou responsabilités syndicales, circonstances dans lesquelles la personne s'est exprimée, modalités et formes de cette expression.¹⁸⁸⁷

Dans notre étude, le cas particulier des médecins inspecteurs de santé publique doit être évoqué.

Pour cette profession particulière, médecin de santé publique au service de la puissance publique¹⁸⁸⁸ le secret professionnel du médecin rencontre ainsi l'obligation de discrétion professionnelle du fonctionnaire applicable à «tous les faits, informations ou documents» dont le fonctionnaire a connaissance «dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice».

C'est dans la conciliation des règles statutaires et déontologiques que peut résider un certain nombre de difficultés.

Le devoir d'obéissance hiérarchique du fonctionnaire¹⁸⁸⁹ devrait s'adapter à l'obligation d'indépendance du médecin prévu dans le code de déontologie. Or il est à noter que certains médecins fonctionnaires n'ont pas l'obligation d'inscription auprès des conseils départementaux des Ordres professionnels. Certains auteurs estiment de plus que le statut général de la fonction publique de nature législative prime le code de déontologie médicale de portée réglementaire. La notion de secret professionnel semble donc pouvoir être discutée.

¹⁸⁸⁵ MOQUET-ANGER M.-L., « Les particularités actuelles de la fonction publique hospitalière », AJDA 1995 p. 625

¹⁸⁸⁶ Art 26 Loi 83.634 du 13/07/83

¹⁸⁸⁷ fonction publique. Gouv.fr/article518.html

¹⁸⁸⁸ SAISON-DEMARS J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 458

¹⁸⁸⁹ Sur l'association du respect du secret professionnel et de la structure hiérarchique dans un cas d'espèce Le secret professionnel est-il opposable au supérieur hiérarchique ? Arrêt rendu par Conseil d'Etat, 9e sous-sect., 29 décembre 2006, n° 249617, AJFP 2007 p. 149

Un autre argument repose sur une nécessaire confusion entre intérêt général et intérêt de la santé publique. La décision hiérarchique serait liée à la décision technique et s'adapterait à l'intérêt général.

Outre que l'on peut émettre un doute sur ce systématisme de concordance entre décision administrative et intérêt général, on retrouve la difficulté liée à l'intervention d'autres professionnels que les médecins de santé publique liée à la préservation du secret au sein de l'administration.

§ 2 Indépendance médicale ou indépendance professionnelle

« *Le médecin ne peut aliéner son indépendance professionnelle sous quelque forme que ce soit.* »¹⁸⁹⁰. Cette notion d'indépendance professionnelle se retrouve dans plusieurs articles du code de la santé publique.¹⁸⁹¹

A partir du moment où le médecin est salarié et se trouve en situation de subordination vis-à-vis d'un employeur, le terme d'indépendance professionnelle semble ne pas convenir. Ainsi, dès l'article R. 4127-92 du code de la santé publique¹⁸⁹² puis dans les articles concernant l'exercice salarié de la médecine¹⁸⁹³, l'indépendance professionnelle disparaît au profit de l'indépendance dans l'exercice médical, toute rémunération au rendement étant proscrite.

Pour tous les professionnels exerçant à titre libéral, l'indépendance passe par la fixation personnelle de leur programme de travail, l'administration de leurs moyens de production et la liberté d'expression de leurs avis et de la mise en œuvre de leurs décisions.

En ce qui concerne l'assurance maladie, les objectifs du service et l'organisation du travail sont fixés régionalement ou localement par un médecin chef. Le praticien salarié d'une telle structure ne bénéficie donc pas de la plénitude de son indépendance professionnelle. Les moyens de production matériels des techniques médicales ou informatiques¹⁸⁹⁴, moyens humains voire architecturaux sont fournis par l'organisme dont il est le préposé.

¹⁸⁹⁰ Art. R. 4127-5 du code de la santé publique

¹⁸⁹¹ Art. R. 4127-26 du code de la santé publique « *Un médecin ne peut exercer une autre activité que si un tel cumul est compatible avec l'indépendance et la dignité professionnelles (...).* »

¹⁸⁹² Art. R. 4127-92 du code de la santé publique « *Un médecin ne peut accepter que dans le contrat qui (...) aurait pour conséquence de porter atteinte à l'indépendance de ses décisions ou à la qualité de ses soins.* »

¹⁸⁹³ Art. R. 4127-95 du code de la santé publique « *Le fait pour un médecin d'être lié dans son exercice professionnel par un contrat (...) à (...) une administration, une collectivité ou tout autre organisme public ou privé n'enlève rien à ses devoirs professionnels et en particulier à ses obligations concernant le secret professionnel et l'indépendance de ses décisions. En aucune circonstance, le médecin ne peut accepter de limitation à son indépendance dans son exercice médical (...)* » et art. R. 4127-97 du code de la santé publique « *Un médecin salarié ne peut, en aucun cas, accepter une rémunération fondée sur des normes de productivité, de rendement horaire ou toute autre disposition qui auraient pour conséquence une limitation ou un abandon de son indépendance ou une atteinte à la qualité des soins.* »

¹⁸⁹⁴ Article R. 4127-71 du code de la santé publique « *Le médecin doit disposer, au lieu de son exercice professionnel, d'une installation convenable, de locaux adéquats pour permettre le respect du secret professionnel et de moyens techniques suffisants en rapport avec la nature des actes qu'il pratique ou de la population qu'il prend en charge. (...)* »

Conformément aux règles juridiques et ordinales protégeant le secret médical, il semble plus correct d'utiliser l'expression d'indépendance médicale d'un praticien salarié. Celle-ci réside dans le fait que ses décisions médicales prévues dans le cadre de son exercice quotidien ne peuvent faire l'objet de pression ou immixtion en ce qui concerne son avis non seulement pour une demande individuelle mais aussi dans un sens plus large en ce qui concerne un avis technique portant sur la politique sanitaire et l'organisation du système de soins.¹⁸⁹⁵

§ 3 De possibles évolutions du système de santé national

A cet égard, la situation pourrait être particulièrement complexe du fait des possibles évolutions du système de santé national.

Une des grandes missions des agences régionales de santé correspond à la régulation de l'offre de santé en région, pour répondre aux besoins et garantir l'efficacité du système de santé¹⁸⁹⁶. Elles doivent définir et mettre en œuvre, avec les organismes d'assurance maladie et la caisse nationale de solidarité et d'autonomie, des actions propres à prévenir et à gérer le risque assurantiel en santé dans le cadre d'orientations globales définies au niveau national¹⁸⁹⁷. Un Conseil national de pilotage des A.R.S. réunissant les représentants des administrations de l'Etat et ceux de l'assurance maladie devrait veiller à la coordination des politiques menées par les A.R.S.¹⁸⁹⁸

La loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires suscités définit non seulement la possibilité pour les responsables des A.R.S. d'embaucher toute personne dans le cadre de contrat de travail mais aussi le transfert dans les agences régionales de santé des agents contractuels de droit privé exerçant leurs fonctions dans les organismes d'assurance maladie au titre d'activités transférées aux agences régionales de santé.¹⁸⁹⁹

Même si ces salariés sont censés conservés à titre individuel le bénéfice des stipulations des accords collectifs nationaux agréés ainsi que leurs avenants applicables aux personnels régis par les conventions collectives nationales des organismes de sécurité sociale, la question de la réelle indépendance face à des décisions émanant de gestionnaires commis de l'Etat devrait être posée.

¹⁸⁹⁵ MERCAT F.X., *L'indépendance technique des médecins salariés, une nécessaire distinction entre indépendance médicale et indépendance technique*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins, octobre 1999, 3 p.

¹⁸⁹⁶ BENEVISE J.F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local*, Rapport de synthèse n° 2006 134, Août 2006

¹⁸⁹⁷ L'HERRON R., « Etre un contre-pouvoir vigilant et uni face à l'étatisation », *Le Chirurgien Dentiste de France*, n° 1442-1443 du 24 juin – 1^{er} juillet 2010, p. 11 Avec la loi HPST, l'Etat a renforcé son pouvoir sur l'organisation du système de santé grâce à une déconcentration de l'application d'une politique nationale

¹⁸⁹⁸ FABRE J., « ARS et URPS décryptage des nouveaux pouvoirs », *Le Chirurgien Dentiste de France*, n° 1442-1443 du 24 juin – 1^{er} juillet 2010, p. 11

¹⁸⁹⁹ CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires », *Revue de droit sanitaire et social* 2008 p. 130 Voir sur le point des prérogatives des membres des corps d'inspection du Ministère de la santé, pharmaciens inspecteurs de santé publique et médecins inspecteurs de santé publique, notamment veille sanitaire et contrôle de la sécurité sanitaire des produits destinés à l'homme

La nécessité de respect de l'indépendance des praticiens libéraux missionnés ou salariés conseillers médicaux des assureurs¹⁹⁰⁰ ou des services de l'Etat leur fait obligation de ne pas contribuer ni accepter de cautionner des décisions ou plus largement des politiques manifestement en contradiction avec la déontologie médicale¹⁹⁰¹. Le maintien d'une obligation naturelle d'inscription au tableau des Ordres professionnels est un des éléments essentiels à conserver en protection de telles pressions ou immixtions des divers pouvoirs : services décisionnaires administratifs des organismes de protection sociale, services de l'Etat, voire représentants des collectivités locales pour lesquels le respect de l'indépendance médicale des praticiens salarié ne semble pas, dans notre expérience personnelle, une règle systématiquement acquise, voire admise.

Chapitre 3 Des propositions d'évolution pratiques

Nous avons pu évoquer les possibilités théoriques d'évolution des structures de protection sociale, étatisation ou privatisation. Cela ne signifie bien évidemment pas que nous estimons utiles de tels changements mais il nous est nécessaire, dans le cadre de notre travail portant sur la transmission des données personnelles de santé de décrire les nouvelles organisations de ces structures et d'envisager la portée des évolutions sur la fonction des praticiens conseils.

Comme on l'a signalé, le lien qu'ils possèdent avec les notions de secret et leur mission d'encadrement de la transmission des données dépend de leur fonction et des moyens qui leurs sont donnés.

Il reste un pan de la question qui a été jusqu'alors seulement évoqué sur le plan des principes dans notre travail et qui correspond au développement des transmissions au-delà de notre territoire national, voire au-delà de l'Union européenne.

Les outils informatiques sont actuellement internationaux et si nous avons présenté les textes fondateurs de ces droits, il est nécessaire de développer la réalité des pratiques.

En effet, à quoi servirait-il d'encadrer au niveau national strictement les pratiques, s'il existait une liberté totale des intervenants, sans respect des droits essentiels, dès la frontière d'un Etat franchie.

Section 1 La communication transfrontière

Le préambule du protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 2001¹⁹⁰², du fait de l'intensification des échanges de données à caractère personnel à travers

¹⁹⁰⁰ FURET M.-D., *Rapport sur l'indépendance et la valorisation de l'expertise venant à l'appui des décisions de santé publique*, Direction Générale de la Santé, Juin 2008, pp. 34-35

¹⁹⁰¹ Voir sur ce point « L'expertise médicale analysée dans le cadre des règles déontologiques, FFAMCEEDC, cellule de Déontologie, 2003 »

¹⁹⁰² Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, Strasbourg, 8.XI.2001

les frontières, rappelle la nécessité d'assurer la protection effective des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, et, notamment du droit au respect de la vie privée. Il souligne l'importance de la circulation de l'information entre les peuples.

La communication transfrontière de données à caractère personnel vers un Etat membre de l'Union européenne n'est soumise à aucune restriction au transfert des données car il existe un principe de libre circulation et un régime commun de protection¹⁹⁰³.

Lorsque l'Etat destinataire n'est pas soumis aux mêmes conditions protectrices d'une partie à la convention, le transfert est possible sous la condition expresse qu'il existe un niveau de protection adéquat pour le transfert considéré.¹⁹⁰⁴

Hors cette condition, il existe des dérogations¹⁹⁰⁵ autorisant un transfert de telles données si le droit interne de l'Etat concerné le prévoit. C'est le cas lorsque des intérêts prévalent, intérêts spécifiques pour une personne concernée ou la sauvegarde d'intérêts publics importants¹⁹⁰⁶.

La volonté des parties à un contrat peut aussi autoriser cette communication sous condition de validation des clauses contractuelles par les autorités compétentes¹⁹⁰⁷.

Une dernière exception qui pourrait avoir une importance dans notre travail correspond à une autorisation de transfert lorsque celui-ci est intervenu au départ d'un registre public. Quelle serait la conséquence d'une étatisation totale du système de protection sociale ? Pourrait-on considérer que les fichiers de consommations des assurés sociaux relève d'une telle appellation de registre public ?

Il est à noter que dans le cadre du droit européen, un règlement du parlement européen et du Conseil fixe les modalités de collecte des données à caractère personnel associée à la libre circulation de telles données dans le cadre de la coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁹⁰⁸.

Elles doivent respecter les garanties prévues par les dispositions communautaires déjà présentées ci avant.

¹⁹⁰³ Art. 25 de la directive 95/46

¹⁹⁰⁴ Article 2 du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, Strasbourg, 8.XI.2001

¹⁹⁰⁵ Art. 26 1 de la directive 95/46

¹⁹⁰⁶ Ou pour « la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice »

¹⁹⁰⁷ MAITROT de la MOTTE A., « Le droit au respect de la vie privée », Ch 17 pp. 271-383 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, p. 366 et s.

¹⁹⁰⁸ Règlement du parlement Européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, Bruxelles, le 17 juillet 2009, 2006/0006 (COD), PE-CO_S 3646/09, SOC 312, CODEC 697

Sous section 1 les transferts internationaux de données personnelles

La collecte et la conservation des données personnelles de santé s'appuient sur des outils nationaux qui permettent un transfert transfrontière des données.

§ 1 La carte européenne d'assurance maladie

La carte européenne d'assurance maladie¹⁹⁰⁹ devrait permettre le transfert de données médicales personnelles¹⁹¹⁰ afin de permettre le contrôle qui est effectué, à la demande de cette l'institution originelle, par l'institution du lieu de séjour ou de résidence du bénéficiaire qui transmet un rapport à l'institution débitrice qui a demandé le contrôle¹⁹¹¹.

Ces transferts d'un Etat membre à un doivent être conditionnés à l'autorisation de l'assuré après information préalable sur les différences éventuelles entre les règles applicables et les conséquences d'un accord ou d'un refus de communication.

§ 2 La carte Vitale

Au niveau national, la complexité de l'association entre protection du secret professionnel et responsabilité des professionnels de santé et des caisses d'assurance maladie tient à la pluralité des objectifs qui ont été définis à la réforme. Ces objectifs sont notamment le contrôle de la consommation et de la pratique médicale, le développement de la communication de l'information médicale dans une politique de prévention¹⁹¹².

Sur un plan pratique, le système électronique de saisie des données personnelles de santé de l'assurance maladie a été conçu dès 1980 pour simplifier les opérations de gestion et en abaisser le coût. Il s'appuie sur l'utilisation de cartes électroniques pour l'assuré, carte Vitale, et pour le professionnel de santé carte.

La carte Vitale contient des données administratives, l'identification de l'assuré et de ses ayants droit, la détermination de son régime obligatoire, éventuellement des données relatives à une protection complémentaire d'assurance maladie

L'accès aux informations relatives à une exonération de ticket figurant dans la mémoire de la carte n'est ouvert qu'aux professionnels, aux établissements de santé dispensant des soins au

¹⁹⁰⁹ LETTRE-RESEAU : LR/DDO/178/2010, Nouvelle Réglementation Européenne en matière de coordination de l'assurance maladie, 16/09/2010, Principales dispositions du Règlement 883/04 et ses conséquences pour l'Assurance Maladie (art. 17 à 35 RB), non publiée

¹⁹¹⁰ FASQUELLE D., *Proposition de résolution sur l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, présentée par le rapporteur de la Commission chargée des affaires européennes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2008

¹⁹¹¹ Règlement du parlement Européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, Bruxelles, le 17 juillet 2009, 2006/0006 (COD), PE-CO_S 3646/09, SOC 312, CODEC 697 p. 118 Article 87 dispositions diverses transitoires et finales

¹⁹¹² CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie », GP20001019004, Gazette du Palais, 19 octobre 2000 n° 293, P. 15 et s.

porteur de la carte, et aux agents autorisés des organismes gérant le régime de base d'assurance maladie. Il nécessite l'emploi de la carte de professionnel de santé¹⁹¹³.

Initialement, la carte devait comporter un volet médical destiné à recevoir les informations pertinentes nécessaires à la continuité et à la coordination des soins¹⁹¹⁴. Dans l'état actuel de la réglementation, ce volet médical n'est pas effectif.

§ 3 La responsabilité de l'informatisation des systèmes de santé.

L'analyse de la responsabilité des différents intervenants dans l'informatisation des systèmes de santé révèle une situation complexe¹⁹¹⁵.

Il n'est pas nécessaire de revenir sur l'accroissement de cette responsabilité des risques de sélection et d'utilisation « *anormale* » des données personnelles de santé. Une définition stricte des destinataires des informations est nécessaire.

Il faut souligner que cette responsabilité est une responsabilité partagée¹⁹¹⁶, non seulement entre médecins mais aussi avec des professionnels non médicaux ou des instances ou structures administratives.

Tel est le cas des liens qui unissent les professionnels de santé avec les Caisses de sécurité sociale dans la transmission des feuilles de soins et des dossiers de remboursement.

Le principe du codage détaillé des actes, des prestations et des pathologies¹⁹¹⁷, grâce à des référentiels disponibles par tout en chacun, combiné à l'utilisation de moyens informatiques dans le cadre d'une interopérabilité dans les systèmes de santé¹⁹¹⁸, permet aux organismes d'assurance maladie de disposer d'instruments efficaces de mesure et de contrôle de l'activité des professionnels de santé, du comportement des assurés et du coût, pour la sécurité sociale, de la protection de la santé¹⁹¹⁹. Il devient possible, à partir de la feuille de soins d'identifier directement et précisément l'acte ou la prestation réalisés et d'en déduire la pathologie.

¹⁹¹³ Art. L. 161-33 al. 4 du code de la sécurité sociale, arrêté du 9 avril 1998

¹⁹¹⁴ Art. L. 161-31 II du code de la sécurité sociale

¹⁹¹⁵ Par exemple, à la marge de notre travail on doit signaler que la responsabilité de l'acheminement des feuilles de soins dans les délais assignés engage financièrement le professionnel de santé. Art. L. 161-33 al. 3 du code de la sécurité sociale

¹⁹¹⁶ Certains auteurs évoquent la notion de solidarité. S'il est employé, ce terme doit être à nos yeux utilisé au sens des liens existants entre des personnes ayant une responsabilité commune et pas au sens des liens entre créanciers d'un même débiteur

¹⁹¹⁷ La loi n° 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie, décret n° 95-564 du 6 mai 1995

¹⁹¹⁸ FIESCHI M., *La gouvernance de l'interopérabilité sémantique est au cœur du développement des systèmes d'information en santé*, Rapport à la ministre de la santé et des sports, 9 juin 2009, Lettre de mission 26 mars 2009, la ministre de la Santé et des sports, 66 p. « *L'interopérabilité dans les systèmes de santé est la capacité d'échanger les informations relatives à un patient ou un citoyen, de les comprendre sans perte de sens, de les traiter en prenant en compte les connaissances pertinentes concernant sa situation afin d'améliorer l'action de soin. Cette capacité est facilitée par les systèmes informatiques.* »

¹⁹¹⁹ CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie », GP20001019004, Gazette du Palais, 19 octobre 2000 n° 293, P. 15 et s.

La pratique de la réalité de terrain nous doit de signaler que l'accès à ces informations était déjà possible avant toute informatisation, l'indication en clair des médicaments sur l'ordonnance du médecin prescripteur permettant de reconnaître les traitements spécifiques de certaines pathologies. L'informatisation fournit des moyens techniques de récupération des données à une plus grande échelle et dans un délai beaucoup plus court.

Sous section 2 Le droit d'opposition à la transmission électronique

Le droit pour les assurés sociaux de s'opposer à la transmission des codes des pathologies aux organismes d'assurances maladie, systématiquement rappelé par la C.N.I.L., a été reconnu par l'arrêté du 9 avril 1998¹⁹²⁰ sans que l'assuré s'expose à l'absence de remboursement des frais engagés. Le dispositif de non remboursement proposé initialement par le Gouvernement aurait pu conduire certains patients soit accepter contre leur grès la communication, soit à renoncer aux soins faute de ressources suffisantes. Cela aurait été contraire au droit à la protection de la santé inscrit dans le préambule de la Constitution¹⁹²¹.

Ainsi, la communication d'informations par le médecin traitant est possible sauf opposition de l'assuré.

On rappelle que ce droit d'opposition devrait s'associer naturellement à l'obligation d'information du malade sur la saisie des données saisies et leur conservation à des fins autres qu'un traitement médical ainsi que sur les risques de cet enregistrement.

*« L'arbitrage entre protection des données de santé et perte de chance d'être soigné efficacement amène à définir un nouvel équilibre : autorisation de collecter et d'échanger des données contre consentement, traçabilité de ces échanges et droit à l'oubli. »*¹⁹²²

Il y a donc place pour un élargissement du consentement du patient dépassant la simple possibilité d'opposition trop dépendante d'une information.

Section 2 La télétransmission de données aux assureurs complémentaires

Nous avons déjà évoqué les fondements de l'obligation de protection du secret associée à une possibilité encadrée de la transmission de données à destination des organismes de protection sociale complémentaire.

Nous devons développer dans cette partie qui concerne particulièrement les moyens techniques destinés à permettre cette transmission encadrée la notion de télétransmission.

Sous section 1 La nécessité de protection contre la violation du secret

On rappelle qu'il semble essentiel pour un professionnel de santé de ne jamais répondre directement à une demande émanant d'une compagnie d'assurance, ni même d'un

¹⁹²⁰ En application de l'ordonnance du 24 avril 1996

¹⁹²¹ CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie », GP20001019004, Gazette du Palais, 19 octobre 2000 n° 293, P. 15 et s.

¹⁹²² SAOUT C., *Rapport d'activité ASIP Santé 2009*, Ministère de la santé et des sports, p. 19

médecin conseil d'une compagnie, n'ayant pas transité par un demandeur assuré ou ayant droit.

Dans de telles conditions, le consentement passant par un demandeur reconnu ne nécessitera pas la vérification de la validité du consentement par le médecin traitant, responsabilité ne relevant pas de sa compétence.

Dans tous les cas, il semble prudent de respecter les conditions suivantes.

- Lorsque des médecins transmettent des rapports contenant des informations médicales confidentielles à une compagnie d'assurances, et ceci même si l'envoi passe par les mains de l'assuré, il doit être adressé nominativement au médecin-conseil de la compagnie, garant de la confidentialité et de l'interprétation des informations médicales.¹⁹²³
- En cas de volonté d'omission de la part du patient de renseignements en lien avec le contrat, il semble possible de refuser de se plier à de telles exigences et soit remettre les informations à l'assuré qui sera chargé de les transmettre, soit de refuser de fournir un rapport mensonger.
- Enfin et en toute circonstance, la transmission d'informations devrait être strictement limitée à ce qui est nécessaire à l'exécution du contrat.

Cette condition soulève plusieurs difficultés :

Tout d'abord, elle sous tend que le médecin a la possibilité pratique d'accéder au contenu du contrat afin de vérifier le champ initial couvert. Il doit aussi être à même de l'analyser afin de limiter la transmission à ce qui est nécessaire.

Ensuite elle laisse persister un risque pour le professionnel de se voir reprocher une erreur, voire une fraude en cas de désaccord avec la société d'assurance.

Sous section 2 Les solutions techniques permettant cette transmission

Il semble important de développer les divers modes de transmission de données. En effet, la place des professionnels de santé dans un organisme de protection sociale complémentaire de structure assurancielle privée n'est pas comparable.

Cette analyse permet de montrer qu'une transmission sécurisée respectant le secret est possible. Elle montre aussi que la place initialement dédiée au praticien conseil de l'assurance maladie de protection des données peut évoluer et céder la place à une protection liée au transfert de cette responsabilité au médecin soignant qui transfère l'information.

Très fréquemment, la gestion des dossiers est effectuée par des professionnels administratifs. Les médecins libéraux appelés à intervenir pour ces sociétés donnent un avis préalable sur l'absence ou l'existence d'un état de santé à prendre en compte sans intervenir sur la décision finale¹⁹²⁴. Ils ne sont pas systématiquement liés aux sociétés pour lesquelles ils interviennent pour des missions ponctuelles qui peuvent cesser à tout moment.

¹⁹²³ Comité Permanent des Médecins Européens (CP), La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, CP98/090 Final FR, 06/04/99, <http://www.cpme.be>

¹⁹²⁴ Titulaires nous même d'une diplôme concernant la médecine et l'assurance vie, nous nous sommes vu opposer un rejet de l'idée d'intervention du médecin par un gestionnaire d'assurance. Posant la question de la décision finale lors d'un exercice pratique au cours de la formation, il nous a été répondu sèchement que cela ne nous « regardais pas ».

Les médecins salariés de ces sociétés ont un rôle de gestion, la plus part du temps a posteriori des dossiers complexes et de surveillance de l'activité des autres médecins intervenants.

Deux premières propositions mettent des données sensibles à la disposition des assureurs complémentaires et nécessiteraient un encadrement juridique de nature à garantir que les données ne seront pas utilisées à d'autres usages que ceux qui sont prévus. Trois autres nécessitent la mise en œuvre de l'anonymat des données.

§ 1 La télétransmission de données nominatives par les professionnels de santé

La télétransmission des données médicales nominatives par les professionnels de santé aux assureurs complémentaires peut emprunter deux voies :

- La télétransmission par le professionnel de santé, sans le consentement de son patient, sur la base d'une loi spécifique autorisant les assureurs complémentaires à recevoir ces données s'ils contribuent à la mise en œuvre d'un principe à valeur constitutionnelle, ces conditions n'étant remplies que partiellement actuellement ;
- La télétransmission avec le consentement exprès du patient exprimé lors de chaque envoi d'une demande de remboursement électronique.

1-1 La télétransmission par le professionnel de santé sans le consentement de son patient

Cette transmission peut être réalisée de façon nominative. C'est le cas actuellement pour les organismes d'assurance maladie obligatoires, par le professionnel de santé¹⁹²⁵. La télétransmission, sans consentement express de l'assuré, se faisant sur la base d'une loi spécifique autorisant les assureurs complémentaires à recevoir ces données.

1-2 La télétransmission avec consentement exprès du patient

La télétransmission avec le consentement exprès du patient qui doit être recueilli lors de chaque recours à un professionnel de santé nécessiterait l'utilisation, en sus de la carte Vitale, d'une carte spécifique. Cette carte permettrait l'authentification du patient et comporterait l'information que son utilisation implique expression du consentement à la télétransmission des données de santé qui serait effectuée par le professionnel de santé validant la démarche.

L'expression du consentement express de l'assuré peut s'appuyer sur une modification du lecteur de carte du professionnel de santé permettant un consentement à la télétransmission des données de santé par l'assuré ou l'utilisation d'une carte spécifique complémentaire de la carte Vitale démontrant ce consentement et par l'utilisation d'un code personnel, consentement devant être exprimé à chaque envoi d'une feuille de soins électronique.

¹⁹²⁵ CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie », GP20001019004, Gazette du Palais, 19 octobre 2000 n° 293, p. 50

Les données ne devraient pouvoir être conservées après usage qu'à condition d'être anonymisées immédiatement après le calcul des droits à remboursement, pour servir à des analyses statistiques ultérieures.

La question pourrait être posée de la nécessité d'une signature servant à sécuriser la télétransmission, les documents télématiques munis de leur signature électronique étant opposables à leurs signataires¹⁹²⁶.

Dans l'état actuel de la réglementation, c'est la signature électronique du professionnel de santé signature produite par la carte de professionnel de santé qui est reconnue par les administrations de l'État et les organismes de sécurité sociale pour la transmission électronique des feuilles de soins. Elle garantit l'identité et la qualité du titulaire de la carte ainsi que l'authenticité du document signé¹⁹²⁷.

Si la présentation de la carte suffit à authentifier le patient qui a donné son consentement à la télétransmission, il conviendrait de renforcer cette présentation par la saisie d'un code porteur qui garantirait que la carte n'est pas utilisée par un tiers non autorisé.

Une signature électronique ne paraît, par contre, pas nécessaire, comme dans le cas de télétransmission par le patient. En effet, la télétransmission serait ici effectuée par le professionnel de santé, à qui il appartiendrait de signer le message. Il convient seulement de procéder à l'authentification du patient qui donne son consentement, dont on peut penser que la présentation d'une carte personnelle, éventuellement accompagnée de la saisie d'un code porteur, suffit à l'établir.

§ 2 Les autres possibilités de communication

Trois autres possibilités techniques permettraient aux assureurs complémentaires l'utilisation de données médicales concernant leurs assurés sans que ces données leur soient communiquées sous forme nominative ou par les professionnels de santé :

- La télétransmission des données par le patient lui-même, ce qui s'associe automatiquement au consentement ;
- La télétransmission de données sensibles par le professionnel, mais sous une forme anonyme qui ne permet pas d'identifier le patient concerné ;
- Le calcul des prestations dues par l'assureur complémentaire sur le poste de travail du professionnel de santé, donc sans que celui-ci ait à communiquer des données nominatives sensibles à l'assureur.

2-1 Le principe de l'anonymisation.

Le calcul des prestations peut être effectué par l'assureur complémentaire sans qu'il y ait possibilité de contrôle a priori de la justification des prestations.

¹⁹²⁶ Art. R. 161-58 du code de la sécurité sociale

¹⁹²⁷ CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie », GP20001019004, Gazette du Palais, 19 octobre 2000 n° 293, P. 15 et s.

Le calcul des prestations dues par l'assureur complémentaire peut être effectué sur le poste de travail du professionnel de santé, donc sans que celui-ci ait à communiquer des données nominatives sensibles à l'assureur qui ne reçoit que le montant à rembourser.

Les données qui doivent rester secrètes sont communiquées sous une forme anonymisée qui ne permet pas d'identifier le patient concerné.

Cette communication des données médicales ainsi anonymisées ne peut concerner que certaines prestations et certaines clauses de contrats pour lesquelles il n'est pas utile de connaître ces données pour initier le remboursement. Par exemple la prescription d'une paire de lunettes lorsque le contrat prévoit un remboursement maximal sur une période déterminée sans que celui-ci dépende d'une pathologie déterminée.

Néanmoins, la nécessité d'adapter les remboursements à l'évolution des contrats, ainsi que la nécessité de disposer de l'ensemble de ces données pour procéder à des analyses statistiques, amènent les assureurs à demander une transmission systématique des données détaillées anonymisées.

Une communication de données anonymisées peut reposer sur une organisation du système d'information ce qui amène à distinguer deux sous-systèmes séparés communiquant entre eux par le truchement d'un tiers de confiance. Celui-ci détient une table de passage entre l'identité en clair et les numéros d'anonymisation des assurés et assure la transmission des informations entre les deux sous-systèmes de l'assureur.

La transmission d'informations anonymes aux organismes de protection complémentaire nécessite une organisation telle que les données de santé anonymes ne puissent être rapprochées des identifiants en clair des assurés.

Elle fait intervenir un sous-système gérant les contrats et payant les prestations aux assurés identifiés en clair avec une base de données ne contenant que des informations administratives et un autre sous-système qui calcule les droits à remboursement des assurés et rapproche les données des contrats nécessaires au calcul des prestations. Un tiers de confiance procède à l'anonymisation des données. Il gère une table de transcription et assure la transmission des informations entre les deux sous-systèmes. L'assureur complémentaire dispose ainsi de toutes les informations nécessaires à l'exécution des contrats de ses assurés sans avoir à connaître nominativement les données médicales mais se pose le problème de l'éventuelle nécessité de lever de l'anonymat pour le traitement de certains litiges et la mise en œuvre de certains contrôles.

2-2 La protection contre les risques d'utilisation abusive

La transmission d'informations nominatives nécessiterait la mise en place de dispositions destinées à éviter les risques d'utilisation abusive des données.

Une utilisation abusive peut correspondre à l'éventuel usage des données pour connaître l'activité des professionnels de santé, ce qui est recherché par les gestionnaires chargés de la gestion du risque. Les arguments développés pour désamorcer les réactions opposées à l'hypothèse d'une telle utilisation des données télétransmises sont basés sur les obligations légales au secret et le rôle de la C.N.I.L. ainsi que l'absence de lien contractuel. On peut retenir que si des données figurant dans un fichier informatique étaient utilisées afin

d'analyser l'activité des professionnels de santé, ce traitement devrait être déclaré à la C.N.I.L. Aucun lien contractuel n'existant, sauf exception, entre l'assureur et les professionnels de santé ; il ne pourrait pas être tiré de conséquences de cette connaissance potentielle des comportements.

La protection contre les usages non autorisés des données peut s'appuyer sur plusieurs organisations.

Il peut y avoir la télétransmission des données par le patient lui-même en utilisant une installation proposée dans des lieux définis, les informations étant reportées initialement par le professionnel lui-même. Cela correspondrait à une équivalence de mise à jour de la carte. Cette proposition aurait l'avantage de confirmer le consentement de l'assuré mais nécessite de nombreux aménagements techniques et retarderait le remboursement des assurés ne pouvant accéder facilement aux installations.

La même démarche bénéficierait de l'utilisation des installations du professionnel de santé, la télétransmission étant initiée par un consentement express de l'assuré confirmé par tout moyen de signature tels que l'utilisation d'un code personnel.

Néanmoins, il faut être conscient qu'actuellement, les assureurs complémentaires, en dehors de l'évolution possible vers une concentration des sociétés, disposent d'ores et déjà d'informations informatisées globales sur l'activité des professionnels de santé ou d'informations plus détaillées non informatisées¹⁹²⁸ concernant les assurés sociaux. Ces données qui concernent une partie limitée des patients de la clientèle d'un même professionnel de santé leur permettent d'accéder à un niveau important de connaissance des comportements individuels des professionnels de santé.

Les mutuelles maintiennent fréquemment l'anonymat et une stricte confidentialité sur les situations traitées, en limitant la communication à des données non nominatives¹⁹²⁹, un « *tiers de confiance* », agissant pour le compte de la mutuelle, sans lui transmettre données nominatives¹⁹³⁰.

La télétransmission de données sensibles par le professionnel semble d'usage limité car la détermination des situations dans lesquelles ces données détaillées sont nécessaires ne peut pas toujours être réalisée à partir des informations partielles sur le contrat détenues par l'assuré et qu'il communique au professionnel. De plus, cela alourdirait le système informatique des professionnels qui ne sont pas nécessairement d'accord pour intervenir dans cette démarche.

¹⁹²⁸ C'est le cas des devis de matériel médical ou dentaire

¹⁹²⁹ BABUSIAUX C., *L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées. 26 mai 2003

¹⁹³⁰ Voir par exemple la plate forme « Priorité santé mutualiste » LENOIR D., « La mutualité face à ses enjeux », *Revue de droit sanitaire et social* 2009 p. 397

Section 3 La responsabilité des usagers du système de santé

Les fréquentes références aux droits de l'Homme destinées dans notre travail à expliquer les difficultés liées à la possibilité ou à l'impossibilité de la transmission des données personnelles de santé nous ont amené à constater qu'il pouvait être admis une prépondérance d'un droit d'une personne, voire de la société sur une autre personne. Cette prépondérance était soutenue notamment par une construction intellectuelle de la Cour européenne des droits de l'Homme qui semblait confronter certains droits entre eux afin d'adapter une théorie à la pratique judiciaire.

En revanche, la Cour n'a pas souhaité développer une autre explication qui pourrait être celle de la reconnaissance de la notion de devoir humain.

Si cette conception devait être retenue, elle pourrait alors servir de fondement à une limitation du droit de la personne. La transmission des données personnelles de santé céderait le pas non plus à un droit d'une autre personne en abandonnant ses propres droits mais bien à un intérêt supérieur représenté le bien de la société.

Cette construction intellectuelle aurait le mérite de considérer que, la société n'étant pas seulement constituée des autres intervenants mais aussi de la personne concernée, l'application d'un devoir de la personne lui permet de répondre à la demande, voire aux injonctions de la société, sans abandonner ses propres droits.

Sous section 1 Les devoirs de l'Homme

Bien que repris par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹³¹, la notion de devoirs humains demeure cependant beaucoup moins institutionnalisée que celle de droits de l'Homme. Cette asymétrie est une cause de fragilité pour les droits de l'Homme eux-mêmes. En effet, un droit, pour être applicable, est nécessairement la contrepartie d'une obligation pour autrui ou pour la société dans son ensemble. Cette notion est développée dans le droit au travail qui associe droit à un travail mais devoirs de loyauté envers l'employeur.

La notion de devoir est évoquée dans l'analyse des systèmes de santé. Elle est le plus fréquemment utilisée dans l'acception d'une obligation pour « *les pouvoirs publics d'adopter toutes les mesures destinées à protéger et à promouvoir la santé de la population, dans son ensemble. L'Etat se présente comme le premier responsable en termes de politique de santé publique. En ce sens, la plupart des constitutions érigent celle-ci au rang de devoir étatique.* »¹⁹³²

Dans un certain nombre de cas, elle est perçue comme un devoir individuel de santé. D'abord dans un sens de santé publique envers les autres. Chacun doit s'obliger, de par son comportement, à ne pas nuire à la santé d'autrui, à éviter la transmission de maladies

¹⁹³¹ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne 07/12/2000, Journal officiel des Communautés européennes, 18.12.2000, p. 98 « *La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures.* »

¹⁹³² HANICOTTE R., *Devoirs de l'homme et constitutions. Contribution à une théorie générale du devoir*, ed. L'Harmattan, 2007, p. 68

infectieuses. Il peut s'agir aussi de limiter ses pratiques causant un risque à l'autre comme dans la notion de conduite en état d'imprégnation alcoolique ou médicamenteuse, à la prévention du tabagisme passif.

Il peut s'agir aussi de préserver sa propre santé. « *Il incombe à la personne une « autoprotection » : la préservation de sa propre santé, qu'elle soit physique ou mentale (...)* ». ¹⁹³³ Le devoir individuel se conçoit ainsi envers soi-même mais aussi envers les autres en permettant la bonne gestion des systèmes de protection sociale.

En France, cette notion est évoquée dans l'article R. 4127-49 du code de la santé publique qui rappelle à l'assuré social « *ses responsabilités et devoirs vis-à-vis de lui-même.* »

Le versant économique du devoir du patient est même clairement défini dans la loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, dans son article 11. L'article L. 1111-1 du code de la santé publique ainsi créé précise que « *les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et les principes sur lesquels il repose.* »

Il ne semble pas que l'on puisse se placer sur ce point au niveau du bon père de famille puisque l'assuré n'a pas la responsabilité personnelle de la gestion du système de santé mais il doit être évoqué l'idée d'une responsabilité personnelle en cas de déviance.

Sous section 2 La responsabilisation des usagers du système de santé

Ce système fait peser sur la personne directement concernée la responsabilité de prendre parti sur l'intérêt qu'elle aurait à n'être pas protégée ; on « *l'oblige ainsi à participer activement.* ».

C'est la diffusion de cette conception qui a amené la commission des lois du Sénat, évoquant la transmission des données personnelles de santé, à proposer « *d'augmenter la protection des droits et des libertés des personnes (...) en prévoyant que, s'agissant des données sensibles, le consentement exprès des personnes ne suffit pas nécessairement* ».

Son rapporteur Alex Türk précise que « *le projet de loi prévoit que le consentement exprès de la personne concernée permet de déroger à l'interdiction de traitement des données sensibles. Or, le paragraphe 2, a) de l'article 8 de la directive indique que les Etats membres peuvent prévoir que le consentement exprès de la personne concernée ne suffit pas. Votre commission des lois vous propose donc d'adopter un amendement reprenant cette possibilité, afin d'éviter que des organismes tels que des compagnies d'assurance ou des employeurs puissent, au seul motif qu'ils auraient obtenu le consentement de l'intéressé, procéder à la collecte et au traitement de données sensibles. Il est en effet à craindre qu'ils exercent une certaine pression sur les personnes* ».

Il ajoute « *néanmoins, une telle restriction ne pourrait intervenir que dans l'hypothèse d'une loi ultérieure* ».

¹⁹³³ HANICOTTE R., *Devoirs de l'homme et constitutions. Contribution à une théorie générale du devoir*, ed. L'Harmattan, 2007, p. 70

§ 1 Le fondement de la responsabilisation

Il apparaît de plus en plus fréquemment la volonté, chez le législateur et les gestionnaires des organismes de protection sociale obligatoire ou facultative, de responsabiliser les usagers du système de santé, de « (...) *mettre les assurés au cœur des actions en les rendant acteurs de leur santé.* »¹⁹³⁴

Ainsi on doit constater que les droits reconnus aux patients la loi du 4 mars 2002 le sont sous condition. L'article L. 1111-1 du code de la santé publique rappelle que les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé¹⁹³⁵.

L'arrêté du 17 octobre 1997 portant approbation de l'avenant n° 1 de la Convention nationale des médecins généralistes a introduit la notion de médecin référent dont les objectifs portaient notamment sur l'optimisation des dépenses de santé. Ce dispositif a été modifié par la loi portant sur la réforme de l'assurance maladie du 13 août 2004 qui met en œuvre une responsabilisation accrue des patients¹⁹³⁶, à travers la coordination des soins et la lutte contre les abus et les fraudes celui¹⁹³⁷.

Elle remplace le médecin référent par le médecin traitant en charge de coordonner le parcours de soins du patient. Ainsi, si un assuré ne désigne pas de médecin traitant, il verra d'une part ses consultations moins bien remboursées et s'il va consulter un spécialiste hors du parcours de soins, ce dernier pourra appliquer des dépassements d'honoraires, le patient voyant sa prise en charge réduite.

Des démarches de responsabilisation des assurés sociaux ont été initiées par des incitations économiques destinées à limiter les demandes de dépenses¹⁹³⁸. C'est le cas de la mise en œuvre d'un remboursement modulé du ticket modérateur, part restant à charge pour l'assuré, dans le cadre des affections de longue durée ainsi que des contrôles des justifications de la prise en charge des prestations.

Certains auteurs envisagent de conditionner le remboursement des actes au respect de certaines conditions de prévention¹⁹³⁹.

La circulaire DHOS/G/2005/57 du 2 février 2005 relative à la qualité dans les établissements de santé précise que le malade doit respecter le fonctionnement des hôpitaux et ne pas perturber les soins, compromettre les exigences sanitaires, voire créer des désordres

¹⁹³⁴ AQUILINO F., « La gestion du risque assurantiel en santé : des divergences sur son périmètre, un consensus sur sa pertinence », pp. 128-149, *Dossier La gestion du risque*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, 270 p.

¹⁹³⁵ Art. L.1111-1 du code de la santé publique. « *Les droits reconnus aux usagers s'accompagnent des responsabilités de nature à garantir la pérennité du système de santé et des principes sur lesquels il repose* »

¹⁹³⁶ GIRER M., Maître de conférences en droit, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », IFROSS, Faculté de droit, Université Lyon 3, p. 11

¹⁹³⁷ V. en ce sens M.BORGETTO, « La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie : cinq ans après », *R.D.sanit.soc.* 2009, p.593.

¹⁹³⁸ HUTEAU G., « On ne responsabilise pas les assurés sociaux par décret », pp. 22-40, *Dossier La gestion du risque*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, p. 26

¹⁹³⁹ LEMOINE S., HOLUE C., « Médecine de ville. Partager les responsabilités entre financeur, médecin et patient », le Concours médical, Tome 133 [N° 2], février 2011, pp. 93-94

persistants gênant pour les autres patients. L'idée de santé est intimement liée à celle de solidarité¹⁹⁴⁰.

§ 2 Les risques de la responsabilisation

Cette responsabilisation doit éviter certains écueils.

Tout d'abord, elle doit conserver les principes fondamentaux des droits de la santé et de la sécurité sociale¹⁹⁴¹.

Puis elle ne doit pas être limitée à son versant financier. Elle doit dépasser la simple application d'une règle de droit unilatérale qui autorise, par exemple un moindre remboursement pour les assurés se faisant soigner en dehors du parcours de soins.

La mise en œuvre de procédures de contrôle des assurés sociaux et de la justification de leur consommation¹⁹⁴² doit préserver une différence d'analyse entre les éléments constitutifs d'une fraude et d'un abus. Même si la loi a ouvert la possibilité de sanction par le directeur de la caisse primaire envers les assurés ne respectant pas la réglementation, l'abus en lui-même n'est pas répréhensible dans le droit social au regard des normes juridiques actuelles en dehors du droit de la sécurité sociale. Une démarche plutôt incitative est envisagée afin de leur faire prendre conscience de la nécessité d'utiliser les droits qui lui sont accordés avec discernement, sans abus¹⁹⁴³. C'est tenter de lui faire « *adopter une conduite raisonnable* »¹⁹⁴⁴.

La nouvelle gouvernance tend à favoriser l'émergence d'un nouveau patient dit « *patient expert* », non pas simplement au regard de l'accès à l'information sur sa maladie et, au sens plus large sur sa santé, mais au regard de la mise en place nouvelle de dispositifs spécifiques tels que ceux d'éducation thérapeutique du patient tels que le système Sophia de l'Assurance maladie. Animés par des professionnels, tant de la santé que de la communication, ces dispositifs encouragent l'expertise du patient afin de lui permettre un certain degré d'autonomisation¹⁹⁴⁵.

¹⁹⁴⁰ LABORDE J.-P., *Droit de la sécurité sociale*, PUF, 2005, p. 11

¹⁹⁴¹ GIRER M., Maître de conférences en droit, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », IFROSS, Faculté de droit, Université Lyon 3, p. 7

¹⁹⁴² THOUVENIN D., « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformées en obligations » [*XVI^e entretiens du centre Jacques-Cartier – Les droits et les obligations des patients*], Rev. Génér. Dr. Méd., n° 13, pp. 79-100, août 2004

¹⁹⁴³ GIRER M., Maître de conférences en droit, « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? », IFROSS, Faculté de droit, Université Lyon 3, p. 3

¹⁹⁴⁴ M.BADEL, « Liberté et système de santé », *R.D. sanit. soc.* 2005, n°6, p.951, spéc. p.956.

¹⁹⁴⁵ BRUN N., HIRSCH E., KIVITS J, *Rapport de la mission « Nouvelles attentes du citoyen, acteur de santé »*, Ministère de la santé et des sports, lettre de mission du 3 août 2010 de Mme Roselyne Bachelot-Narquin, Janvier 2011, p. 38

Section 4 Vers une « contractualisation » de la protection des données personnelles ?

La question du devenir des principes protecteurs face aux économies nationales au sein de la concurrence internationale peut être posée¹⁹⁴⁶. Les oppositions entre souveraineté nationale et mondialisation, principes protecteurs contre bataille des économies persistent. C'est le cas aussi du conflit entre les principes libéraux qui seraient libérateurs du marché d'une part et les principes protecteurs de l'autre¹⁹⁴⁷. Un début de déréglementation au niveau européen semble d'ailleurs avoir été accepté par la Cour de justice de la communauté européenne qui a validé la gestion du régime des accidents du travail et des maladies professionnelles par une compagnie d'assurance en Belgique¹⁹⁴⁸.

La portée reconnue des droits de l'Homme nous amène à préférer une proposition d'équilibre des systèmes sur le plan mondial.

Une question incidente doit être posée qui est de définir les principes protecteurs à reconnaître au niveau international. Le droit de la concurrence nationale, fondement du marché libre dans tous les pays de l'OMC, ne doit-il pas se voir ajouter un régime protecteur du consommateur de la concurrence internationale ?

On doit signaler sur ce point que, alors que le marché de l'assurance maladie complémentaire est extrêmement concurrentiel en application des directives européennes¹⁹⁴⁹, les organismes de sécurité sociale sont explicitement exclus du champ d'application du droit communautaire de la concurrence¹⁹⁵⁰. Leur monopole est justifié exclusivement par leurs missions de service public et la mise en œuvre du principe de solidarité¹⁹⁵¹.

Sous section 1 La place du droit de la consommation

La protection des données même si elle ne relève pas systématiquement d'un contrat de consommation liant un consommateur à une entreprise, un professionnel de santé ne peut être considéré comme une entreprise, relève des principes généraux du droit privé que sont la loyauté ou la bonne foi et qui doivent présider aux conventions légalement passées entre les parties.

Le contrat conclu entre l'assureur et le client étant un contrat de bonne foi, il n'appartient pas à la personne qui demande son application d'apporter la preuve de sa bonne foi.

¹⁹⁴⁶ DREXL J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *Revue Internationale de Droit Économique* — 2003 — p. 388

¹⁹⁴⁷ RIOT C., « Le risque social face aux lois du marché », *Gazette du Palais*, 30 juin 2005 n° 181, P. 3, GP20050630001

¹⁹⁴⁸ CJCE, 18 mai 2000, Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique, aff. C-206/98, Rec. p. I-3509

¹⁹⁴⁹ Un mouvement de concentration déjà engagé risque de limiter une réelle concurrence

¹⁹⁵⁰ CJCE arrêts « Poucet » et « Pistre » du 17 février 1993

¹⁹⁵¹ Groupe de travail de la Commission des comptes de la Sécurité sociale, La répartition des interventions entre les assurances maladies obligatoires et complémentaires en matière de dépenses de santé, Groupe présidé par M. Jean-François Chadelat, Paris, le 3 avril 2003, 33 p.

Dans ce domaine, la loi française pose de véritables interdictions. Le « consentement » ne ainsi pas autoriser des pratiques qui paraissent contraires à nos principes généraux. C'est le cas en matière d'exploitation à des fins commerciales des données relatives aux prescriptions médicales. « (...) *Le code de la santé publique (...) pose clairement le principe d'une interdiction d'exploitation commerciale de ces données lorsqu'elles sont associées à l'identité du médecin prescripteur.* »¹⁹⁵² La C.N.I.L. considère comme nécessaire le principe d'interdiction d'exploitation commerciale des données de santé sur Internet¹⁹⁵³.

Sous section 2 Un contrat social portant sur la protection de la société

Alors que le consentement de l'assuré reste un principe essentiel de légitimité des traitements prévu par la directive européenne du 24 octobre 1995 relative à la protection des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, la loi du 6 janvier 1978 ne fait intervenir initialement le consentement exprès que pour la recherche scientifique et essai clinique. Or ce consentement préexiste dans le code civil dans le droit à l'image, dans le code pénal en ce qui concerne le régime des preuves, enregistrement ou images et dans le code de procédure pénale pour les perquisitions et saisies.

Il pourrait être envisagé de dépasser l'application individuelle de ce principe pour en faire le fondement d'une prédominance de la société sur la personne. La société « consentirait » à voir abandonné un certain nombre de droits de l'individu au bénéfice du plus grand nombre, élargissant ainsi la notion d'intérêt commun à d'autres matières que celles envisagées dans notre travail, la justice et la santé publique.

En revanche, certains auteurs associent un refus d'intégrer le consentement dans le principe de gestion de la transmission des données personnelles de santé à la volonté du législateur de protéger la société. « *Le traitement de nos données personnelles excédait très largement le seul registre de la protection de la vie privée et touchait au fondement mêmes de l'Etat de droit. Le citoyen ne peut pas consentir à un amoindrissement des garanties qui lui sont reconnues par l'Etat de droit, c'est-à-dire par le contrat social qui le fonde.* »¹⁹⁵⁴

¹⁹⁵² GENTOT M., « La protection des données personnelles à la croisée des chemins, Chapitre 1 », pp. 25-44 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, p. 35

¹⁹⁵³ De même, elle proscrie toute collecte à l'insu des personnes concernées, et le plus souvent à des fins d'exploitation commerciale, d'adresses e-mail depuis les espaces publics

¹⁹⁵⁴ GENTOT M., « La protection des données personnelles à la croisée des chemins, Chapitre 1 », pp. 25-44 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, pp. 31-32

Conclusion de la seconde partie

Dans le champ limité de notre travail, la transmission des données personnelles de santé au sein du service du contrôle médical de l'Assurance Maladie, la possibilité d'une prédominance des droits et pouvoirs de la société sur l'individu lorsque ses intérêts sont en jeu a été reconnue notamment dans le cadre de la santé publique et de la justice. On relève un nombre important de dérogations légales¹⁹⁵⁵ à l'obligation du respect du secret, dérogations pouvant permettre la transmission de données personnelles de santé aux services de l'Etat chargés de la santé publique, de la justice ou de la police.

Même s'il est possible de signaler quelques difficultés d'interprétations, notre travail aboutit à la vérification de l'encadrement de cette transmission par une législation claire, d'autant plus stricte qu'elle relève d'un droit pénal très attentif au respect du secret. Il en est de même lorsque la transmission de données correspond à un intérêt majeur de protection de la santé publique.

Les hypothèses de nécessité de modification du régime actuel de sanction pénale ou disciplinaire envers la violation du secret professionnel ainsi que de modernisation des régimes d'indemnisation des éventuels préjudices¹⁹⁵⁶ ne semblent pas pouvoir prospérer. Le faible nombre de plaintes relevées en droit pénal et la relative stabilité des contentieux démontrent l'effectivité de la loi.

Cela nous amène à considérer les moyens juridiques actuels comme suffisants et à proposer leur maintien en l'état.

Une question plus complexe évoquée est la possibilité d'envisager une prédominance des intérêts de la société sur l'individu dans un champ purement économique reconnu de portée constitutionnelle pour l'équilibre national des dépenses de santé.

La définition pour l'assuré social de devoirs associés aux droits précédemment étudiés ainsi que l'émergence d'une responsabilité des usagers du système de santé justifieraient une obligation de transmission des données aux organismes gestionnaires.

Pour le sujet de la transmission des données personnelles de santé, la loi a strictement encadré les pratiques des organismes de protection sociale tant en ce qui concerne la gestion du risque assurantiel des prestations destinées aux assurés sociaux que la démarche de contrôle des établissements et des professionnels de santé. Cette transmission reste actuellement sous la compétence et la responsabilité des praticiens conseils dans le cadre du fonctionnement du service du contrôle médical.

Néanmoins de nombreuses réflexions visent à amincir la cloison existant entre secrets. Certains intervenants proposent même de faire disparaître la notion de secret.

¹⁹⁵⁵ A ce stade de notre travail, il s'agit d'un pléonasme puisque nous avons plusieurs fois affirmé associer strictement le terme de dérogation à la nécessité d'une loi

¹⁹⁵⁶ Dossier Droit de la santé, la santé devant la Cour de cassation ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008 coordonné par F. Dreifuss-Netter, Rec. Dalloz 2008, n° 28

Des réflexions portent sur une évolution des fondements du secret et des possibilités de transmission s'appuyant notamment sur des hypothèses prospectives d'étatisation de la couverture sociale ou au contraire de son élargissement aux organismes de protection sociale privés. Ces évolutions ne manqueraient pas d'avoir des conséquences sur l'encadrement des possibilités de transmission des données personnelles de santé.

Dans la première hypothèse on retrouve la notion de secret professionnel associé aux obligations de discrétion et de réserve. Une confrontation pratique, notamment dans la seconde hypothèse, entre obligation légale de respect du secret et jurisprudence visant à voir reconnaître une obligation de loyauté et de consentement à l'accès aux données personnelles pour les organismes de protection sociale complémentaire et les sociétés privées d'assurance laisse persister un doute sur l'évolution des pratiques.¹⁹⁵⁷

Ce doute est encore plus essentiel lorsque l'on constate au niveau national les mutations en cours de la loi comme la disparition annoncée du secret de l'instruction, la remise en cause progressive du secret bancaire ou la nouvelle définition du secret des sources du journaliste. On constate aussi évolutivité de la jurisprudence.

Il est possible de relever les incertitudes portant sur l'évolution du secret lors de l'étude des outils informatiques progressivement mis en place afin de permettre la transmission des données personnelles de santé. On peut prendre comme exemple le dossier médical personnel tel qu'il est actuellement en expérimentation ou les procédures de sécurisation de la télétransmission des informations.

La mise en œuvre d'une législation protectrice nationale, basée sur les conditions de la loi informatique et liberté, loi ayant permis la mise en application des directives européenne, permet un encadrement précis des transmissions transfrontières des données réalisées au sein de l'Union européenne.

En revanche, il n'existe pas de certitude sur la protection des données au niveau international ni de possibilité d'encadrement réel des pratiques. Les exemples présentés dans notre travail démontrent l'absence d'effectivité réelle des outils internationaux de protection des droits de la personne sur leurs données personnelles de santé.

Nous ne pouvons qu'appeler au maintien de la législation nationale, reconnue par le droit européen, en ce qu'elle est un outil essentiel, bien qu'imparfait, de protection de la personne.

¹⁹⁵⁷ La C.N.I.L. effectuant un contrôle de cinq hébergeurs de données de santé a constaté « *des niveaux de sécurité tout à fait différents d'un hébergeur à l'autre* » et certains « *manquements en matière de traçabilité des accès et des chiffrements des données* » voire « *une non-conformité avec les déclarations* ».

Conclusion générale

S'il devait être reconnu un mérite à notre étude, cela serait certainement qu'elle a répondu à son projet initial et analysé les difficultés liées à la mise en œuvre, dans le respect des droits des intervenants divers et de la société, d'une transmission des données personnelles de santé au sein de l'assurance maladie.

« *Obruimur legibus* ». C'est par cette citation que nous avons souhaité ouvrir la rédaction de notre thèse. Le médecin parlait mais notre évolution, tant au sein de l'assurance maladie que dans la sphère juridique, nous a permis d'atteindre une certaine maturité et de bénéficier de cette double compétence pour tenter de servir de passeur entre ces deux milieux professionnels qui se côtoient souvent, parfois s'évitent, sans réellement se comprendre.

Constatant que l'évolution des pratiques et des mentalités ne pouvait admettre un immobilisme juridique, nous avons étudié les nombreuses modifications législatives portant sur l'encadrement de la transmission des données personnelles de santé. Nous avons constaté que ce droit est en définitive mobile mais qu'il est aussi imparfait et incomplet. Nous avons pu ainsi proposer une évolution de certains articles du code de la sécurité sociale afin de résoudre des difficultés persistantes dans notre activité de praticien conseil du service du contrôle médical de l'assurance maladie.

Il pourrait être relevé une contradiction dans notre travail entre les termes de notre introduction et nos conclusions intermédiaires. Bien que se plaignant de l'accumulation des lois, nous aboutissons à l'affirmation de la nécessité d'un encadrement juridique encore plus strict de la transmission des données personnelles de santé par la loi.

Cette contradiction n'est qu'apparente car elle met en évidence une gestion épisodique, fragmentaire, par le législateur des difficultés pratiques. Celui-ci n'intervient, dans une démarche rétrospective, qu'en réponse aux demandes factuelles et ponctuelles. Les règles et les leviers qui semblent le faire évoluer sont les interventions des personnes et des groupes sociaux dont l'intérêt est menacé. On peut citer ainsi les juges amenés au nom de la nécessaire effectivité de la justice à trancher les contentieux, les employeurs demandant une protection de leur droit à la défense ou les gestionnaires des organismes de protection sociale intervenant dans une démarche de protection de l'équilibre des comptes nationaux de la santé. Mais il nous semble que l'intérêt de la société doit primer.

Nous avons présenté les preuves permettant d'admettre que, si un encadrement des difficultés par la loi peut être nécessaire et suffisant, une évolution partielle de celle-ci, limitée à la résolution des difficultés techniques, reste imparfaite. Seule la rédaction d'une loi de portée plus générale peut répondre à l'ensemble des difficultés persistantes. Seule une définition générale des limites du secret et de la transmission des données personnelles de santé peut précéder et peut être, prévenir de nouvelles difficultés liées aux évolutions techniques internationales des outils de communication.

En effet, le droit de la santé dans notre système national relève de deux législations, le droit de la santé publique et le droit de la sécurité sociale.

Notre analyse démontre que si la question de la transmission de données coexiste au sein du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale, les traitements juridiques contenus dans ces deux codes ne concernent pas les mêmes personnes, ni les mêmes thèmes¹⁹⁵⁸. Il y a souvent contradiction d'un certain nombre de dispositions¹⁹⁵⁹.

En ce qui concerne la transmission des données, le maintien de dispositions dans deux législations contiguës, se rencontrant pour mieux s'opposer parfois, ne peut être favorable à une démarche de protection des personnes.

Le droit communautaire reconnaissant au droit national le pouvoir de mettre en œuvre une protection de la personne, il est possible de proposer la rédaction programmée et pensée¹⁹⁶⁰ d'une grande loi conforme à la fois aux conditions du code de la santé publique et du code de la sécurité sociale. Cette loi, intégrant des dispositions applicables aux autres intervenants de santé¹⁹⁶¹, permettrait de définir un corpus commun des dispositions légales permettant de protéger les droits de la personne à la maîtrise de la transmission des données personnelles de santé tout en développant un droit encadré à l'accès de certaines données à destination d'autres intervenants. La pesée des intérêts de chacun devrait permettre le respect des divers droits rencontrés

A l'appui de notre proposition, il est à signaler que le Conseil national de l'ordre des médecins a récemment appelé le 7 avril 2011 « à l'organisation d'un débat public sur la protection des données personnelles de santé », conférence nationale de consensus¹⁹⁶², pour définir les conditions juridiques et les règles déontologiques indispensables notamment au partage et à l'échange des données de santé informatisées.¹⁹⁶³

Cette demande d'une loi coordonnant les conditions de protection, et donc de transmission des données personnelles de santé pourrait même dépasser le champ de la santé. Respectant en cela notre fonction de praticien conseil dont la place reste essentielle en ce qu'il remplit une mission d'intermédiaire entre les différents intervenants dont les intérêts à transmission ou non-transmission des données personnelles de santé doivent être respectés, nous avons défini initialement un champ limité pour notre étude, celui de l'assurance maladie. Nous avons affirmé dans notre travail l'absence de fonction de soins pour les praticiens conseils.

Cette limitation du champ de l'étude peut être une critique qui pourrait être faite à notre travail. Néanmoins, elle est conforme aux objectifs initialement définis et elle peut être le préalable d'autres réflexions d'une portée plus générale.

¹⁹⁵⁸ Le code de la santé publique évoque dans son article L. 1110-1 le droit fondamental à la protection de la santé qui sort de notre sujet. L'article L. 1110-2 évoque le respect de la dignité de la personne malade or les données personnelles de santé peuvent concerner un assuré en dehors du contexte d'une maladie. L'article L. 1111-7 est le seul est destiné à l'ensemble des professionnels de santé « (...) détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé (...) » mais il ne concerne que l'accès de la personne elle-même à l'ensemble des informations concernant sa santé

¹⁹⁵⁹ Il y a parfois nécessité de reproduire une rédaction identique dans un article de chaque code

¹⁹⁶⁰ Il faut parfois savoir donner du temps au temps

¹⁹⁶¹ Notamment, en ce qui concerne notre sujet, les administrations telles que les organismes de protection sociale obligatoire ou facultative ou, en fonction des évolutions possibles voulues par le législateur, les services de l'Etat ou les sociétés d'assurance privées étant ou pouvant être amenés à intervenir dans la gestion des dépenses de santé

¹⁹⁶² Il nous semble que la portée d'une simple conférence de consensus, même si son organisation peut relever de la compétence de l'Ordre, ne peut suffire à faire évoluer la législation dans un sens attendu

¹⁹⁶³ <http://www.conseil-national.medecin.fr>, le 11 avril 2011

Nous avons constaté que les difficultés nouvelles liées au développement des outils de transmission d'informations transfrontières existent aussi pour les données personnelles, sans limitation au cadre de la santé. Il serait possible d'appeler à un encadrement législatif général des droits et devoirs de la personne sur ses données personnelles, quel qu'en soit le support ou le contenu.

En effet, le code civil dans son article 9 définit pour tous un droit au respect de la vie privée¹⁹⁶⁴ mais on a constaté que cet article, parfois retenu dans les considérants de la Cour d'appel dans les décisions étudiées dans notre travail, reste peu utilisé dans l'analyse des juridictions.

La présentation de cas concrets démontre que l'application des dispositions fondamentales destinées à protéger les données lors de la transmission ne peut être considérée comme effective. Il serait utile que le législateur procure au citoyen les moyens juridiques qui lui permettraient de maîtriser pleinement ses propres données tout en permettant à la société de jouer pleinement son rôle de protection des citoyens tout en assurant sa pérennité.

Enfin ne serait-il pas possible, dans une utopie finale propre à tout travail de recherche de proposer une remise en cause des valeurs acquises et qui font du secret un droit de l'Homme ?

En effet, notre travail démontre que les réponses apportées par les juridictions européennes et nationales ne peuvent être satisfaisantes. La nécessité même de notre travail pourrait en être une preuve en ce qu'il décrit de très nombreuses difficultés liées à des désaccords persistant sur les possibilités de transmission des données personnelles.

Suivant certains auteurs, qui ont évoqué, dans un commentaire d'une décision du Conseil d'Etat¹⁹⁶⁵ la protection du secret de la profession d'avocat¹⁹⁶⁶, il nous semble possible de proposer une nouvelle classification de la notion de protection du secret professionnel¹⁹⁶⁷ et d'en faire une liberté publique¹⁹⁶⁸.

Reprenant les termes du professeur Louis Favoreu, nous dirions que « *les libertés publiques sont des permissions de rang législatif attribuées à des catégories générales de bénéficiaires et liées à la possibilité d'un contrôle juridictionnel de normes infra législatives fautives.* »

Il semble donc possible de faire du droit au secret une liberté publique¹⁹⁶⁹.

¹⁹⁶⁴ On peut citer aussi l'article 16 du code civil qui interdit toute atteinte à la dignité de la personne et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie mais il est intégré dans le chapitre II concernant le respect du corps humain. Il nous semble ne pas correspondre à la question du respect du droit sur les données personnelles de santé

¹⁹⁶⁵ CE Section du contentieux, Conseil National des Barreaux et autres, Conseil des Barreaux Européens, n° 296845 et 296907, Req n° 29684510, avril 2008. Un décret qui permettait un accès à des informations ne respectait pas les conditions de l'article L. 562-1 du Code monétaire et financier

¹⁹⁶⁶ CHARRIERE-BOURNAZEL C., MICHAUD P., « Une nouvelle liberté publique, le secret de l'avocat ? », *Dossier spécial – Transparence et secret*, Avocat Paris, 2^{ème} trimestre 2008, n° 3, p. 7

¹⁹⁶⁷ Il est possible de reprendre l'opinion de Mattias Guyomar, commissaire du gouvernement pour l'arrêt du Conseil d'Etat du 10 avril 2008 qui donnait son analyse dans les termes suivants. « *En rappelant aujourd'hui que le secret professionnel des avocats doit, dans certaines hypothèses indiscutables, prévaloir sur tout, vous conforterez l'un des piliers les plus fondamentaux de notre société* »

¹⁹⁶⁸ En France pour définir le cadre des libertés publiques, on peut s'appuyer sur la déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, le préambule de la constitution de la quatrième République (principes économiques et sociaux, politiques particulièrement nécessaires à notre temps), le préambule de la constitution de la cinquième république de 1958 et les articles 1, 2, 3 et 66 de la constitution de 1958

¹⁹⁶⁹ Certains cours intègrent d'ailleurs la garantie du secret professionnel au sein des libertés publique, dans le cadre de la liberté de la vie privée, droit au secret et à l'intimité, avec le secret de la correspondance et le droit à l'intimité et la sécurité

A l'appui de notre hypothèse, nous avons pu constater que le droit de la personne devait, dans certaines situations céder le pas aux droits d'autres intervenants et aux droits de la société, ceci sous condition d'un encadrement strict de cette atteinte par la loi et dans le cadre d'un intérêt placé sous le contrôle du juge.

L'ensemble de ces conditions semble mettre en cause la construction intellectuelle qui a associé d'un mouvement la définition de droits de l'Homme immuables, sans hiérarchie, et la possibilité de faire prévaloir des droits, ceux de la défense, sur d'autres, les droits de la vie privée.

Contrairement aux droits de l'Homme qui relèvent du monde philosophique, les libertés publiques n'existent que si elles peuvent être exercées en droit et en fait. Les exemples présentés dans notre travail démontrent la réalité de l'importance de l'application de ce droit dans notre quotidien et la nécessité d'encadrer les pratiques par la loi. Ils démontrent aussi le possible échec de l'application pratique de la conception de la justice européenne

Or les libertés publiques doivent être directement applicables. Elles n'existent que par rapport à l'État qui doit reconnaître aux citoyens le droit d'exercer librement leurs droits et leur fournir les moyens de les défendre en tant que de besoins dans le cadre d'un système juridique déterminé.

En miroir de ce droit à la protection, la notion de liberté publique définit un certain nombre d'obligations pour le citoyen qui doit veiller à la pérennité de la société. La possibilité de limiter les droits de la personne à la maîtrise de ses données personnelles serait ainsi validée.

Une nouvelle définition du secret aurait l'intérêt de justifier la prédominance, dans certaines situations encadrées par la loi, de la société sur l'individu tout en confiant à l'Etat la responsabilité de donner à la personne les moyens effectifs de défendre ses droits, ce qui n'est pas actuellement le cas comme le démontre notre travail. Le législateur pourrait ainsi jouer pleinement son rôle dans le respect du droit¹⁹⁷⁰.

¹⁹⁷⁰ Mais comme l'écrit Rudyard Kipling dans son livre « *les simples contes de la colline* », « *Ceci est une autre histoire* »

Bibliographie

Ouvrages généraux et traités

ALLAND D., RIALS S., sous la direction de, *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige Dicos Poche, Lamy, PUF, 2003, 1680 p.

BAUDOUIIN J.-L., JOBIN P.-G., *Les obligations*, 5^{ème} éd., Cowansville, Les Editions Yvon Blais Inc., 1998, p. 177

CARBONNIER J., *Droit civil. Les obligations*, Tome 4, Paris, Thémis, P.U.F., 1992

FAVOREU L. et all., *Droits des libertés fondamentales*, Précis Dalloz ;

GARCON E., *Code pénal annoté*, édition refondue par ROUSSELOT, PATTIN, ANCEL, 1956

LABORDE J.-P., *Droit de la sécurité sociale*, PUF, 2005, p. 11

MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, n° 764

MORANGE J., *Libertés publiques*, PUF, « Que sais-je ? », n° 1804

PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, 3^e éd., T. I, p. 71, n°167

RASSAT M.L., VOUIN R. ; *Droit pénal spécial*, Dalloz, 1983, p. 347

RIVERO J., *Les libertés publiques, Tome 2 : Le régime des principales libertés*, PUF, Thémis, Droit public ;

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, Puf, coll. « Thémis Droit », 6^{ème} éd., 2005, p.25

ROBERT J., OBERDORFF H., *Libertés fondamentales et droits de l'homme*, Montchrestien

ROLAND H., *Lexique juridique. Expressions latines*, 3^{ème} édition, Objectif Droit, Juris classeur, LexisNexis, Ed. Litec, 2004, 336 p.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L., *Introduction au droit*, LITEC, 5^{ème} ed., 2000, 649 p.

TERRÉ F., *Introduction générale au droit*, 5^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 2000,

TERRÉ F., SIMMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 5^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 1993

TURPIN D., *Les libertés publiques*, mémentos, Gualino éditeur

rapports

BABUSIAUX C., *L'accès des assureurs complémentaires aux données de santé des feuilles de soins électroniques*, Ministère de la santé, de la famille et des personnes handicapées. 26 mai 2003

BACACHE M., « Pour une indemnisation au-delà de la perte de chance », Dossier Droit de la santé, *la santé devant la Cour de cassation* ; colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, p. 1908

BAUDOIN J.-L., *Secret professionnel et droit au secret dans le droit de la preuve*, LGDJ 1965

BELORGEY J. M., « Le service public entre transparence et secret » ; pp. 13-19 in *Secret et démocratie*, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997

BENEVISE J.F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local*, Rapport de synthèse n° 2006 134, Août 2006

BENEVISE J.-F., LOPEZ A., *L'utilisation des compétences médicales permettant à l'Etat d'assurer ses responsabilités dans le domaine de la santé au niveau local Les médecins conseils de la sécurité sociale*, Rapport n° RM2006-140A, Septembre 2006

BENISTI, rapport publié en octobre 2004 sur la prévention de la délinquance

BERTRAND Y., STEINMANN B., LUCIANI D., BERBINAU J., LEYMARIE L., RIAC C., *Rapport sur la dématérialisation de la chaîne pénale*, Mission d'audit de modernisation, Novembre 2006

BRAS P.-L., RICORDEAU P., ROUSSILLE B., SAINTOYANT V., « L'information des médecins généralistes sur le médicament », Rapport n° RM 2007-136P Septembre 2007, 246 p.

BREDIN J. D., « Secret et transparence dans une société démocratique », pp. 83-90 in *Secret et démocratie*, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997

BRUN N., HIRSCH E., KIVITS J., *Rapport de la mission « Nouvelles attentes du citoyen, acteur de santé »*, Ministère de la santé et des sports, lettre de mission du 3 août 2010 de Mme Roselyne Bachelot-Narquin, Janvier 2011, 46 p.

CAILLARD J.F., « Le code international d'éthique pour les professionnels de santé au travail : une nouvelle révision, Document pour le Médecin du Travail, pratiques et déontologie », 97 TM 1, Code d'éthique de la Commission internationale de santé au travail, p 12

CALAIS-AULOY (J.), CAUSSE (H.), (dir.), *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis : actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims*, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, 156 p., p. 13.

CERETTI A.-M., ALBERTINI L., *Bilan et proposition de réformes de la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, Rapport remis à M. le Ministre du Travail, de l'Emploi et de la Santé le 24 février 2011, 310 p.

CHASSORT A., *Secret médical et évaluation des soins médicaux*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins d'avril 1999, p. 4

COULON rapport, Janvier 2008, 108 p.

DÉTRAIGNE Y., ESCOFFIER A.-M., *Rapport d'information fait au nom de la commission des Lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale (1) par le groupe de travail (2) relatif au respect de la vie privée à l'heure des mémoires numériques*, Sénat, n° 441, Annexe au procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, 153 p.

D'INTIGNANO, ROCHET J.-C., Annexes préparées par le CREDES, la Direction de la Prévision et l'INSEE, La Documentation française. Paris, 1999 p. 9

DREYFUS-SCHMITT M., « Introduction », pp. 9-12 in *Secret et démocratie*, Colloque Droit et démocratie, La documentation française, Paris 1997

DUMOURIER A., « Sanction de la mauvaise foi contractuelle », Source : Site de la Cour de cassation, Communiqué du 10/07/2007 relatif à l'arrêt n° 966 du 10 juillet 2007, Chambre commerciale, Service de documentation et d'études de la Cour de cassation

DUSSERRE L., *La commercialisation des informations médicales est-elle « déontologiquement correcte » ?*, Rapport adopté par le Conseil national de l'Ordre des médecins lors de la Session des 29 et 30 juin 2000, p. 4

FASQUELLE D., *Proposition de résolution sur l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers*, présentée par le rapporteur de la Commission chargée des affaires européennes, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 décembre 2008

HAMPSAUR P., COTIS J.-P., Rapports sur la situation des finances publiques, avril 2010, p. 2

HAZEBROUCQ V., Rapport sur l'état des lieux en 2003, de la télémédecine française, Direction de la technologie du Ministère de la Jeunesse, de l'Education nationale et de la Recherche

HOERNI B., GAZIER F., Secret médical et assurances, CNO, Rapport actualisé de la session d'octobre 1998, 9 octobre 1998

MOUGEOT M., « La régulation du système de santé », p. 9 in MOUGEOT M., ATKINSON T., DIMICOLI Y., ROSA J.-J., *Régulation du système de santé*, Rapport du Conseil

d'Analyse Économique, Compléments BUREAU D., CAUSSAT L., HENRIET D., MAJNONI

MOUGEOT M., ATKINSON T., DIMICOLI Y., ROSA J.-J., *Régulation du système de santé*, Rapport du Conseil d'Analyse Économique, Compléments BUREAU D., CAUSSAT L., HENRIET D., MAJNONI D'INTIGNANO, ROCHET J.-C., Annexes préparées par le CREDES, la Direction de la Prévision et l'INSEE, La Documentation française. Paris, 1999, 81 p.

FIESCHI M., *La gouvernance de l'interopérabilité sémantique est au cœur du développement des systèmes d'information en santé*, Rapport à la ministre de la santé et des sports, 9 juin 2009, Lettre de mission 26 mars 2009, la ministre de la Santé et des sports, 66 p.

FORNI R., Président de l'Assemblée nationale, Colloque « Le secret professionnel », organisé par la Conférence des bâtonniers à l'Assemblée nationale, 22 novembre 2000

FRISON-ROCHE A.-M., Propos introductifs au colloque sur le secret professionnel organisé par la conférence des bâtonniers, Assemblée Nationale, 22 novembre 2000, Petites affiches 2001, n° 122, p. 10

FURET M.-D., « Rapport sur l'indépendance et la valorisation de l'expertise venant à l'appui des décisions de santé publique », Direction Générale de la Santé, Juin 2008, pp. 34-35

GAGNEUX M., *Pour un dossier patient virtuel et partagé et une stratégie nationale des systèmes d'information de santé*, recommandations à la ministre de la santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative, 23 avril 2008

GARRAUD J.-P rapporteur Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, p. 6 « La sécurité constitue l'une des aspirations les plus fortes de nos concitoyens »

KADOM J., « Réflexions sur les rapports entre le secret et les droits fondamentaux dans les relations de travail », PA200302801, Petites affiches, 07 février 2003 n° 28, P. 4

LAMANDA V., « Propos introductifs à la conférence du 9 avril 2009 », *Dalloz, Dossier "Le secret médical aujourd'hui : enjeux et perspectives - aspects juridiques"*, 12 nov. 2009, n°39, pp. 2615-2616

LAMBERT P., « Marge nationale d'appréciation et principe de proportionnalité », L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, actes du colloque des 13 et 14 mars 1998 organisé par l'Institut de droit européen des droits de l'homme de l'Université de Montpellier 1, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 63-89

LASBORDES P., *La télésanté : un nouvel atout au service de notre bien-être*, Rapport remis à Madame Roselyne Bachelot-Narquin, Ministre de la Santé et des Sports, 15 octobre 2009, 247 p.

MARCELLI A., *Relations entre le secret médical et les secrets professionnels*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins du 28 janvier 2000, 15 p.

MARCELLI A., *Le secret partagé*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins de mai 1998, 5 p

MERCAT F.X., *L'indépendance technique des médecins salariés, une nécessaire distinction entre indépendance médicale et indépendance technique*, Rapport adopté lors de la session du Conseil national de l'Ordre des médecins, octobre 1999, 3 p.

POUILLARD J., « Collaboration médico-judiciaire, la protection du secret médical », 1 mars 2001, Comment concilier secret médical et instruction judiciaire ? Conflit ou coopération sur le terrain ?, 11^{ème} jeudi de l'Ordre, p. 4

ROYER J.-P., DURAND B., « Secret et justice. Le secret entre éthique et technique ? », colloque international décembre 1998, L'espace juridique, centre d'histoire judiciaire, faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, 1, place Déliot, 59024 Lille Cedex, mars 2000, 447 p.

SAMARCQ N., *De la conservation en cabinet à la gestion des dossiers informatisés en établissements (de santé et médico-social) : ce que l'informatisation a changé dans le partage des données de santé*, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé, L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Vendredi 15 octobre 2010

SAOUT C., Rapport d'activité ASIP Santé2009, Ministère de la santé et des sports, 83 p.

SARCELET J. D., *Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, La santé devant la Cour de cassation : regards croisés*, colloque de la Cour de cassation du 29 mai 2008, Recueil Dalloz-2008-n° 28, p. 1927

SAUGEY B., *Rapport n° 209 (2008-2009) fait au nom de la commission des lois sur la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures*, déposé le 11 février 2009, NOR: BCFX0824886L

STAMM E., « La confidentialité des transmissions et le service médical de l'Assurance Maladie », médecin conseil chef de service, service du contrôle médical DRSM Rhône-Alpes, doctorant en droit IFROSS Lyon, L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Nancy, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé.

THOUVENIN D., Recommandations destinées aux médecins relatives à l'information des patients, Annexe du Rapport HAS Information des patients. Recommandations destinées aux médecins, mars 2000, p. 39

TILMANT-TATISCHEFF N., INC document, Fiche pratique, « Les contrats d'assurance complémentaires santé », J. 98, Actualisation le 01-02-07

La transparence, Rapport public du C.E. de 1996, La documentation française, 1996 ;

VERSCHAVE F.-X., Pour une mondialisation du bien public santé !, Colloque La santé comme bien public, du local au mondial 8 novembre 2003, Bobigny, 14 p.

WARSMANN, J.-L., Document mis en distribution le 5 août 2008. Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 22 juillet 2008. N° 1085

ZORN-MACREZ C., « Les soignants, les soignés et les autres : gérer le dossier partagé en établissements », L'environnement juridique des données de santé au regard de la loi Informatique et Libertés, Nancy, Vendredi 15 octobre 2010, Conférence débat Partage et secret de l'information de santé.

Mélanges, actes, contributions à des ouvrages collectifs

AUGSBURGER-BUCHELI I., « Genèse de l'article 2 du Code civil Suisse », pp. 23-34 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

BONIJOLY O., VIALLA F., « La responsabilité du fait du médecin salarié », pp. 563-572 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, 664 p.

BORGHI M., « La bonne foi : un principe « constitutif » de l'Etat, mais négligé en droit public suisse », pp. 203-217 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

BROGGINI G., « L'abus de droit et le principe de la bonne foi, aspects historiques et comparatifs », pp. 3-21 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

CALAIS-AULOY (J.), « Un code, un droit », in CALAIS-AULOY (J.), CAUSSE (H.), (dir.), *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis : actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims*, Litec, coll. Actualités de droit de l'entreprise, 1995, 156 p., p. 13.

CALLU M.-F., « La dignité de la personne humaine, pp. 29-43 » in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, lextenso éditions, 2009, p. 33

CHEVALLIER J., *La gouvernance et le droit*, Mélanges Amselek, Bruylant, 2005.

COMMAILLE J., 2003, « Sociologie juridique », in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, p. 1423-1427

CORNU G., Vocabulaire juridique, Association Capitant (dir. CORNU G.), Quadrige Dicos Poche, PUF, 2004, 968 p.

COTTIER B., SYCHOLD M., « Qu'en est-il de « l'abus de droit » dans les pays qui ignorent cette institution », pp. 325-341 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, pp. 326 –328

DUC J.-L., « L'abus de droit et la bonne foi dans le domaine des assurances sociales selon la pratique du tribunal fédéral des assurances », p. 256 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

ENGEL P., « La portée de la clause générale de la bonne foi (art. 2 CC) dans la jurisprudence et par rapport à sa concrétisation dans certains domaines spécifiques (LCD, bail, contrat de travail) », p. 135 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

FAVRE-BULLE X., « Le rôle du principe de la bonne foi et de l'abus de droit dans le domaine des clauses abusives », pp. 139-181 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

FABRE-MAGNAN M., « La dignité en droit : un axiome », in A.-M. Dillens et B. Van Meenen (Dir.), *La dignité aujourd'hui*. Perspectives philosophiques et théologiques, 2007, Fac. Univ. Saint-Louis, p. 53

FERRIER D., « Secret et transparence », pp. 109-116 in ROYER J.-P., DURAND B., *Secret et justice. Le secret entre éthique et technique ?*, colloque international décembre 1998, L'espace juridique, centre d'histoire judiciaire, faculté des Sciences Juridiques, Politiques et Sociales, 1, place Déliot, 59024 Lille Cedex, mars 2000, 447 p.

GARRONE P., « La bonne foi en droit communautaire : l'article 5 du Traité de Rome », pp. 289-307 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

GENTOT M., « La protection des données personnelles à la croisée des chemins, Chapitre 1 », pp. 25-44 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

GIRER M., « Relation de soins et lien contractuel », pp. 310-324 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p.

GUIGUE M., « La non-assistance à personne en danger », pp. 369-383 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p.

HUWILER B., « La genèse de l'interdiction de l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC), p. 46, in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

KAHIL-WOLFF B., « L'abus de droit en droit du travail allemand – un cas d'application-« , pp. 77-78 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

KOPP N., « Autonomie et autonomies », in KOPP N., THOMAS-ANTERION C., RETHY M.-P., PIERRON J.-P., *Alzheimer et autonomie*, Médecine et Sciences Humaines, Les Belles Lettres, 2010, pp. 37-41

KOPP N., « Réflexions éthiques sur la prise en charge du Creutzfeld-Jakobs », pp. 21-33 in KOPP N. (sous la direction de), RETHY M.-P., BRECET C., CHAPUIS F., *Ethique médicale interculturelle, Regards francophones*, Cultures et médecines, Ed. l'Harmattan, 2006, 218 p.

MAITROT de la MOTTE A., « Le droit au respect de la vie privée, Ch 17 », pp. 271-383 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

MATHIEU B., « Dignité de la personne humaine : du bon et du mauvais usage en droit politique français d'un principe universel », in *Le droit de la médecine et l'être humain, propos hétérodoxes sur quelques enjeux du 21e siècle*, PUAM, 1996, p. 214

MERZ H., « Commentaire Bernois, N° 60 ad art. 2 CC » in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

MULLER B., « Les fautes techniques et les fautes d'humanisme dans la jurisprudence de la Cour de Cassation », pp. 519-531 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p. régime initié par l'arrêt Mercier Cass. civ., 20 mai 1936

PIROVANO A., « L'abus de droit dans la doctrine et la jurisprudence françaises », *Inchieste di diritto comparata* sous la direction de ROTONDI M., vol. 7, Cedam ed. 1979, pp. 315-359

REYNIER M., « L'obligation d'information due par le médecin », pp. 147-160 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009,

ROUSSET G., « Droit de la consommation et droit de la santé », pp. 325-338 in VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p.

RUSCA A., « La loi sur la protection des données et les principes de la bonne foi et de l'abus de droit », à propos de la loi du 19 juin 1992 Suisse s'intégrant dans le dispositif de protection de la personnalité, pp. 191-199, in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

SAMI A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, « L'abus de droit en droit musulman et arabe », pp. 89-113 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

SAVAUX É., SCHÜTZ R.-N., « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », Mélanges J.-L. Aubert, Dalloz, 2004, p. 271 et s.

SORTAIS J.-P., « L'abus de droit en droit français : deux cas d'application », pp. 63-74 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

TABATONI P., « Stratégie de la privacy aux Etats-Unis. La dynamique des systèmes de protection », p. 232 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

De TERWANGNE C., « La nouvelle loi belge de protection des données à caractère personnel. », pp. 91-109 in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

TIRAN A., « Confiance sociale et confiance primordiale, en partant de Georg Simmel », Centre A. et L. Walras, in BERNOUX P., ed. Jean-Michel Servet (eds), *La construction sociale de la confiance*, (1997) 486, halshs-00117799, version 1 - 3 Dec 2006

VIALLA F., THIAM A., « L'accès au dossier médical », pp. 161-178 in VIALLA F. sous la WIDMER P., « Bonne foi et abus de droit, principe ? – protégé ? – panacée ? : une tentative de synthèse impossible », pp. 343-351 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

ZÜRCHER F., « Le maniement des concepts juridiques indéterminés au carrefour de la bonne foi et de la légalité : deux exemples tirés du droit de la construction », pp. 219-246 in WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

Thèses, mémoires

ASSAILLIT A., *La bonne foi et la loyauté contractuelle* – Oct. 2006, Master Pratiques Juridiques et Judiciaires, Promotion 2006-2007 – Nîmes

BETOULIERES J. M., « L'évolution de la notion du secret médical au secret professionnel du corps médical », Université Montpellier 1, mai 1997

BRUNEAU L., *Contribution à l'étude des fondements de la protection du contractant*, Thèse, soutenue le 2 septembre 2005, Université des sciences sociales de Toulouse, 532 p.

CHASSIGNEUX C., *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, Thèse, Université Panthéon-Assas (PARIS II) Droit - Économie - Sciences Sociales et Université de Montréal, présentée et soutenue publiquement le 3 juillet 2003, Paris

CHAUVEL P., *Le vice du consentement*, Thèse, Paris II, 1981

DUASO CALÉS R., *La protection des données personnelles contenues dans les documents publics accessibles sur Internet : le cas des données judiciaires*, Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures en vue de l'obtention du grade de Maître en droit (LL.M.), Université de Montréal, Faculté des études supérieures, décembre 2002,

FAUCOMPRES E., *Le secret médical du praticien conseil de l'Assurance Maladie*, mémoire de DEA de droit médical, 29 septembre 2005, Université Paris VIII

GIRER M., *Contribution à une analyse rénovée de la relation de soins. Essai de remise en cause du contrat médical*, Thèse, Bordeaux : Les Etudes Hospitalières, 806 p.

GOEDERT M., *L'image du procès dans les yeux du médecin*, Mémoire En vue de l'obtention du Diplôme d'études approfondies de Droit privé sous la direction de M. Bruno Py, Maître de conférences à l'Université Nancy 2, Université Nancy 2, Faculté de droit, sciences économiques et gestion, Année Universitaire 2003-2004, 98 p.

KAMKAR C., *Les limites de la faute : Essai sur la détermination de l'obligation de moyens en matière médicale*. Thèse pour le doctorat en droit, Présentée et soutenue publiquement le 27 octobre 2006, Université Jean Moulin Lyon III, Faculté de droit (IFROSS), 377 p.

KOPP N., *Questions éthiques soulevées par la prise en charge de la maladie de Creutzfeldt-Jakobs*, Thèse soutenue le 2 décembre 2002, Spécialité éthique médicale et biologique, Université René Descartes, Paris 5, 142 p.

LAMBERT A. M., *Certificats médicaux et secret professionnel*, Thèse droit Lyon, 1961, ED. impr. Allier, Grenoble 1963, p. 13

LAREAU F., Thèse LL.M. - *Légitime défense et théorie*, Ottawa, Canada, 1992

LOBATO DE FARIA M.-P., *Données génétiques informatisées – un nouveau défi à la protection du droit à la confidentialité des données personnelles de santé*, Presses universitaires du Septentrion, Thèse à la carte, 1999, p. 430 et s.

MARY S., *Révélations du secret médical et justification*, Thèse de droit, diffusion ANRT 2003, Thèse à la carte, p. 25

PY B., *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse pour l'obtention du grade de Docteur en Droit présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 1993, Université de Nancy II, Faculté de Droit, de Sciences Économiques et de Gestion

RIPOSSEAU G.-H., *Pénalisation et dépenalisation (1970-2005)*, Mémoire de Master II recherche droit pénal et sciences criminelles, Université de Poitiers, Faculté de droit et sciences sociales, Année 2004/2005

ROUSSET G., *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Thèse en droit, 25 octobre 2007, 581 p.

TENENBAUM A., « La relation médecin chirurgien-dentiste dans la prise en charge du patient : les évolutions nécessaires. Analyse dans le cadre d'un réseau de santé. », Université René Descartes Faculté de Médecine, Paris 5 Président : Pr. Jean-François DHAINAUT Master 2 Recherche en Ethique Directeur : Pr. Christian HERVE Année 2004-2005

Analyses, chroniques, études

DECOCQ A. Decocq, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, LGDJ, 1960, p. 195

CHATENET I., « Accidents du travail et maladies professionnelles : l'employeur face au secret médical », *Jurisprudence Sociale Lamy* n° 169 du 7 juin 2005

CHEVALLIER J., « De la CNCL au CSA », *AJDA* 1989, pp. 59

DELEBECQUE P., BRETZNER J.-D., VASSEUR T., « Droit de la preuve ». Juillet 2008 - juin 2009, *Recueil Dalloz* 2009 p. 2714

DEL SOL M., *Contentieux des cotisations des accidents du travail*, Études Francis Lefebvre, octobre 2003

DESIDERI P., « La procédure d'indemnisation amiable des dommages médicaux », PA200212212, *Petites affiches*, 19 juin 2002 n° 122, P. 67

DOCKES E., *Valeurs de la démocratie*, Dalloz, 2005, p. 170

DOUCET J. P., « L'entrée en vigueur d'une nouvelle loi d'incrimination », *Gaz. Pal* 4 septembre 1990, *Gaz. Pal* 1990 II Doct p. 427

DWORKIN R., « La théorie du droit comme interprétation », *Droit et société* 1-1985, pp. 99-114, 16 p.

- EDELMAN B., « La dignité de la personne humaine », D. 1997. Chron. 187 ;
- COMMAILLE J., 2003, « Sociologie juridique », in D. Alland et S. Rials (sous la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, Lamy, p. 1423-1427
- DILLEN S.-M., Van MEENE B., *La dignité aujourd'hui*. Perspectives philosophiques et théologiques, 2007, Fac. Univ. Saint-Louis,
- FAVEREAU E., « Le journalisme, de l'information médicale à l'information santé », SEVE n° 9,
- FAVOREU F., « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spéc., pp. 16 sq.
- FERRAUD-CIANDET N., « Questions juridiques sur l'e-santé », PA200708901, Petites affiches, 03 mai 2007 n° 89, p. 11
- FLAUSS J.-F., "Droit administratif et Convention européenne des Droits de l'homme : l'année 1991", *AJDA* 1992 p. 15
- FLAUSS J.-F., « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme (janvier- avril 1994) », *AJDA* © Editions Dalloz 2009, p 511
- Fondation APRIL « Santé équitable », Dossier de presse, 27 mars 2009, 37 p
- Fondation APRIL, « Le système de soins français dans l'impasse ? », Santé équitable, Dossier de presse, 27 mars 2009, p. 7
- FORGERON J.-F., NACACHE G., « Le dossier médical personnel : enjeux et confidentialité », GP20051020006, Gazette du Palais, 20 octobre 2005 n° 293, P. 17
- FRISON-ROCHE M.-A., « Contrat, concurrence, régulation », *RTD civ.* 2004, p. 453
- Gan Assurances, prêts professionnels et immobiliers (résumé des conditions de la police n° 6172/464936 souscrite par le CIC Lyonnaise de banque auprès de Gan Vie par l'intermédiaire du cabinet G. et H. Moulin, Lyon)
- GILLET-HAUQUIER M.-A., « Le mandat sur inaptitude future : contribution à l'émergence d'un dispositif de préincapacité », Petites affiches, 13 janv. 2005.7 ; D. Noguéro, Interrogations au sujet du mandat de protection future, D. 2006.Chron.1133
- DURAN P., *Penser l'action publique*, LGDJ, coll. " Droit et société ", n° 27, 1999, p. 128
- GRUBER A., Petites affiches, 27 décembre 2010 n° 257, P. 6, PA201025703
- GUIDEE R., *Réaliser l'objectif constitutionnel d'équilibre des finances publiques*, 21 juin 2010, 55 p.

GUILLOT A., Revue internationale de droit comparé, Année 1964, Volume 16, Numéro 1, p. 231 – 233

KOPP N., THOMAS-ANTERION C., RETHY M.-P., PIERRON J.-P., *Alzheimer et autonomie*, Médecine et Sciences Humaines, Les Belles Lettres, 2010, 308 p.

KOPP N. (sous la direction de), RETHY M.-P., BRECET C., CHAPUIS F., *Ethique médicale interculturelle, Regards francophones*, Cultures et médecines, Ed. l'Harmattan, 2006, 218 p.

LABAYLE H., SUDRE F., “Droit administratif et convention européenne des droits de l'homme”, Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et droit administratif, RFDA 2005 p. 985

LABURGADE D., « La radiation du docteur Gubler », Petites affiches, 21 juin 2001

LACHAUD Y., COLLIGNON N., « L'Internet dans l'univers médical: aspects juridiques et déontologiques », GP20000629007, Gazette du Palais, 29 juin 2000 n° 181, p. 3

KOBINA GABA H., « Exception au principe des droits de la défense du salarié et nature du litige », Recueil Dalloz 2010 p. 306

De LAMY B., « Les droits de la défense, cause de justification autonome », D. 2004. Somm. 317

LASSERRE CAPDEVILLE J., “Le secret bancaire en 2009 : un principe en voie de disparition ?”, Actualité Juridique Pénal 2009 p. 165

LEGEAIS R., Juriscl. Dalloz, droit pénal : « violation du secret médical », 2, 1972, n° 15

LEGOUX A., « Défaut d'information du patient : concurrence de l'indemnisation par l'Oniam et de la responsabilité civile », GP20100325012, Gazette du Palais, 25 mars 2010 n° 84, P. 10

LOKIEC P., « La décision médicale », RTD civ. 2004.641

MAHYAOUI Y., Année 2008-2009 Portage des réformes par les Délégués de l'Assurance Maladie : mécanisme de surveillance versus mécanisme incitatif au sens moral, Université Amiens Jules Vernes, Laboratoire CRESAII, 24 p.

MASSIS T., « La transparence et le secret ». Champ social, débat de conscience, *Études* 2001/6, Tome 394, p. 751-761.

MERCHIEERS J., « Y a-t-il des dispositions morales ? », *L'Année sociologique* 2004/2, Vol. 54, p. 455-481.

MOQUET-ANGER M.-L., « Les particularités actuelles de la fonction publique hospitalière », AJDA 1995 p. 625

ONDO A. L., « Le régime probatoire de la fausse déclaration de santé faite par l'assuré au moment de la souscription du contrat d'assurance », PA200820804, Petites affiches, 16 octobre 2008 n° 208, P. 3, Droit des assurances

PICOD T. « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat » dans *Le juge et l'exécution du contrat*, PUAM 1993, 57, n° 14 et s.

SAINT-JOURS Y., « La plénitude de l'action syndicale en justice est-elle de nature à vaincre tous les obstacles ? », Recueil Dalloz 2000 p. 120, Ed. Dalloz 2010

SAPIRO G., « Défense et illustration de « l'honnête homme » Les hommes de lettres contre la sociologie », Actes de la recherche en sciences sociales, n° 153 p.11-24

TABUTEAU D., « Sécurité sanitaire et droit de la santé », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 823

VILLEY R., *Confraternité*, bulletin de l'Ordre des médecins, avril 1987 p. 1

ZELCEVIC-DUHAMEL A., « La non-assistance à personne en péril », Etude mise à jour le 25/02/05

Articles, et commentaires de jurisprudence

ALMERAS J. P., « Le secret médical et le refus de témoigner », concours médical, 19/07/86, 108, 29 a propos de Cass. crim. 5/06/85, Affaire BOURDEJEAU, La Cour d'assise précisait

ALTAVILLA A., COUDANE H., DEAU X., DUPUY O., GUILLEMIN F., STRAEHLI G., Atelier 6 – Les soignants, les tiers et le DMP [*Dossier médical personnel : aspects juridiques et déontologiques*], Rev. Génér. Dr. Méd., n° 20, pp. 211-225, sept. 2006

AQUILINO F., « La gestion du risque assurantiel en santé : des divergences sur son périmètre, un consensus sur sa pertinence », pp. 128-149, *Dossier La gestion du risque*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, 270 p.

ASSAILLIT A., *La bonne foi et la loyauté contractuelle* – Oct. 2006, Master Pratiques Juridiques et Judiciaires, Promotion 2006-2007 – Nîmes

AY E., « Clarification de la notion de la perte d'une chance de survie par la Cour de cassation », (Cass. 1re civ., 14 oct. 2010), PA201100306, Petites affiches, 05 janvier 2011 n° 3, p. 7

BADEL M., « Liberté et système de santé », *R.D. sanit. soc.* 2005, n°6, p.951, spéc. p.956.

BANDON-TOURRET D. et GORNY A. , « Le préjudice indemnisable dans le contentieux des sondes cardiaques : vers l'indemnisation du préjudice d'angoisse ? », JCP E 2008. 2253

BARAK A., « L'exercice de la fonction juridictionnelle vu par un juge : le rôle de la Cour suprême dans une démocratie », *Revue Française de Droit Constitutionnel* 2006/2, n° 66, p. 227-302.

BEGHIN C., « La problématique juridique de la preuve », *Les Cahiers du DRH* - 2003 - n°90 Supplément - 24-10-2003

BEJUI-HUGUES H., BESIÈRES-ROQUES I., « Evaluation et réparation de dommages corporels à la suite d'un accident : quelques notions », *Actualité Juridique Famille* 2004 p. 305, Editions Dalloz 2009

BELLANOVA R., DE HERT P., « Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique », *Cultures & Conflicts* [En ligne], Tous les numéros, Sécurité et protection des données, 19 p. mis en ligne le 28 octobre 2010. URL : <http://conflicts.revues.org/index17429.html>

BERGER V., GIAKOUMOPOULOS C., LABAYLE H., SUDRE F., «Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme», *RFDA* 1992 p. 510

BERTELLA-GEOFFROY, in numéro spécial « Droit et santé », *Gazette du Palais*, 2007, p. 55

BORE J., «L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable» : *JCP G* 1974, n° 2620, § 41

BORGETTO M., « La loi du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie : cinq ans après », *R.D.sanit.soc.* 2009, p.593.

BOULOC B., « Escroquerie. Mentions erronées portées sur des feuilles de soins. Simple mensonge. Informatique. Traitement automatisé d'informations nominatives. Informations ne donnant pas le profil ou la personnalité de l'intéressé (Crim. 24 sept. 1998, Bull. crim. n° 236) », *RTD Com.* 1999 p. 520

BOURDON R., « À propos du relativisme des valeurs : retour sur quelques intuitions majeures de Tocqueville, Durkheim et Weber », *Revue française de sociologie* 2006/4, Volume 47, p. 877-897

BOURGEOIS M., « La protection juridique de l'information confidentielle », *RIDC* 1988-1, p. 113

BOURGUIGNON A., « Transfert de données aux complémentaires, le CISS crie au loup », *Le quotidien du médecin*, n° 8437, vend. 10 octobre 2008, www.quotimed.com

BRAIBANT B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, *Les Jeudis de l'Ordre des médecins*, p. 12

BRAS P.-L., « La création des agences régionales de santé : notre système de santé sera-t-il encore mieux gouverné ? », *Droit social*, no 12, décembre 2009.

BERRA D., « L'inaptitude médicale du salarié et le contrat de travail », *Semaine sociale Lamy*, suppl. au n° 274, 19 août 1985, p. 1

CAILLOSSE J., 1993, « Droit et politique : vieilles lunes, nouveaux champs », *Droit et Société*, no 25, p. 127-155.

CAILLOSSE J., « Sur la progression en cours des techniques contractuelles d'administration », in L. Cadiet (dir.), *Le droit contemporain des contrats*, Economica, p. 104.

CARBONIER J., « La transparence, Numéro spécial de la revue de jurisprudence commerciale », nov. 1993 ;

CARDONA J., DALIGAND L LAMOTHE P., THILHET-COARTET S., MALICIER D., « Ethique et expertise », *Journal de médecine légale, droit médical* 1998 ; 41, 3-4 : 274-8

CARTON R., « L'histoire du jour, le serment », *Le quotidien du médecin*, n° 8951, jeudi 28 avril 2011, p. 6

CHARBONNEAU C., « L'impossible dol du salarié. L'embauche d'un salarié déjà inapte. » CSBP2006-176-A6, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 01 janvier 2006 n° 176, P. 15. Cass. soc. 21 septembre 2005, Association Languedoc aides et services c. Mme Guibal ;

CHARBONNEAU C., « Devoir de loyauté et connaissance de l'état de santé du salarié par l'employeur », CSBP2007-187-A17, *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 01 février 2007 n° 187, P. 56

CHARRIERE-BOURNAZEL C., MICHAUD P., « Une nouvelle liberté publique, les secret de l'avocat ? », *Dossier spécial – Transparence et secret*, *Avocat Paris*, 2^{ème} trimestre 2008, n° 3, pp. 7-9

CHEVALLIER J., « La mise en œuvre de la réforme des télécommunications », *RFD adm.*, 1997, pp. 1118

CHOCQUE J.-C., FU-BOURGNE X. L., « Impacts et enjeux de l'informatisation dans le système de santé. Ses effets sur les rapports entre les assurés sociaux, les professionnels de santé et les caisses d'assurance maladie ». GP20001019004, *Gazette du Palais*, 19 octobre 2000 n° 293, P. 15 et s.

CLAVERANNE J.-P., VINOT D., « L'émergence des droits des patients dans les systèmes de santé occidentaux : anciens problèmes et nouveaux défis » [*XVI^{es} entretiens du centre Jacques-Cartier – Les droits et les obligations des patients*], *Rev. Génér. Dr. Méd.*, n° 13, pp. 17-25, août 2004

COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 275-299

- COELHO J., « La montagne a accouché d'une souris ! », *Droit & Santé*, mai 2007, n° 17, p. 339.
- COELHO J., « Dossier médical et rôle de l'avocat dans la procédure d'accès par le patient ou ses ayants droit », *Actualité Juridique Famille* 2007 p. 472, Editions Dalloz 2009
- COELHO J., « La communication d'informations de santé aux tiers », *Actualité Juridique Famille* 2008 p. 204, Editions Dalloz 2009
- COMMAILLE J., « La construction d'une sociologie spécialisée. Le savoir sociologique et la sociologie juridique de Jean Carbonnier », *L'Année sociologique* 2007/2, Vol. 57, p. 294
- COMMARET D. N., « Perquisition dans un cabinet d'avocat. Saisie de correspondances échangées entre l'avocat et son client. Secret professionnel », (Arr. Ch. crim. 30 juin 1999 sur pourvoi C 97 86318), *Revue de science criminelle* 1999 p. 840
- CORDEY E., « La notion de l'abus de droit, A propos de l'article 3 du Projet de Code civil suisse », *JdT* 1905 pp. 98 ss ; MARTIN A., *JdT* 1905 pp. 21 s
- CORMIER M., « L'assermentation des fonctionnaires et agents de l'Etat et des agences sanitaires », *Revue de droit sanitaire et social* 2008 p. 130
- COSTA J.-P., « La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) », *RFDA* 1996 p. 184 *RFDA* © Editions Dalloz 2009
- DAHMANE A., « Le secret professionnel dans le cadre du travail d'aide à domicile des éducateurs », *Le Portique*, Cahier 2 2004, mis en ligne le 10 juin 2005. URL : <http://leportique.revues.org/document479.html>. Consulté le 29 décembre 2007.
podologues
- DAMON J., « La pensée de Georg Simmel (1858-1918) », *Informations sociales* 2005/3, N° 123, p. 111
- DELPRAT L., « Le médecin malgré lui ... ou l'évolution jurisprudentielle de la non-assistance à personne en danger », *Rev. Génér. Dr. Méd.*, n° 12, pp. 105-134, mars 2004
- DOCKES P., « Hobbes et le pouvoir », *Cahiers d'économie politique* 2006/1, n° 50, p. 7-25
- DREXL J., « Les principes de protection des intérêts diffus et des biens collectifs : quel ordre public pour les marchés globalisés ? », *Revue Internationale de Droit Économique — 2003 — pp. 387-409*
- DREYER E., « Les mutations du concept juridique de dignité », *Rev. Rech. juridique*, 2005-1, p. 19
- DURAN P., « Légimité, droit et action publique », *L'Année sociologique* 2009/2, Vol. 59, p. 303-344.

- EVIN C., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, p. 9
- FABRE J., « ARS et URPS décryptage des nouveaux pouvoirs, Le Chirurgien Dentiste de France », n° 1442-1443 du 24 juin – 1^{er} juillet 2010, p. 11
- FEUILLET B., « L'accès aux soins, entre promesse et réalité », Revue de droit sanitaire et social 2008 p. 713
- FOUGERE C., « Le secret médical et le malade (I) », le concours médical, 21/09/85, 33, p. 3,
- FOUQUET, C., « L'Etat va renforcer le contrôle des arrêts de travail des fonctionnaires, 14 septembre 2009 », Les Echos
- GAUZENTE C., « Politiques et pratiques des sites marchands en matière de respect de la vie privée : analyse du dosage entre chartes et labels et de leur évolution », *Revue management et avenir* 2008/3, N° 17, p. 44-65
- GEOFFARD P.-Y., « Le privé peut financer la santé s'il est encadré », L'économiste, Challenge, Paris School of Economics, 01.07.2010, p. 8
- GILLARD E., « La représentation en droit privé », Droits, n° 6, 1987.91
- GIOCANTI D., « Les différentes acceptions des termes « dossier médical » et, dans ce contexte, situation du dossier hospitalier », Revue Générale de Droit Médical, n° 37, décembre 2010, pp. 161-175, les études hospitalières
- GIRER M., « La responsabilisation du patient en sa qualité d'assuré social. Un concept vertueux ? » », IFROSS, Faculté de droit, Université Lyon 3, 43 p.
- GLORION B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », *1er octobre 1998, Les Jeudis de l'Ordre des médecins, pp. 1-18*
- GOHIN O., « La contradiction hors de l'influence de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, La contradiction avant l'article 6 § 1 », RFDA 2001 p. 2
- GORI R., « La surmédicalisation de l'existence est un désaveu du « souci de soi » », *Champ Psychosomatique* 2006/2, n° 42, p. 55-83
- GRIBEAUVAL, J.-P., « Judiciarisation de la médecine : réalité ou idée reçues, Ouvertures », La Revue Prescrire, Juillet 2010/Tome 30 n° 321, pp. 536-540
- GROUTEL H., « Preuve de la déclaration inexacte du risque et secret médical », RCA 2004, chr. n° 18 ; adde les références citées in Lamy Assurances 2005, n° 330
- HAMEL J., « Sociologie et interdisciplinarité, un mariage de raison? », Document, a contrario, Vol. 3, No 1, 2005, pp. 107-115

HARICHAUX M., « Les droits du malade à l'épreuve des obligations du malade assuré social », *Revue de droit sanitaire et social* 2006 p. 109

L'HERRON R., « Etre un contre-pouvoir vigilant et uni face à l'étatisation », *Le Chirurgien Dentiste de France*, n° 1442-1443 du 24 juin – 1^{er} juillet 2010, p. 11

HOERNI B., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, *Les Jeudis de l'Ordre des médecins*, p. 3

HUE B., « Le secret médical n'est plus ... », *La cotation des actes rend elle obsolète la notion du secret médical ?*, Vendredi 10 février 2006, 10/02/2011

HUTEAU G., « On ne responsabilise pas les assurés sociaux par décret », pp. 22-40, *Dossier « La gestion du risque »*, *Regards*, N° 39, Janvier 2011, en3s, p. 26

IETTE-COUDOL T., « Vers un cadre juridique pour les procédures et les téléservices (projet d'ordonnance pris en application de l'article 3 du « PLH2 ») », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2005 - n°6 - 06-2005*

JUNG H., « Introduction au droit médical allemand », *Revue de science criminelle* 1996, p. 39, Editions Dalloz 2009

KARSENTI B., « Nul n'est censé ignorer la loi ». *Le droit pénal, de Durkheim à Fauconnet*, *Archives de Philosophie*, 2004/4, Tome 67, p. 557-581.

KIEJMAN G., « La place du secret entre transparence et éthique professionnelle », 1er octobre 1998, *Les Jeudis de l'Ordre des médecins* p. 4

KULLING G., SCIORTINO V., « L'accès au dossier médical hospitalier par le médecin conseil de l'Assurance Maladie », *Revue générale de droit médical*, n° 37, décembre 2010, pp. 227-234, *Les études hospitalières*

KYSER D. A. et coll., « Les Etats-Unis et la santé. Mythe et réalité des erreurs médicales : pourquoi la crise des assurances n'est pas une crise de la judiciarisation » *Sève – Les tribunes de la santé*, 2008, (19), 59-81

De LAMBERTERIE I., « Qu'est-ce qu'une donnée de santé? », *RGD méd., numéro spécial "Le droit des données de santé"*, LÉH, 2004, pp. 11-34, p.13

LASCOUMES P., Le BOURHIS J.-P., 1996, « Des "passe-droits aux passes du droit". La mise en œuvre sociojuridique de l'action publique », *Droit et Société*, no 32, p. 51-73.

LATTILL F. et coll., « Pour une maîtrise médicalisée des préjudices liés aux soins » *Pratique et Organisation des Soins*, 2008, **39 (4)**, 331-339

LAUDE A., « Les nouveaux défis des professions de santé La judiciarisation en France, sur la trace des États-Unis ? », *Les tribunes de la santé* n° 26 — printemps 2010, p. 49-59

- LE GAL C., « Le dossier pharmaceutique : un outil technique de santé publique », *Revue de droit sanitaire et social* 2009 p. 301
- LEMAIRE P., « Les droits de la défense du patient devant la commission régionale de conciliation et d'indemnisation » [*Les droits des usagers des secteurs sanitaires et social : bilan et perspectives*], *Rev. Génér. Dr. Méd.*, n° 32, pp. 91-95, sept. 2009
- LEMOINE S., HOLUE C., « Médecine de ville. Partager les responsabilités entre financeur, médecin et patient, le Concours médical », *Tome 133 [N° 2]*, février 2011, pp. 93-94
- LENOIR D., « La mutualité face à ses enjeux », *Revue de droit sanitaire et social* 2009 p. 397
- LEVY J.P., « Collaboration médico-judiciaire, la protection du secret médical, 1 mars 2001, Comment concilier secret médical et instruction judiciaire ? Conflit ou coopération sur le terrain ? », 11^{ème} jeudi de l'Ordre, p. 6
- LOKIEC P., « La personne de confiance. Contribution à l'élaboration d'une théorie de la décision en droit médical, *Revue de droit sanitaire et social* », 2006 p. 865
- LUKES S., « Le pouvoir dans l'œuvre de Coleman », *R. franç. sociol.*, 44-2, 2003, 375-388
- MALICIER D., LAMOTHE J., DALIGAND L., PANETTA C., « Droits de la victime et expertise civile », *Ouvertures, La Revue du Praticien*, 2000, 50, pp. 121-123
- Du MARAIS B., « Droit public de la régulation économique », *Presses de Sciences Po, Dalloz*, 2004, p. 491
- MARZANO M., « Qu'est-ce que la confiance ? », *Études – 14, rue d'Assas – 75006 Paris – Janvier 2010 – n° 4121*, pp. 53-63
- MAUBERNARD C., « Le « droit fondamental à la dignité humaine » en droit communautaire : la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes », *Rev. trim. dr. h. (54/2003)*, pp 483-513
- MAYAUD Y., « Des mauvais traitements sur mineurs de quinze ans et de leur retombées, en terme de secours et de dénonciation, sur les professionnels de la santé et de l'assistance », *Rev. science crim.* 1998, p. 320
- MONTIALOUX C., « Service public et intérêt général », *Regards croisés sur l'économie* 2007/2, N° 2, p. 25-26.
- MORAND C.-A., « Pesée d'intérêts et décisions complexes », *La pesée globale des intérêts. Droit de l'environnement et aménagement du territoire*, Bâle/Francfort sur le Main, Helbing et Lichtenhahn, 1996, pp. 69-70
- NOREAU P., « Le droit comme forme de socialisation : Georg Simmel et le problème de la légitimité », *Revue française de science politique*, Année 1995, Volume 45, Numéro 2, p. 286

- PANSIER F.-J., « Liberté de mentir, droit au mensonge du salarié lors de l'embauche », Cah. soc. Barreau de Paris, août 2002, p. 17
- PAPILLOUD C., « SIMMEL, DURKHEIM ET MAUSS Naissance ratée de la sociologie européenne », pp. 300-327 socio euro RDM_020_0300
- PERICAUD J.-F., « La déontologie et la responsabilité de l'expert judiciaire », Revue de droit immobilier 2001 p. 321
- PIETTE-COUDOL T., « Vers un cadre juridique pour les procédures et les téléservices (projet d'ordonnance pris en application de l'article 3 du « PLH2 ») », Revue Lamy Droit de l'Immatériel - 2005 - n°6 - 06-2005
- PLAZY J.-M., « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », Actualité Juridique Famille 2007 p. 468
- PONCET G., « Plus de 4.000 adresses email dévoilées par une mutuelle étudiante », Le Point.fr, 1 septembre 2009
- POLERE P., KATZ T., « Haro sur l'obligation de résultat mise à la charge de l'employeur pour lutter contre le tabagisme au sein de l'entreprise », Jurisprudence sociale Lamy, n° 178, 29 novembre 2005, p. 4 et s.
- PONTIER J.M., « Le droit administratif et la complexité », *AJDA*, 2000, p. 187
- PORTERON C., « Le secret professionnel de l'avocat », Actualité Juridique Pénal 2009 p. 158
- PREUSS-LAUSSINOTTE, « Bases de données personnelles et politiques de sécurité : une protection illusoire ? », *Cultures & Conflits* 16 p. [En ligne], Tous les numéros, Identifier et surveiller, mis en ligne le 06 mars 2007. URL : <http://conflits.revues.org/index2133.html>
- PUIGELIER C., « Le mensonge du salarié », JCP, éd. E, 2003, 193
- PY B., « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », Actualité Juridique Pénal 2004 p. 133
- RAPHAEL F., « Le juif comme paradigme de l'étranger dans l'œuvre de G. Simmel », *Sociétés* 2008/3, N° 101, p. 81-90.
- REBATTU J.-P., DALIGAND L., « Certificat médical et secret professionnel », Journal français d'oto-rhino-laryngologie, vol. 35, n° 10, décembre 1986, pp. 511-513
- REBECQ G., « L'appréciation de l'état d'incapacité temporaire de travail dans le cadre de la maladie non professionnelle », Revue de droit sanitaire et social 1998 p. 912
- REBOUL-MAUPIN N., « Responsabilités des médecins et Internet », GP20020326001, Gazette du Palais, 26 mars 2002 n° 85, p. 28

- RICOEUR P., « Prise de décision judiciaire et médicale, Le juste et l'éthique médicale », Médecine et droit, 1999.1
- RIOT C., « Le risque social face aux lois du marché », Gazette du Palais, 30 juin 2005 n° 181, P. 3, GP20050630001
- RIVIERE C.-A., « La spécificité française de la construction sociologique du concept de Sociabilité », *Réseaux* 2004/1, n° 123, p. 207-231.
- ROCA C., « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », Petites affiches, 6 avr. 2001, n° 69, p. 10
- ROMAN D., « Le respect de la volonté du malade : une obligation limitée ? », Revue de droit sanitaire et social 2005 p. 423
- ROUSSET G., « L'interdiction préfectorale d'exercer la chirurgie ne peut se fonder sur le Code de la consommation », La Semaine Juridique Edition Générale n° 51, 14 Décembre 2009, 573, © LexisNexis SA
- RYCKMANS X., MEERT VAN DE POT R., *Les droits et les obligations des médecins*, Lacier 1972, T. 1, p. 136
- SAISON-DEMARS J., « Le médecin inspecteur de santé publique : contribution à la réhabilitation d'un fonctionnaire méconnu », Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 458
- SALAS D., « L'équité ou la part maudite du jugement », *Justices*, no 8, 1998
- SALLES A., « La fin du secret de l'instruction, symbole moribond », Article publié le 03 Septembre 2009, Le monde
- SENNERS f., « La commission départementale des travailleurs handicapés face à la Convention européenne des droits de l'homme : respect des « droits civils » et principe d'impartialité, conclusions sur Conseil d'Etat, 6 décembre 2002 », Revue de droit sanitaire et social 2003 p. 163
- SIMMEL G. [1910] (1949), *Sociologie der Geselligkeit*, traduit en anglais par Everett Hughes C., *American Journal of Sociology*, 55, n° 3.
- SIMMEL G., « La sociabilité », dans SIMMEL G., *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF, 1981, p. 300
- SOUBIRAN-PAILLER F., « Juristes et sociologues français d'après-guerre : une rencontre sans lendemain », *Genèses* 41, déc. 2000, pp. 125-142
- SOUBIRAN-PAILLER F., « Histoire du droit et sociologie : interrogations sur un vide disciplinaire », *Genèses*, n° 29, 1997, pp. 141-163.

SUDRE F., « Droits intangibles et/ou droits fondamentaux : y-a-t'il des droits prééminents dans la Convention européenne des droits de l'homme », *Liber Amicorum M.-A. Eissen*, Bruxelles/Paris, Bruylant/LGDJ, pp. 383 et s.

TAURAN T., « Secret médical. Pièces administratives et médicales. Levée du secret. Absence d'accord de la victime. Sollicitation de prestations sociales », *Revue de droit sanitaire et social* 2009 p. 185

TEITGEN F., THOUZELLIER B., « Non pas dépénaliser mais mieux pénaliser », Table ronde, *Cahiers de droit de l'entreprise* N° 1, Janvier - Février 2008, pp. 9-17

TERRÉ D., « Droit, morale et sociologie », *L'Année sociologique*, 2004, 54, n° 2, p. 483 à 510

THOUVENIN D., « De l'éthique biomédicale aux lois « bioéthiques » », *RTD Civ.* 1994 p. 717, Editions Dalloz 2009

THOUVENIN D., « Les droits des personnes malades ne peuvent être transformées en obligations » [*XVI^{es} entretiens du centre Jacques-Cartier – Les droits et les obligations des patients*], *Rev. Génér. Dr. Méd.*, n° 13, pp. 79-100, août 2004

TIETART M. P., CAMPANA J.P., FROGE E.C., « Réflexions sur l'avenir du secret médical, journal de médecine légale », *droit médical* 1983, T. 26, n° 3, p. 282

TOMASOVICH G., « Le monopole de la sécu attaqué devant la justice », mercredi 30 juin 2010, *Le Parisien* p. 12

VIALLA F., « La communication des informations « personnelles » au regard des dispositions de l'article L. 1111-7 du Code de la santé publique », *Rev. Génér. Dr. Méd.*, n° 16, pp. 195-211, sept. 2005

VINEY G., JOURDAIN P., « Les conditions de la responsabilité », *LGDJ*, 2006, n^{os} 339 et s

VOXEUR M., « Les nouveaux TCI : des débuts calamiteux », *Semaine Sociale Lamy* - 2004 - n°1181 - 13-09-2004

WATIER P., « Les ressources de l'interprétation sociologique », *L'Année sociologique*, 2007, 57, n° 1, pp. 83-102

WATIER P., « De la société aux formes de socialisation », *Sociétés* 2008/3, N° 101, p. 49-61

WATIER P., « Commentaires », pp. 113-120 in SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, p. 114, traduction Sibylle MULLER

Textes internet

ALTAVILLA A., COUDANE H., DEAU X., DUPUY O., GUILLEMIN F., STRAEHLI G., Atelier 6 – Les soignants, les tiers et le DMP [*Dossier médical personnel : aspects juridiques et déontologiques*], Rev. Génér. Dr. Méd., n° 20, pp. 211-225, sept. 2006

AQUILINO F., « La gestion du risque assurantiel en santé : des divergences sur son périmètre, un consensus sur sa pertinence », pp. 128-149, *Dossier La gestion du risque*, Regards, N° 39, Janvier 2011, en3s, 270 p.

BELLANOVA R., DE HERT P., « Protection des données personnelles et mesures de sécurité : vers une perspective transatlantique », *Cultures & Conflicts* [En ligne], Tous les numéros, Sécurité et protection des données, 19 p. mis en ligne le 28 octobre 2010. URL : <http://conflicts.revues.org/index17429.html>

BERNOUX P., ed. Jean-Michel Servet (eds), *La construction sociale de la confiance*, (1997) 486, halshs-00117799, version 1 - 3 Dec 2006

BURGELIN J.-F., « La judiciarisation de la médecine », 9 p., Site <http://infodoc.inserm.fr> consulté le 22 avril 2010

COHEN C. « La Déontologie au quotidien, Article n° 91, Le secret professionnel et la non assistance à personne en danger ou de l'ambiguïté de l'article 223-6 du Code pénal », [www.barreau-aixenprovence .avocat.fr/ profession_ deontologie .htm](http://www.barreau-aixenprovence.avocat.fr/profession_deontologie.htm)

Comité Permanent des Médecins Européens (CP), La confidentialité entre médecin et patient et les renseignements exigés par les compagnies d'assurances privées, CP98/090 Final FR, 06/04/99, <http://www.cpme.be>

CHEVALLIER J., Loi et contrat dans l'action publique, [www. Conseil.constitutionnel.fr](http://www.conseil.constitutionnel.fr)

DEUR D., « La bonne foi dans les contrats », www.ewd-avocats.com/chroniques/fevrier%20-%202006.htm

FRANÇOIS G., GARRIGOS M., « Preuve et secret en droit communautaire. Preuve et secret en droit pénal dans la perspective d'un droit commun », *L'Astrée*, revue de droit pénal et des droits de l'homme, n. 12, 2000/10, <http://www.ifrance.com/astree>

FROCHOT D., « Les données publiques, les documents administratifs et les autres », *Les Infostratégies* <http://www.les-infostrategies.com>, 5 p., Publié le 16/11/2003

GUEZ P., « ROYAUME UNI - L'échec de la transplantation du concept de bonne foi dans l'arrêt *First National Bank Plc* », le vendredi, août 1 2008, 17:43, [m2bde.u-paris10.fr /.../ ROYAUME-UNI- Lechec-de-la-transplantation-du-concept-de-bonne-foi-dans-larret-First-National](http://m2bde.u-paris10.fr/.../ROYAUME-UNI- Lechec-de-la-transplantation-du-concept-de-bonne-foi-dans-larret-First-National)

ORTOLAN J. – « L'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime (suivant la science rationnelle), éléments de droit pénal » (4^e éd., 1875); ledroitcriminel.free.fr/.../le_proces_penal /le_jugement/ qualification_faits/ ortolan_ordre_de_la_loi.htm

SIMMEL G., « Comment les formes sociales se maintiennent, l'Année sociologique, première année, 1896-1897 », pp. 71-109, Alain.Blachair@ac-nancy-metz.fr

Jurisprudences commentées

ALMERAS J. P., « Le secret médical et le refus de témoigner », concours médical, 19/07/86, 108, 29 a propos de Cass. crim. 5/06/85, Affaire BOURDEJEAU

AY E., « Clarification de la notion de la perte d'une chance de survie par la Cour de cassation », (Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010), PA201100306, Petites affiches, 05 janvier 2011 n° 3, p. 7

BICHERON F., « Majeur protégé », Cass. Civ. 1^{ère}, 13 janvier 2004, 01-16.823 (F-P), AJ Famille © Editions Dalloz 2009

CATALA P., « Ébauche d'une théorie juridique de l'information », *D.*, 1984, chron., p. 97

CHATENET I., VOXEUR M., « L'employeur face à la présomption d'imputabilité instituée en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle : un combat impossible ? », *Jurisprudence Sociale Lamy - 2005 - n°177 - 10-11-2005, Chronique*

COURSIER P., « L'obligation générale d'information mise à la charge des organismes de sécurité sociale », *Jurisprudence Sociale Lamy - 2001 - n°77 - 10-04-2001, Chronique*

CRISTO D., « Le possible contrôle, par le juge de l'excès de pouvoir, des recommandations de bonne pratique », Note sous Conseil d'Etat 26 septembre 2005 ; *Conseil national de l'Ordre des médecins*, n° 270234, *Revue de droit sanitaire et social* 2006 p. 53

DELMAS-MARTY M., « A propos du secret professionnel », *D.*, 1982, chron. P. 272

FLECHEUX G., note sous Cass. crim. 17/06/80, *J.C.P.* 82, II, 19721,

GUERY C., « Le défaut de protection de l'enfant par le professionnel : un nouveau délit ? », *D.* 2001, Chron. p. 3293

KOERING-JOULIN R., « Article 6-1. Contestation sur un droit de caractère civil, publicité et impartialité », *Revue de science criminelle* 1996 p. 481 A propos de l'affaire *Diennet c/ France* (26 septembre 1995, série A, n° 325-A)

KULLMANN J., « Assurances de personnes. A propos de Cass. Civ 1^{ère} 15 juin 2004 », RGDA2004-4-026, *Revue générale du droit des assurances*, 01 octobre 2004 n° 2004-4, P. 1020

LEGOUX A., « Consécration du défaut d'information comme faute autonome, *Gazette du Palais* », 17 juin 2010 n° 168, P. 9, a propos de Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a.

MATHIEU B., « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg : une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle. A propos des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 28 octobre 1999 et du Conseil constitutionnel 99-422 DC et 99-425 DC », RFDA 2000 p. 289

MATSOPOULOU H., « L'application du régime “ protecteur ” des perquisitions aux avocats exerçant leur activité à titre occasionnel en France », Gazette du Palais, 11 mai 2010 n° 131, P. 13, a propos de CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

MAUGÛE C., « L'illégalité partielle d'une convention et ses conséquences sur l'arrêté qui l'approuve, Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres* », RFDA 1999 p. 1190

MAYAUD Y., « Respect de la vie privée, secret professionnel, et droits de la défense, (Crim. 24 avril 2007, n° 06-88.051, Bull. crim. n° 108 ; AJ pénal 2007. 331, obs. C. Saas) », Revue de science criminelle 2007 p. 815

PARGADE D., « Débats : Le secret professionnel opposé aux notaires », PA200502407, Petites affiches, 03 février 2005 n° 24, P. 39.

PELLISSIER J., « Inaptitude et modification d'emploi », *Dr. soc.* 1991.608 ; J. Frouin, La protection de l'emploi des salariés victimes d'une maladie ou d'un accident, *RJS* 1995.chron.773

PLATEL B., STREBELLE G., « La réforme de l'assurance maladie : les aspects contentieux », PA200504408, Petites affiches, 03 mars 2005 n° 44, P. 37

PENNEAU J., « quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire », Actualité Juridique Pénal 2009 p. 169

POLERE P., « A propos de Cass. Soc., 21 septembre 2005 », GP20060408002, Gazette du Palais, 08 avril 2006 n° 98, P. 8, G0974

PORCHY S., «Lien causal, préjudices réparables et non-respect de la volonté du patient», D. 1998, chron. p.379 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 29 mai 1984, D. 1985, 281, note F. Bouvier ; CA Bordeaux, 24 sept. 2002, Juris-Data n°191554

REPIQUET Y., « Après l'arrêt Akzo Nobel », Gazette du Palais, 21 septembre 2010 n° 264, p. 16

THOMAS-SERTILLANGES J.-B., QUILLATRE E., « Libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur et de l'espace de liberté sécurité justice : vers une diversification des instruments de régulation », Chronique de droit européen et comparé no XXIX, PA201102402, Petites affiches, 03 février 2011 n° 24, P. 3

TOUVET L., concl. sur CE, 5 déc. 1997, RFDA, 1998. 160 et s.

VEROT C., « L'utilité sociale sans le service public : à propos de la mission assurée par le gestionnaire privé d'un centre d'aide par le travail ». Conclusions sur Conseil d'Etat, Section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (APREI)*, AJDA 2007.793, Revue de droit sanitaire et social 2007 p. 499

VITENBERG J., « Le secret médical à l'aune de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire d'un arrêt de la chambre criminelle du 24 avril 2007 », *Médecine et Droit* 2008, 88 : 8-9

Textes

BOULOC B., « Le secret des affaires », DCPI, 1990

BOURDIEU P., 1972, *Esquisse d'une théorie de la pratique*, Genève, Droz, nouv. éd., Points, coll. « Essais », Le Seuil, 2000

CALAIS-AULOY J., STEINMETZ F., *Droit de la consommation*, 5^{ème} éd., Paris, Précis Dalloz, 2000, pp. 178 et suiv. ;

CARBONNIER J., 1978, *Sociologie juridique*, Paris, PUF (1^{re} éd., Armand Colin, 1972 ; nouv. éd., PUF, coll. « Quadrige », 1994, 2004, p. 229).

VALADIER P., La transparence et le secret, revue études, janvier 1999

CARTUYVELS Y., DUMONT H., OST F., Van de KERCHOVE M., Van DROOGHENBROECK S., *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Publications des facultés Universitaires Saint-Louis, 2007, 634 p.

CLEMENT J.M., *Les grands principes du droit de la santé*, LEH Editions 2005p. 37 et s

COELHO J., *Hospitalisations psychiatriques sous contrainte*, Ed. Les Etudes Hospitalières, coll. « Tout savoir »

COTTIER B., Abus de droit et bonne foi, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

COZIAN M., *Les grands principes de la fiscalité – Litec*, 2000

DALIGAND L., CARDONA J., FASQUEL D., JACQUES M.-C., MARVALIN S., REY A.-M., SCHORLE E., TERRASSON de FOUGERES G., « Sécurité Sociale Connaissance et pratique », collection des abrégés, Ed. Masson, Paris, 5^{ème} actualisée, 2001, 211 p.

D'ALMEIDA F., *La manipulation*, 2003, Paris : P.U.F., pp. 4-5

DOUCET J.P., *La loi pénale*, 3^e éd. p.154 n° I-123

DUBOUIS L., *La théorie de l'abus de droit et la jurisprudence administrative*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962, 470 p.

DUNOD E., BONJOUR P. et CORVAZIER F. (2003) « Repères déontologiques pour les acteurs sociaux », Toulouse, ERES

DURAND-ZALESKI I., *L'information du patient : du consentement éclairé à la décision partagée*, Paris : Flammarion Médecine-Sciences, 1999

DURKHEIM E., *Les règles de la méthode sociologique*, Ed Le monde Flammarion, le livres qui ont changé le monde, 2009, 205 p.

DURKHEIM E., [1893] 1960. – *De la division du travail social*, Paris, Presses Universitaires de France.

FRISON-ROCHE A.M., *Secrets professionnels*, Autrement, Essais, 1999

GABRIEL A., *La personne de confiance dans la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades*, PUAM, 2004

GIRAUDOUX J., *La guerre de Troie n'aura pas lieu*, acte II, sc. 5, Hector, Wikipédia, 20/05/2011

GOFFMAN E., *Façons de parler*, Paris, Minuit, 1988, p. 271

GORI R., “Des disciples sous influence” in : *La preuve par la parole*, Paris : P.U.F., 2001, pp. 75-96

GRÉMY F., *Informatique médicale : introduction à la méthodologie en médecine et santé publique*, Flammarion Médecine, coll. « Biologie », 1987, p. 422

GURVITCH G., *La vocation de la sociologie*, Paris, PUF, tome 1, 1950, p. 118-247

HALLAYS A., *le secret professionnel*, Ed. A. Rousseau, 1890, p. 84

HANICOTTE R., *Devoirs de l'homme et constitutions. Contribution à une théorie générale du devoir*, ed. L'Harmattan, 2007, 389 p.

HILLMAN J., *La Trahison et autres essais*, Payot, 2004, p. 16

HIRSCH E., *La relation médecin-malade face aux exigences de l'information*, Paris : Doin ;1999.

HOBBS T., (1651), *Leviathan*

HOBBS T., (1642), *De Cive*

KNAPP B., *Précis de droit administratif*, 4^{ème} ed. Bâle – Francfort sur le Main, 1991, p. 94, n° 507

De LAUBADERE A., *Traité de droit administratif*, n° 1108, p. 868 ; FRIER P.-L., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, 2006

L'EPEE P., LAZARINI H. DOIGNON J., *Le secret professionnel en médecine du travail*, Masson 1981, pp. 7 et 8,

LOIRET P., *La théorie du secret médical*, Collection de médecine légale et de toxicologie médicale n°142, Ed. Masson 1988, p. 85 note 5

LOISEAU P., *La maîtrise des dépenses de santé confrontée à la responsabilité médicale aux Etats-Unis et en France*, Centre de droit de la santé, collection de droit de la santé, P.U.A.M., 2005, p. 28

MAINGUY I., *La symbolique maçonnique du troisième millénaire*, 3^{ème} édition revue et augmentée, ed. Dervy, 2006, 640 p.

MAZEN. J., *Le secret professionnel des praticiens de la santé*, Vigot, 1988, p. 51

MILL J. S., *L'utilitarisme*, Traduction française originale de Philippe Folliot, 13 janvier 2008, 159 p.

OST F. et Van HOECKE M., sous la dir., *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, Bruxelles, Bruylant, 1998

PAGÈS J., « Le secret professionnel, Eléments de réflexion », Les rendez-vous de l'ANDESI, 17 septembre 2003

PIERRE-BEAUSSE C., *La protection des données personnelles*, ed. promoculture, 2005, pp. 76 et s.

PIGACHE C., *Les évolutions du droit (contractualisation et procéduralisation)*, Universités d'été 2001 et 2002 du barreau de Rouen, Publications de l'Université de Rouen, mars 2004, 214 p.

PORTES L., *A la recherche d'une éthique médicale*, Masson P.U.F., 1964, p. 131

PREEL J.-L., Assemblée Nationale, Débat du 04/03/2009, amendements n^{os} 448 et 1429

ROCHE L., DO J.-P., DALIGAND L., *Médecine légale*, collection des abrégés, Ed. Masson, Paris, 2^{ème} édition revue et corrigée, 1985, 158 p.

ROMAIN J.-F., *La théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Ed. Emile Bruylant (2 mai 2000), 1023 p.

ROSSEL, BSt. CN, 1906, p. 1039, note 37

SALLEILES R., *Etudes sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2^{ème} ed., 1901, 370 n° 1

SAVATIER R. et autres, *Traité de droit médical*, Ed. Librairies techniques, 1956, p. 275

SIMMEL G., *secret et société secrètes*, Circé, poche, 2009, 119 p., traduction Sibylle MULLER, Postface de Patrick WATIER

SIMMEL G. (1981), *Sociologie et épistémologie*, Paris, PUF.

TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

VAN DE KERCHOVE.M., *Le droit sans peine, aspects de la dépenalisation en Belgique et aux USA*, Publication des Facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles, 1987,

VAN DE KERCHOVE M., OST F., « Jalons pour une théorie critique du droit », Bruxelles, FUSL, 1987,

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux*, Collaborateur Françoise Tulkens, François Ost, Publications des Fac. St Louis, 2001, 785 pages

VAN DROOGHENBROECK S., *La proportionnalité dans le droit de la convention, européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2001, 777 p.

VERON M., *La responsabilité pénale du médecin*, Masson 1982,

VIALLA F. sous la direction de, *Les grandes décisions du droit médical*, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, 664 p.

WIDMER P., COTTIER B., *Abus de droit et bonne foi*, enseignement de 3^{ème} cycle de droit 1992, Université de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 1994, 351 p.

WEBER M., *Économie et société*, trad., E.Dampierre, Plon, Paris, 1971

ZORN-MACREZ C., *Données de santé et secret partagé. Pour un droit de la personne à la protection de ses données de santé partagées*, Collection « Santé, qualité de vie et handicap », PUN, 2010, 502 p.

Références en langues étrangères

COLEMAN James S., — 1990. – Foundations of social theory, Cambridge (Mas), Belknap Press of Harvard University Press pp. 132-133

EHRlich E., 1967, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, Berlin, Duncker und Humboldt (1re éd., 1913).

HUBER A., « Zur Kodifikation des Rechtsmissbrauches », RSJ 1905/1906 pp. 267 s., 279

SIMITIS S., « Vers un nouveau concept de la protection des données. Seconde étape de la révision de la loi fédérale relative à la protection des données (BDSG), chap. 2, pp. 45-66, in « auf dem Weg zu einer neuen Datensicherheit ; Die zweite Novelierungstufe des BDSG », 24 (2000), 12 » in TABATONI P., *La protection de la vie privée dans la société d'information Tome 3, 4 et 5, l'impact des systèmes électroniques d'information*, Groupe d'études Société d'information et vie privée, Cahier des sciences morales et politiques, PUF, janvier 2002, 383 p.

SWIFT J., With the worst recession for decades upon us, do insurers now have evidence of a direct correlation with fraudulent claims and are there dangers in the definitions being used ?, Document POSTM, 16, 07/09/2009 e5790001b (c) 2009 Post Magazine

Textes divers

ALLIOT-MARIE M., Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, Audition ouverte à la presse, de Mme Michèle Alliot-Marie, ministre d'État, garde des sceaux, ministre de la justice et des libertés, sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale (n° 1237)

BLISKO S., *Compte rendu de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République*, Mardi 3 novembre 2009, Séance de 10 heures, Compte rendu n° 11, Session ordinaire de 2009-2010, p. 11

Guides

JOHANET G., ALLEMAND H., GOUEL R., LAPORTE D., Guide pratique sur le recours des caisses primaires d'assurance maladie contre un tiers responsable, CNAMTS, janvier 2001, 141 p.

JOHANET G., ALLEMAND H., LAPORTE D., BALLAND S., STAMM E., Guide du contentieux à l'encontre des professionnels de santé à l'usage du service du contrôle médical, CNAMTS, janvier 2002, 114 p.

GOUEL R., LAPORTE D., Guide pratique complémentaire sur les procédures de gestion des recours contre un tiers autres accidents, CNAMTS, novembre 2007, 103 p.

JOHANET G., ALLEMAND H., GOUEL R., LAPORTE D., Guide pratique sur le recours des caisses primaires d'assurance maladie contre un tiers responsable, CNAMTS, janvier 2001, 141 p.

JOHANET G., ALLEMAND H., LAPORTE D., BALLAND S., STAMM E., Guide du contentieux à l'encontre des professionnels de santé à l'usage du service du contrôle médical, CNAMTS, janvier 2002, 114 p.

LAPORTE D., COTE M.-J., Guide pratique sur le secret professionnel, CNAMTS, mars 1997, 98 p.

LAPORTE D., STAMM E., Guide de l'expertise médicale, CNAMTS, novembre 2006, 45 p.

Constitution, lois et règlements

Constitution

Art. 61-1 de la constitution

Art. 62 al. 2 de la constitution

Lois

Lois des 30 novembre 1892 et 15 février 1902

Loi du 3 avril 1955, décret du 20 décembre 1976

Loi du 17 juillet 1970

Loi n° 71-446 du 15 juin 1971 relative à la protection de l'enfance en danger

Loi n°71-1130 du 31 décembre 1971

Loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés

Loi n° 78.753 du 17 juillet 1978 modifiée par la loi n°79.587 du 11 juillet 1979 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal

Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, JO 12 juill. et rect. 13 juill. relative à la motivation des décisions administratives

Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

Loi n° 80-572 du 25 juill. 1980

Loi n° 83-660 du 21 juill. 1983

Loi n° 89-432 du 28 juin 1989

Loi n° 89-487 du 10 juill. 1989

Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 dite loi Evin renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques

Loi n° 91-3 du 3 janv. 1991

Loi du 6 février 1992

Loi du 22 juill. 1992 en vigueur depuis le 1er mars 1994

Loi n° 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie

Loi n° 93-121 du 27 janvier 1993

Loi du 29 janvier 1993

Loi n° 94-43 du 18 janvier 1994

Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle dite « loi Madelin »

Loi n° 94-548 du 1^{er} juillet 1994
 Loi n°99-641 du 27 juillet 1999 modifiant la loi du 6 janvier 1978
 Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 art. 1 I, II, art. 2 Journal Officiel du 30 juillet 1994 dite loi de bio-éthique relative au respect du corps humain
 Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique
 Loi n° 2000-321 du 12 avril 2000, JO 13 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration
 Loi n° 2000-1257 du 23 décembre 2000 loi de financement de la sécurité sociale pour 2001
 Loi n° 2002-73 du 17 janvier 2002
 Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative au droit des malades et à la qualité du système de santé (JO du 05/03/2002) p. 4118
 Loi n° 2002-322 du 6 mars 2002
 Loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, n°2003-239
 Loi du 9 Mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dite Perben II
 Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
 Loi no 2004-810 du 13 août 2004 relative à l'assurance maladie. JO. 17 août 2004, p. 14598
 Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit
 Loi n° 2004-810 du 13 août 2004
 Loi n°2007-1786 du 19 décembre 2007
 Loi du 25 février 2008 n° 2008-174 , J.O. 26 février 2008, p. 3266
 Loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008
 Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, JO 13 mai 2009,
 Loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009
 Loi no 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires
 Loi n° 2009-1646 du 24 décembre 2009, JO 27 décembre ;
 Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010, JORF du 5 janvier 2010 relative à la protection des sources des journalistes
 Loi n° 2010-1330 du 9 novembre 2010 portant réforme des retraites, JORF 10 novembre 2010
 NOR : MTSX1016256L sur la pénibilité du parcours professionnel, décision du Conseil constitutionnel no 2010-617 DC du 9 novembre 2010

Proposition de loi modifiant certaines dispositions de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, Texte adopté n° 665, Assemblée nationale, constitution du 4 octobre 1958, Treizième législature, Session ordinaire de 2010-2011, 24 mai 2011, p. 6

Ordonnances

Ordonnance no 96-344 du 24 avril 1996
 Ordonnance n° 2009-483 du 29 avril 2009 prise en application de l'article 35 de la loi n° 2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives, JORF n°0101 du 30 avril 2009

Ord. n° 2004-164 du 20 février 2004 relative aux modalités et effets de la publication des lois et de certains actes administratifs

Code des assurances

Art. 112-3 du code des assurances
Art. 113-2 du code des assurances
Art. L. 113-9 du code des assurances
Art. L. 113-8 du code des assurances
Art. L. 310-21 du code des assurances

Code de la sécurité sociale

Art. L. 114-9, premier alinéa, du code de la Sécurité Sociale
Art. L. 114-10 du code de la sécurité sociale
Art. L. 114-12 du code de la sécurité sociale
Art. L. 114-14 du code de la sécurité sociale et
Art. L. 114-16 du code de la sécurité sociale
Art. L.114-19 du code de la sécurité sociale
Art. L. 114-20 du code de la sécurité sociale
Art. L. 114-21 du code de la sécurité sociale
Art. L. 141-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 142-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 143-1, 2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 143-2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 143-3 du code de la sécurité sociale e
Art. L. 143-4 du code de la sécurité sociale
Art. L.145-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 161-1-4, alinéas 1 et 3 du code de la sécurité sociale
Art. L. 161–29 du code de la sécurité sociale
Art. L. 161-33 du code de la sécurité sociale,
Art. L. 161-36-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 161-36-1A du code de la sécurité sociale
Art. L. 161-36-2-2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-1-13 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-1-14 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-4-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-4-3 al. 1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 162-5 du code de la sécurité sociale
Art. L. 251-2 et L. 254-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 441-5 du code de la sécurité sociale
Art. L.441-6 du code de la sécurité sociale
Art. L. 461-5 du code de la sécurité sociale
Art. L. 315-2 du code de la sécurité sociale
Art. L 315-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 315-1, alinéa I, du code de la sécurité sociale
Article L. 322-3 15 du code de la sécurité sociale

Art. L. 442-5 du code de la Sécurité Sociale
Art. L. 243-11 du code de la Sécurité Sociale
Art. L. 212-4 du code de la sécurité sociale
Art. L. 227-1, du code de la sécurité sociale
Art. L. 315-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 315-2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 321-1-5° du code de la sécurité sociale
Art. L. 324-1 du code de la sécurité sociale
Art. L.376-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 431-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 431-1-2° du code de la sécurité sociale
Art. L. 442-5 du code de la sécurité sociale»
Art. L. 442-4 du code de la sécurité sociale
Art. L 441-6 du code de la sécurité sociale
Art. L. 442-5 II du code de la sécurité sociale
Art L.454-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 461-1 du code de la sécurité sociale
Art. L. 461-2 du code de la sécurité sociale
Art. L. 461-5 du code de la sécurité sociale
Art. L. 583-3 du code de la sécurité sociale
Art. L. 611-6-1 du code de la sécurité sociale et
Art. L. 633-12 du code de la sécurité sociale
Art. R. 112-2 du code de la sécurité sociale
Art. R. 114-18 du code de la sécurité sociale
Art. R. 141-1 du code de la sécurité sociale
Art. R. 141-3 du code de la sécurité sociale
Art. R. 141-4 du code de la sécurité sociale
Art. R. 142-24-1 du code de la sécurité sociale ;
Art. R. 143-8 du code de la sécurité sociale,
Art. R. 143-12 du code de la sécurité sociale
Art. R. 143-13 du code de la sécurité sociale
Art. R. 161-58 du code de la sécurité sociale
Art. R. 166-1, alinéa 2, du code de la sécurité sociale
Art. R. 166-1 du code de la sécurité sociale
Art. R. 166-1, alinéas 2 et 3, du code de la sécurité sociale
Art. R. 315-1-1 du code de la sécurité sociale
Art. R. 441-13 du code de la sécurité sociale
Art. R. 441-11 du code de la sécurité sociale
Art. R. 441-11 du code de la sécurité sociale
Art. D.376-1 du code de la sécurité sociale
Art. D.454-1 du code de la sécurité sociale,
Art. D. 242-6-3 du code de la sécurité sociale

Code de la santé publique

Ancien art. L 326 - 1 du code de la Santé publique
Ancien art. L 333 et L 344 du code de la Santé publique
Ancien art. L 355-2 du code de la Santé publique

Ancien art. L 355-18 du code de la Santé publique
Art. L. 1110-4 du code de la santé publique
Art. L.1111-1 du code de la santé publique
Art. L. 1111-2 du code de la santé publique
Art. L. 1111-3 du code de la santé publique
Art. L. 1111-5 du code de la santé publique
Art. L. 1111-6 du code de la santé publique
Art. L. 1111-7 du code de la santé publique
Art. L. 1111-8 du code de la santé publique
Art. L. 1111-15 du code de la santé publique
Art L. 1111-17 du code de la santé publique
Art. L. 1111-23 du code de la santé publique
Art. L.1112-1 du code de la santé publique
Art. L. 1122-1 du code de la santé publique
Art. L. 1141-1 du code de la santé publique,
Art. L. 1142-4 du code de la santé publique
Art. L. 1142-14 et L. 1142-17 code de la santé publique
Art. L. 1413-13 du code de la santé publique
Art. L.1421-3-1 et L.1421-3-2 du code de la santé publique
Art. L. 3113-1 du code de la santé publique
Art. L. 3213-9 du code de la santé publique
Art. L. 4113-1 du code de la santé publique portant code de déontologie dentaire
Art. L. 4113-14 du code de la santé publique
Art. L. 4124-2 du code de la Santé Publique
Art. L. 4221-16 du code de la santé publique
Art. L. 4311-15 du code de la santé publique
Art. L. 4321-10 du code de la santé publique
Art. L. 4321-19 du code de la santé publique
Art. L. 4322-12 du code de la santé publique
Art. L. 4333-1 du code de la santé publique
Art. L. 4352-1 du code de la santé publique
Art. L. 4362-1 du code de la santé publique
Art. L. 4361-2 du code de la santé publique
Art L. 6141-5 du code de la santé publique
Ancien art. R. 710-2-2 du code de la santé publique
Art.R. 1112-69 code de la santé publique
Art. R. 1112-69 al. 1 du code de la santé publique
Art. R. 1112-44 du code de la santé publique
Art. R. 143-33 du code de la sécurité sociale «
Art. R. 4127-L'ensemble des articles du code de déontologie
Art. D. 3113-6 du code de la santé publique
Art. D. 5232-8 du code de la santé publique
Art. D. 6321-3 du code de la santé publique

Code Pénal

Ancien art. 378 du code pénal
Art. 122-1 du code pénal

Art. 122-2 du code pénal
Art. 122-3 du code pénal
Art. 122-4 du code pénal
Art. 122-5 du code pénal
Art. 223-6 du code pénal
Art. 226-13 du code pénal
Art. 226-14 du code pénal
Art. 434-1 du code pénal
Art. 434-3 du code pénal
Art. 434-7-2 du code pénal
Art. 434-11 du code pénal
Art. 434-26 du code pénal
Art. 511-3 du code pénal

Code de procédure pénale

Art. A.1 du code de procédure pénale
Art. 9 du code de procédure pénale
Article 11 du code de procédure pénale
Art. 40 du code de procédure pénale
Article 56-1 du code de procédure pénale
Article 56-3 du code de procédure pénale
Art. 60 du code de procédure pénale
Art. 62 al. 1 du code de procédure pénale
Art. 77-1 du code de procédure pénale
Art. 109 du code de procédure pénale
Article 576 du code de procédure pénale

Code civil

Art. 4 du code civil
Art. 8 du code civil
Art. 9 du code civil
Art. 16 du code civil
Art. 16-3 du code civil
Art. 56 du code civil
Art. 414-1 du code civil
Art. 415 du code civil
Art. 425 du code civil
Art. 435 du code civil
Art. 458 du code civil
Art. 459 du code civil
Art. 459-1 du code civil
Art. 1116 du code civil
Art. 1134 al. 3 du code civil

Code de procédure civile

Art. 6 du code de procédure civile
Art. 9 du code de procédure civile
Art. 144 du code de procédure civile
Art. 146 du code de procédure civile
Art. 232 du code de procédure civile
Art. 416 alinéa 1 du code de Procédure Civile
Art. 706-84 du code de procédure civile

Code du commerce

Art. L. 225-102-1 code de commerce
Art. L. 235-12 code de commerce
Art. L. 511-7 code de commerce
Art. L. 622 code de commerce
Art. L. 670-1 code de commerce

Code des mutualités

Art. 112-1 du code des mutualités
Art L. 221-14 du code des mutualités,
Art L. 221-15 du code des mutualités

Code des procédures fiscales

Art. L 64 et s. livre des procédures fiscales
Art. L. 152 livre des procédures fiscales

Code du travail

Art. L. 120-2 du code du travail
Art. L 120-4 du code du travail
Art. L. 121-6 du code du travail.
Art. L. 122-25 du code du travail
Art. L. 122-35 du code du travail
Art. L. 122-45 du code du travail
Art. L. 241-56 du code du travail
Art. L. 4624-2 du code du travail
Art. R. 241-48 du code du travail
Art. R. 1453-1 du code du travail
Art. R. 7214-20 du code du travail
Art. D. 4626-33 du code du travail

Code des pensions civiles et militaires de retraite

Art. L 31 du code des pensions civiles et militaires de retraite

Décrets

Décret-loi du 29 juillet 1939 article 90 modifié par la loi n° 75-17 du 17 janvier 1975
Décret du 28 mars 1960
Décret n°65-240 du 25 mars 1965
Décret n° 69-505 du 24 mai 1969 fixant le statut du praticien conseil J.O. 1^{er} juin 1969 et rectificatif J.O. 19 juin 1969
Décret n° 85-1353 du 17 décembre 1985 J.O. 21 décembre 1985
Décrets du 29 mars 1993 et du 25 février 1994
Décret n° 95-564 du 6 mai 1995
Décret n° 95-682 du 9 mai 1995
Décret n° 95-1000 du 6 septembre 1995 portant code de déontologie médicale (J.O. du 8 septembre 1995)
Décret d'application n°96-786 du 10 septembre 1996 relatif au contrôle médical
Décret n° 99-449 du 2 juin 1999
Décret d'application n° 2001-272 du 30 mars 2001
Décret n° 2001-532, 20 juin 2001, JO 22 juin 2001
Décret n° 2003-614 du 3 juillet 2003
Décret n° 2002-637 du 29 avril 2002
Décret 2005-790 du 12 juillet 2005
Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, modifiée par la loi n°2004-801 du 6 août 2004
Décret d'application n° 2006-307 du 16 mars 2006
Décret 2008-715 du 18 juillet 2008

Circulaires ministérielles

circulaire ministérielle DSS/agriculture/2003/n° 350 du 15 juillet 2003

Arrêtés

Arrêté du 26 octobre 1992,

Arrêté du 26 octobre 1993,

Arrêté du 9 mars 1994

Arrêté du 5 mars 2007 portant homologation des recommandations de bonnes pratiques relatives à l'accès aux informations concernant la santé d'une personne

Jurisprudence

CLEMENT (C.), « Le médecin, son devoir d'information et le principe constitutionnel de sauvegarde de la dignité », *Petites Affiches*, 6 déc. 2001, p. 15.

Première chambre civile de la Cour de cassation

Civ., 26 mai 1936, DP 1936.1.88, rapport Josserand, concl. Matter

Cass. Req., 28 janvier 1942, Teyssier (Gaz. Pal., 62, 1942, 1, p. 177 ; D. 1942, p. 63) ;

Cass. civ., mercier, Cass. civ., 6 mars 1945, Clinique Sainte-Croix (D. 1945, juris., p. 217)

Cass. civ. 14 mai 1945, D. 1945-287 note DESBOIS H., JCP 1945. III, 2835 note RC, S, 1945. 1. 101, note BATTIFOL H., COLOMBET, « Propriété littéraire et artistique », 4^{ème} ed. p. 152, n° 133

Cass. 1^{re} civ., 29 mai 1951, Bull. civ. I, n° 162 ; D. 1952, 53, note R. Savatier ; S. 1953, 41, note R. Nerson

Dame veuve Tromprier-gravier, Cass civ., 1^{er} décembre 1953

Cass. Civ. 12 juin 58, J.C.P., 1959 II, 10940, note A. Chavanne

Cass. civ. 1^{ère}, 12 fév. 1963, Bull. Civ. I, n° 98

Civ. 1^{er}, 19 mars 1978, B. civ. I, n° 127

Cass. civ., 29 mai 1984

Cass. Civ ; 1^{ère}, 20 mars 1985, B. 1985.1, n°102, a propos d'une compagnie d'assurance.

Cass. civ. 1^{er}, 7 fév. 1990, Bull. civ. I, n° 39 ; D. 1991, Somm. 183, obs. J. Penneau ; R.T.D. civ. 1992 109, obs. P. Jourdain

Cass. civ. 9 juin 1993, Bull. civ. I, n° 214 ; R.T.D. civ. 1996, 166, obs. J. Mestre

Cass. Civ. 1^{ère}, 5 nov. 1996 : Bull. civ. , I, n° 378 ; JCP 1997, II, 22805, note Ravanas et I, 4025, n° 2 et s. obs. Viney ; D. 1997, 403, note Laulom et somm. Com. 289, obs. Jourdain ;

Cass. civ 1^{ère}, 25 févr. 1997, Hédreul, JCP 1997, éd. G., I, 4025, n° 7, obsv. G. Viney ; JCP 1997, éd. G., II, 22492, rapport P. Sargos. Contrats, conc. consom. 1997, chron. 5, L. Leveneur ; Resp. civ. et assur. 1997, chron. 8, C. Lapoyade-Deschamps ; P. Sargos, Modalités, preuve et contenu de l'information que le médecin doit donner à son patient. Méd. droit Info. Ethique Juridique Prat. 1997;27:1-3 ; G. Mémeteau. Devoir d'information, renversement de la charge de la preuve. Méd Droit 1997;24:6 ; L. Dubouis, Rev. dr. san. et soc. 1997, 288.

Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, n° 94-19685, Hedreul c/Cousin (Gaz. Pal. 27-29 avr. 1997, p. 13, rapp. M. Sargos, Contrats, conc., consomm. 1997, Chron. n° 5 L. Leveneur ; Defrénois 1997, p. 751, obs. J.-L. Aubert ; JCP 1997, I, n° 4025, obs. G. Viney; RTD civ. 1997, p. 434, obs. P. Jourdain et p. 924, obs. J. Mestre ; D. 1997, Somm. P. 319, obs. J. Penneau) ;

Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997., n° 95-12576 Bull., 1997 I N° 99 p. 65., Semaine Juridique, 1997-04-23 n° 17, p. 195, rapport P. SARGOS

Cass. civ, 1^{re} 29 avril 1997

Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, *Audat et autres c/ Fortat et autres*, Bull. cass. I, n° 99, pp. 65-66 ; *Gaz. Pal.* 3-4 décembre 1997, pan. p. 17 ; Bull. 1997, n° 99, p. 65, pourvoi n° 95-12.576

Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 1997, JCP 1997, éd. G., II, rapport P. Sargos ; G. Viney, JCP 1997

Cass. Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, Bull. 1998, n° 3, p. 2, pourvois n° 96-16.721 et 95-19.902

Cass. 1^{re} Civ., 12 janvier 1999, Bull. 1999, I, n° 18, p.12, pourvoi n° 96-20.580

Cass. Civ. 1^{re} 17 février 1998, Bull. 1998, I, n° 67, p. 45, pourvoi n° 95-21.715

Cass. Civ. 1^{ere}, 27 mai 1998, Bull. 1998, I, n° 187, p. 126, pourvoi n° 96-19.161 ; D. 1998, 530, note F. Laroche-Gisserot Cass. civ. 7 oct. 1998, Bull. civ. I, n° 280 ; R.T.D. civ. 1999, 83, obs. J. Mestre ; R.D.S.S.

Cass. 1^{ère} civ., 7 octobre 1998, n° 97-10267 (JCP G 1998, n° 45, p. 1848 ; D. 11 mars 1999, n° 10, p. 45, note S. Porchy ; *Gaz. Pal.*, 17 juin 1999, n° 168, p. 63, note F.-J. Pansier et J.-B. Bladier)

Cass. 1^{ère} Civ 13 avril 1999 n°97-16.171

Cass. Civ. 1^{er}, 14 dec. 1999, concl. Av. gén. Cécile Petit : JCP 2000, II, 10241

Cass. civ. 1^{re}., 18 juillet 2000, Bull. 2000, I, n° 227, p. 149, pourvoi n° 99-10.886

Cass. Civ 1^{ère}, 14 mars 2000, Bull. 2000, I, n° 87, p. 58, pourvoi n° 97-21.581

Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, 00-16.305 (n° 707 FS-P+B) Cass. Civ. 1^{re}, 9 oct. 2001, *Bull. civ.* 2001, n° 249 ; *RTDciv.* 2002, p. 176, note R. Cass. Civ. ; Bull. civ. I, n° 144 ; *AJ fam.* 2002.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 octobre 2002
 Cass. civ. 1^{ère}, 29 oct. 2002, RGDA 2003.340, note J. Kullmann ; Bull. civ. I, n° 244 ; D. 2002, I.R. 3186
 Cass. civ., 1^{ère}, 13 novembre 2002, n° 00-22432 (Bull. civ. I, n° 263 ; D. 2003, p. 583, note S. Deis-Beauquesne ; JCP G 2003, II, 10096, note M. Billiau ; Gaz. Pal. 2003, p. 1000, note F. Chabas ; LPA 29 mai 2003, note Barbiéri)
 Cass. 1^{ère} Civ. 6 janvier 2004 n°01-15.357 et
 Cass. Civ. 1^{ère}, 13 janvier 2004, 01-16.823 (F-P), AJ Famille © Editions Dalloz 2009
 Cass. Civ. 1^{ère} 9 févr. 2004, D. 2004.Somm.1633, obs. C. Caron et Jur. 2596, note C. Bigot
 Cass. Civ. 1^{ère}, 2 mars 2004, 01-00.333 (FS-P) ; Bull. civ. I, n° 69 ; AJ fam. 2004. 186, obs. Bicheron ; D. 2004. IR. 1125 ; n° 02-15.211, expertise, AJDI 2004 p. 745
 Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 2004, n° 02-12192 Bull. 2004, I, n° 171, p. 142, pourvoi n° 01-02.328 ; D. 2004.2682 note Duval-Arnould
 Cass. civ. 1^{ère} 8 juill. 2004, D. 2004.2694 ; 23 sept.2004, RJPF 2004-12/18, obs. Putman ; 25 nov. 2004, D. 2004.3197 et les obs.), RTD Civ. 2005 p. 99
 Cass. 1^{ère} civ., 9 novembre 2004, n° 01-17908 (Gaz. Pal., janv. 2005, n° 27 ; LPA, 20 février 2006, n° 36, G. Faure, M. Dauray-Fauveau, E. Revaux, F. Jamay, I. Callies, G. Guerlin, C. Manouil, I. Muller-Quoy ; JCP G 2005, II, 10020, note D. Duval-Arnould, S. Prochy-Simon ; F. Vialla, « subordination ou indépendance », Rev. Droit & santé, 2005, n° 4, p. 103 ; RTD civ., 2005, p. 143, obs. P. Jourdain ; D. 2005, p. 143, note F. Chabas ; D. 2005, p. 407, note J. Penneau
 Cass. 1^{ère} Civ., 7 déc. 2004, n° 02-10957 Bull. civ. I, n° 302 ; D. 2005, Pan. 409, obs. J. Penneau
 Cass. Civ. 1^{ère}, 21 février 2006, n° 02-19066 et
 Cass. Civ. 1^{ère}, 3 octobre 2006, n°04-20.416,
 Cass. Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2006, Bull. 2006, I, n° 417, p. 359, pourvoi n° 05-11.906 ; Bull. civ. I, n° 417 ; D. 2006, I.R. 2414
 Cass. civile 2, 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250 Publié au bulletin ; Bull. Civ. I, n° 261 ; D. 2008. Pan. 510, obs. J. Penneau
 Cass. civ. 1^{ère}, 6 déc. 2007, n° 06-19301 (Bull. civ., I, n° 380 ; D. 2008, juris. P. 192, note P. Sargos. L. Neyret, « *La Cour de cassation neutralise l'obligation d'information de certains professionnels* », D. 2008, chron., p. 804 ; RGDM 2008, n° 27, p. 376, note M. Girer ; Rev. Droit & Santé n° 22, mars 2008, p. 213, note K. Morel) note P. Sargos et Chron. 804 note L. Neyret
 Civ. 1^{re}, 16 oct. 2008, n° 07-15.778, Bull. civ. I, n° 230 ; D. 2008. AJ. 2726 ; RTD civ. 2009. 167, obs. R. Perrot.
 Cass. Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 08-12742
 « (...) »
 Cass. 1^{re} civ., 3 juin 2010, n° 09-13591 : X c/ Y et a.
 Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, PA201100306, Petites affiches, 05 janvier 2011 n° 3, p. 7
 Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 2010, n° 09-69721, Publié au bulletin

Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ 2^{ème}, 1er juin 1994, *Sté Tréfinmétaux c/ Felicianni et autres*, Bull. cass. II, n° 146 ;
 Cass. civ 2^{ème}, 18 juin 1997, *Sté Fancom c/ GAEC des Peupliers et autres*, Bull. cass. II, n° 195, p. 115 ; Gaz. Pal. 13-15 septembre 1998, recueil de procédure civile, p. 18
 Cass. Civ. 2^{ème}, 14 décembre 2000, n° 98-14949, Publié au bulletin 2000 II N° 172 p. 122 A
 Cass. civ. 2^{ème}, 21 septembre 2004, n° 03-30277., Bull. 2004, II, n° 404, p. 342

Cass. civ. 2^{ème}., 22 mars 2005. n° 03-30682
 Cass. civ. 2^{ème}., 24 mai 2005. N° 03-30378
 Cass. civ 2^{ème}., 31 mai 2005. n° 04-30006
 Cass. Civ.2^{ème}, 2 juin 2005, Bull. 2005, n° 142, p. 127, pourvoi n° 04-13.509,
 Cass., civ. 2^{ème}, 5 juill. 2005, n° 03-30.641, non publié
 Cass. civ. 2^{ème}, 22 novembre 2007, n° de pourvoi : 06-18250, Publié au bulletin
 Cass. civ. 2^{ème}. Arrêt n°1498 du 13 novembre 2008, n° 07-18.364,
 Cass.Civ.2^{ème}, 22 janvier 2009, N° 07-15131, Non publié au bulletin ;
 Cass. Civ.2^{ème}, 12 février 2009 N° 08-12.525
 Cass. Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-11959
 Cass. Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-11888, Publié au bulletin ;
 Cass. Civ 2^{ème}, 19 février 2009, n° 08-12865, Non publié au bulletin
 Cas. Civ.2^{ème}, 2 avril 2009, n° 08-11961, Non publié au bulletin
 Cass. Civ. 2^{ème}, 2 avril 2009, N° 08-12023, Non publié au bulletin,
 Cass. Civ 2^{ème}, 17 septembre 2009, n 08-18703, Publié au bulletin
 Cass. Civ. 2^{ème}, 10 décembre 2009, n° 08-20593, Publié au bulletin
 Cass. Civ. 2^{ème}, 10 décembre 2009, n° 08-20593, Publié au bulletin
 Cass. Civ. 2^{ème}, 14 janvier 2010, n° 09-10460 ; ¹
 Cass. Civ. 2^{ème}, 18 février 2010, n° 09-11812, Cass. Civ. 2^{ème}, 6 mai 2010, n° 09-14703 ;
 Cass. Civ. 2^{ème}, 17 juin 2010, n° 09-67330
 Cass. Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2010, n° 09-15629, Non publié au bulletin
 Cass. Civ. 2^{ème}, 7 octobre 2010, n° 09-16829, Publié au bulletin
 Cass. Civ 2^{ème}, 21 octobre 2010, n° 09-70889, Non publié au bulletin,
 Cass. Civ 2^{ème}, 18 novembre 2010, n° 09-16673, Non publié au bulletin, une société

Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} 14 décembre 2005 in www.lexinter.net/JF/bonne_foi

Assemblée plénière

Cass. Ass. Plén., 25 février 2000, « Costedoat », Bull. civ. N° 2 ; R. p. 257 et 315 ; GAJC, 11^{ème} éd., n° 217 ; BICC 15 avril 2000, concl. Kessous, note Ponroy ; D. 2000, p. 673, note Brun et somm. P. 467, obs. Delebecque ; JCP G 2000, II, n° 10295, concl. Kessous, note Billiau, JCP G 2^{°°} n° 26241, I, p. 1244, obs. Viney ; Gaz. Pal., 2002, II, 1462, note Rinaldi
 Cass. Ass. Plén., 14 déc. 2001, n° 00-82066

Cassation criminelle

Cass. crim . 19 déc. 1885
 Cass. crim. 16/03/1893
 Cass. crim. 26 juil. 1845, D., 1845, 1, p. 340
 Crim. 17 janvier 1952, Bull. Crim ;, n° 17, Crim. 5 janvier 1988, Bull. Crim. N° 5
 Cass. crim. 10 juin 1853, D.P. 1853, 1, p. 723
 Arrêt Watelet, trib. Correctionnel Seine, 11/03/1885 confirmé par C.A. de Paris le 5/05/1885, pourvoi rejeté par Cass. crim. Le 19/12/1885. Trois décisions in D. 1886, I, 347

Cass. crim., 7 mars 1989, Bull. crim., n° 109
 Crim. 14/03/1895, S, 1895, I, 375
 Cass. crim., 9 mai 1913 et
 Cass. crim., 8/05/47Affaire DECRAËNE,
 Cass. crim. ;, 31 mai 1949 (Bull. crim., n° 202 ; D., 1949, p. 347 ; Gaz. Pal., 1949, 2, p. 143 ;
 JCP G 1949, II, note Magnol ; S., 1949, 1, p. 126)
 Crim., 21 janvier 1954
 Cass. Crim. 22 Déc. 1966- Affaire BORDIER DALLOZ 1967, p. 122
 Cass. crim., 12 avril 1967 ; Bull. Crim . n° 116
 Cass. crim 27 juin 1967
 Crim. 20 déc. 1967, Bull. crim. n° 338 ; D. 1969. 309, note Lepointe ; Paris, 16 févr. 1966, D.
 1966. 618
 Cass. crim., 17 novembre 1969
 Cass. crim., 26 nov. 1969 (Bull. crim., n° 317)
 Cass. crim., 17 mai 1973 ; C A. de Toulouse, 7 mars 1975 ;
 Cass. Crim., 6 juillet 1977, Bull. crim. n° 255
 Cass. crim., 18 mars 1975 : Bull. crim. 1975, n° 79, p. 223
 Cass. crim. 17/06/80, J.C.P. 82, II, 19721, « , un ex-conjoint
 Cass. Crim. 5/06/1985, S., 1886, I, 86 ; D. 1886, I, 37 ; Concours médical 19/07/1986, 108-29
 Cass. crim., 7 nov. 1990, bull. crim. n° 372
 Crim. 7 mars 1994, Bull. n° 87, JCP 1994.II.22251, note Martin
 Crim. 20 sept. 1995, B n° 276
 Cass. crim., 23 janvier 1997
 Cass. crim., 8 avril 1998,
 Cass. crim., 20 oct. 1998 : D. 1999, 106, note Beignier ; JCP 99, II, 10044, note Loiseau,
 Crim. 16 mai 2000, Bull. crim. n° 192 ; D. 2002. Somm. 858, obs. B. Blanchard ; Dr. pénal
 2000. 127, obs. Véron
 Cass. crim. 19 septembre 2000, n° 99-83960,¹ Cass. crim., Arrêt 8 octobre 1997
 Cass. crim., 18 juin 2003, n° 02-85199 (Bull. crim., n° 127 ; D., 2004, p. 1620, note D.
 Rebut ; D., 2004, somm., p. 2751, obs. S. Mirabail ; D., 2005, p. 195, note A. Prothais ; Dr.
 pén., 2003, comm. 97, obs. M. Véron ; Dr. pén., 2003, chron. N° 25, A. Reinhard ; Dr pén.,
 2004, chron. N° 2, V. Malabat et J.-C. Saint-Pau ; JCP G 2003, II, 10121, note M.-L. Rassat ;
 LPA, 2003, n° 148, note M.-F. Steintelé-Feuerbach ; RSC, 2003, p. 781, obs. Y Mayaud) ;
 Cass. crim., 17 sept. 2003, n° 03-80524 (Bull. crim., n° 165 ; Dr. pén. 2004, p. 5, obs. M.
 Véron ; RSC, 2004, p. 86, obs. Y Mayaud ; RSC, 2004, p. 645, obs. J.-P. Delmas Saint-
 Hilaire
 Cass. crim., 7 avr. 2004 ; Bull. crim. 2004, n° 94
 Crim. 24 avr. 2007, Bull. crim. n° 108 ; AJ pénal 2007. 331, obs. C. Saas ; RSC 2007. 815,
 obs. Y. Mayaud, 838, obs. R. Finielz et 895, obs. J.-F. Renucci
 Cass. Crim. 27 octobre 2004, 04-81.513, Bull. 2004 n°259, p.969
 Cass. Crim. Assemblée Plénière 2 mars 2001 N° 00-81388
 Cass. crim., 16 mai 2000, Bull. crim., n° 192
 Cass. crim. 1^{er} juin 2005 : Bull. crim. n° 168 p. 592
 Cass. Crim., 8 septembre 2010, n° 09-85887, Non publié au bulletin

Chambre sociale de la cour de cassation

Cass. Soc. 27/04/67, J.C.P. 68, II, 15411, Note Savatier R. ; C.E. 11/02/72 Crochette, J.C.P. 1973, II, 17363 note Savatier R.
Cass. Soc. 01 juil. 72, J.C.P., 1972, IV, p. 92, G.P. 1973, 1, 22, « *L'obligation de respecter*
Cass. soc. 8 mars 1973 , n° 71-14655
Cass. soc., 15 janvier 1976, 1^{er} esp., n° 74-12841 : Bull. civ. V, n° 33 p. 27
Cass. soc. 22 mai 1984, 24 juin 1987
Cass. Soc., 12 juillet 1995, n° 93-12-196, Bull. civ. V, n° 242, p. 175 ; RJS 1995, n° 1046 ; D., 1996, somm. p. 45, obs. X. Prétot ; Dr. soc. 1995, 539, obs. X. Prétot ; 17 oct. 1996, n° 94-18.537, dame Ménard c/ CPAM Alpes-Maritimes : TPS 1996, comm. n° 511, obs. X. Prétot ; Cass. soc., 4 avril 1996, n° 94-12062 et 94-15785 ; 26 octobre 2000, n° 98-22211 ; 20 févr. 1997, n° 95-18.047, CPAM de Rouen c/ Gaétan : précité ; 5 juin 1998, n° 95-12.659, M^{me} Rieudebat c/ CPAM de Tarbes, arrêt n° 2863 D). (Cass. soc., 30 avr. 1997, Allain c/ CPAM de Paris préc.)
Cass.Soc., 27 mai 1999, n° 97-22.281, Bulletin 1999, V, n° 242, p. 176
Cass. Soc., 22 juin 2000. N°98-18312. Bulletin 2000 V N° 244 p. 191
Cass. soc. 1^{er} février 2001, Arrêt n° 441, Pourvoi n° 99-18.136 ;
Cass. soc. 21 mars 2002, Arrêt n° 1059, Pourvoi n° 00-17.132.
Cass. soc. 16 mai 2002, n° 00-17253
Cass soc 12 décembre 2002, Arrêt n° 3708, Pourvoi n° 01-20348
Cass. soc., 16 novembre 2004, n° 1759
Cass. soc., 19 décembre 2002, Bull. V, n° 403 ; 11 mars 2003, pourvoi n° 01-20.263 ;
Cass. soc., 12 juillet 2006, n° 1114, 1115, 1116
Cass. soc., 14 septembre 2006 - n° 1318
Cass. soc., 21 décembre 2006, n° 2205 et 2207
Cass. soc., 17 janvier 2007, n° 16
Cass. Soc., 12 mai 2010, n° 09-40997, Non publié au bulletin

Cour d'appel

CA Aix-en-Provence, 22 oct. 1906
CA Dijon, 18 nov. 1999, BICC n° 522, § 1181
CA Grenoble, 8 mars 2004, n° 02/01675
CA Lyon, le 4 septembre 1997
CA Paris, 25 nov. 1996, Juris-Data n° 023550
CA Paris, 1er mars 1935 - D.H. 1935-256 ;
CA Paris, 7 nov. 1994, Gros c/ CFE préc. ;
CA Paris, 17 oct. 1990 ; RD san. Soc. 1991, p. 452
CA Paris, 15 mai 2001, Juris-Data n° 148683
CA Paris, 8 mars 1906 ;
CA Paris, 12 sept. 2008, n° 05-15-716, n° 05-15-717, n° 05-15-719, n° 05-15-720, n° 05-15-721, n° 05-15-722, n° 05-15-723 et n° 05-15-733 ; ;
CA de Reims, 26 mai 2008, n° 07/01301, BICC n° 691 du 15 novembre 2008, inf. n° 1778

Conseil d'Etat

C.E., 31 juillet 1912 Société des granits porphyroïdes des Vosges et

C. E., 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection » au sujet des Caisses d'assurance sociale.

C.E. 12 avr. 1957, conclusions Gazier, D., 57, p. 336

CE Metivier, 15 février 1961 (Lebon p. 124)

CE, 24 avr. 1965, Hôpital-Hospice de Voiron, Lebon, p. 259 ;

C.E. 22 janv. 1982, Beau de Loménie, D. 1982, jur. 291, concl. Genevois

CE 22 janv. 1982, *Administration générale de l'Assistance publique: Lebon 32*

C.E. 22 janvier 1982, Beau de Loménie,

C.E., 7 oct. 1986

C. E. 1^{ère} et 4^{ème} sous-sections, 23 avril 1997

C. E., 27 oct. 1995 : D. 1996, 177 note Lebreton ; JCP 996, II, 22630, note Hamon ; Benetton Paris 28 mai 1996 : D. 1996, 617 note Edelman concernant la Jurisprudence lancer de nain

CE, 23 avril 1997, n° 138786 (

CE, 14 janvier 1998, Syndicat des médecins d'Aix et région, n° 184 735

CE, 27 avril 1998, n° 184473 et n° 184557, Cornette de Saint-Cyr (Lebon, p. 177 ; Contrats

CE 15 mars 1996, Guigon, n°146326

C. E., 5 janvier 2000, n° 181899, publié au Recueil Lebon

C. E. n° 211240 du 29/12/2000, affaire Gübblers Mitterrand C. E., arrêt 26 oct. 2001

CE 29 janv. 2003, *Assistance Publique Hôpitaux de Paris*, req. n° 214070: *Dr. adm. 2003, comm. 54 et 184 ;*

CE, 8 septembre 2005, « Ministre de la justice c/ M.X. », A

C.E. 26 sept. 2005, *Conseil National de l'Ordre des Médecin* n° 270234, A.J.D.A. 2006, 308, note J.P. Markus ; R.D.S.S. 2006. 53, obs. D Cristol ; D. 2005, I.R. 2545, obs. F Aubert. CE, 26 septembre 2005, n° 270234 (AJDA, 13 févr. 2006, p. 308, note J.-P. Markus ; Rev. Droit & Santé, 2006, n° 11, p. 297, note E. Giorgetti-de Saint Jean ; « Les recommandations de bonnes pratiques parfois susceptibles de recours », *Dr. adm. 2005, n° 11, comm. 162 ; JCP G 2005, n° 42, IV, 3300 ; « Modalités de communication du dossier médical », JCP A 2005, n° 41, act. 621 ; Gaz. Pal., 2006, jsp., n° 101).*

Conseil d'Etat, 9e sous-sect., 29 décembre 2006, n° 249617, AJFP 2007 p. 149

C. E. 18 juin 2007 n° 294699

CE 21 décembre 2007, Centre hospitalier de Vienne, n° 289328 : RDSS 2008, 567, obs. D. Cristol ; AJDA 2008, 235, chron. J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau

CE Section du contentieux, Conseil National des Barreaux et autres, Conseil des Barreaux Européens, n° 296845 et 296907, Req n° 29684510, avril 2008.

CE, 10 avril 2009, n° 28973 (Rev. Droit & Santé 2009, n° 30

CE, 10 avril 2009, n° 289794 (JCP A 2009, « Conditions de communication d'un dossier psychiatrique », n° 17, act. n° 500 ; Rev. Droit & Santé 2009, n° 30,

Tribunal de conflits

T.C., 22 janvier 1921 Société commerciale de l'Ouest africain, affaire dite du Bac d'Eloka

T. confl., 14 février 2000, n° 00-02929 (Bull. civ. N° 2 ; D. 2000, IR, p. 138 ; JCP G 2001, II, 10584, note J. Hardy,

Tribunal des Conflits, 20 novembre 2006, n°06-03.53° 3531 Un litige opposant un assuré à un praticien conseil

Conseil constitutionnel

Cons. const Décision n° 75-54 DC du 15 Janvier 1975 (IVG)
Cons. const., le 18 janvier 1978, décision n° 77-92 DC
Cons. Const. n° 78-101 DC du 17 janvier 1979 « loi relative aux conseils de prud'hommes » ;
Cons. Const n° 87-232 DC du 7 janvier 1988 relative à la mutualisation de la Caisse nationale de crédit agricole
Cons. const., 25-26 juin 1986
Cons. const n° 89-269 DC du 22 janvier 1990 « *convention régissant les rapports entre les caisses primaires d'assurance maladie et les médecins* »
Cons. const, décision n°90-283 du 8 janvier 1991 : consécration du principe constitutionnel de protection de la santé publique
Cons. Const. n° 90-287 DC du 16 janvier 1991 loi portant dispositions relatives à la santé publique et aux assurances sociales
Cons. const n° 91-296 DC du 29 juillet 1991
Cons. const n° 92-316 du 20 janvier 1993
Cons. const n° 93-325 DC, 13 août 1993 : Justices janv. 1995, p. 201, obs.Molfessis
Cons. Const. n° 93-330 DC du 29 décembre 1993
Cons. const., 27 juill. 1994, n° 94-343/344 DC
Cons Const. n° 94-352 DC du 18 janvier 1995 portant sur la « loi d'orientation et de programmation relative à la vidéosurveillance »
Cons. const., déc. n° 94-359 DC du 19 janv. 1995, Rec., p. 176 ;
Cons. const., 26 janv. 1995
Cons. Const. n° 96-387 DC du 21 janvier 1997
Cons. const n° 97-388 20 mars 1997
Cons. const., déc. n° 98-403, 29 juill. 1998, Rec., p. 276
Cons. const n° 98-405 du 29 décembre 1998
Cons. Const. n° 99-416-DC du 23 juillet 1999 « loi portant création d'une couverture maladie universelle »,
Cons. const n° 99-419-DC du 9 novembre 1999 « loi relative au pacte civil de solidarité »
Cons. const n°99-422-DC du 21 décembre 1999 « loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000 »
Cons. Const. 12 août 2004, n° 2004-504 DC
Cons. const du 11 décembre 2008 n° 2008-571 portant sur la loi de financement de la sécurité sociale pour 2009

CNIL

Avis C.N.I.L., délibération du 21 mars 95
Avis CNIL, 22 novembre 2005, délibération n° 2005-296
Avis C.N.I.L. du 20 février 2007

CADA

CADA 19 févr. 1987, *Agence nationale pour l'indemnisation des Français d'outre-mer: n° 1987020*
CADA 17 oct. 1996, *Sous-Préfet Draguignan: n° 1996336*
CADA 23 nov. 2000, *CH de Saint-Egrève, avis n° 2000-3867: 10^e rapp. 3*

CADA 11 janv. 2001, *CHU de Brest*, avis n° 2001-1087: 10^e rapp. 30
CADA 27 juin 2002, *Directeur du CH Bretagne-Atlantique*, n° 20022246 LB: *Rapport 2002*.
43 ;
CADA 19 déc. 2002, Min. Fonction publ., réforme État et Aménagement territoire, n°
20024609-CCF
CADA 1^{er} avr. 2004, *Directeur de l'ONIAM*, avis n° 200041039: *AJDA 2004. 1115*

Contentieux de l'incapacité

TCI de Paris, 6 octobre 2005, n° 000252AT05, soc. M/CPAM de la Sarthe
Trib. Contentieux de l'incapacité de Limoges, 4 avril 2008, audience 20080019, n°
000189AT07, soc. Madrange/CPAM 87 ;
Trib. Contentieux de l'incapacité de Nantes, 17 avril 2008, audience 20080073, n°
000091MP08, soc. SAS LDC Sable/CPAM du de la Mayenne
CNITAAT n° 06/00549, 20 juin 2007

CEDH

CEDH, 23 juillet 1968, affaire linguistique belge ; CEDH 21 févr., *Golder c/ RU*
CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A, n° 32, § 24 ;
CEDH *Dudgeon c. Royaume-Uni* 22 octobre 1981, Série A, n° 45, §§ 50 à 53
CEDH *Silver c. Royaume Uni* 25 mars 1983, Série A, n° 61, § 97 ;
CEDH 26 mars 1985, *X. et Y. c/ Pays-Bas*, § 23: Série A n° 91; Cah. dr. eur. 1988. 462, obs.
Cohen-Jonathan; RSC 1985. 629, obs. Pettiti; JDI 1986. 1082, obs. Rolland et Tavernier ; 9
oct. 1979, *Airey*, § 32: Série A n° 32; Cah. dr. eur. 1980. 470, obs. Cohen-Jonathan; Ann. fr.
dr. int. 1980. 323, obs. Pelloux; JDI 1982. 187, obs. Rolland ; 24 févr. 1998, *Botta c/ Italie*, §
34: RTDH 1999. 595, obs. Maurer
CEDH *Mac Leod c. Royaume Uni* 23 septembre 1988, Rec. 1998-VI, p. 2774 et s., §§ 52 et
53 ;
CEDH 19 déc. 1990, *Delta c/ France*, § 36 note 122, V. également
CEDH 15 juin 1992, *Lüdi c/ Suisse*, § 47: préc. note 122 ; 20 nov. 1989, *Kostovski c/ Pays-*
Bas, § 41: Série A n° 166; Ann. fr. dr. int. 1991. 602, obs. Coussirat-Coustère; JDI 1990. 738,
obs. Rolland et Tavernier.
CEDH, 16 décembre 1992, n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, Série A, n° 251-B, D. 1993,
somm. comm. p. 386, obs. J.-F. Renucci, RTDH 1993, p. 470, chron. Lambert et Rigaux
CEDH *Diennet c/ France* (26 septembre 1995, série A, n° 325-A)
CEDH 20 févr. 1996, *Lobo Machado c/ Espagne*, § 93: Rec. 1996-I ;
CEDH *Buckley c. Royaume-Uni* 25 septembre 1996 § 76
C.E.D.H. *Z c. Finlande* du 25 février 1997 sus-cité, « *Le respect du caractère confidentiel*
CEDH *Z c. Finlande* 25 février 1997, Rec. 1997-I, p. 323 et s. l'exigence de proportionnalité
CEDH 18 mars 1997, *Epx Mantovanelli c/ France*, à propos d'une expertise devant la
juridiction administrative, l'article 6 § 1 ayant vocation à être invoqué devant toute juridiction
C.E.D.H. 27 août 1997, n° 74/1996/683/885, *M.S. c. Suède*
CEDH 20 mai 1998, *Gautrin et autres c/ France*, § 42: Rec. 1998-III ; 26 sept. 1995, *Diennet*
c/ France, § 33: préc. note 29-3 ; 22 févr. 1984, *Sutter c/ Suisse*, § 26: Série A n° 74 ; 8 déc.
1983, *Pretto et autres c/ Italie*, § 21: Série A n° 71; RSC 1984. 140, obs. Pettiti; Ann. fr. dr.
int. 1984. 453, obs. Pelloux; JDI 1985. 228, obs. Rolland et Tavernier ; 24 nov. 1997, *Werner*
c/ Autriche, § 45: préc. note 16 ; 8 déc. 1983, *Axen c/ Allemagne*, § 25: Série A n° 72; RSC

1984. 139, obs. Pettiti; Ann. fr. dr. int. 1984. 451, obs. Pelloux; JDI 1985. 228, obs. Rolland et Tavernier

CEDH Ouendeno c/ France, 9 janvier 2001, n° 39 996/98

CEDH 9 juin 2001, Atlan c/ Royaume-Uni: JDI 2001. 270, obs. Bachelet ; 2 oct. 2001, G.B. c/ France: JDI 2001. 270, obs. Bachelet

CEDH, 25 février 2003, Roemen et Schmit c. Luxembourg;

CEDH 18 mai 2004, Société Plon c/ France

CEDH, 15 février 2005, Steel et Morris c/ Royaume-Uni, n° 68416/01,

Arrêt concernant l'affaire Augusto c. France, Première section, Requête n° 71665/01, 11 janvier 2007

CEDH, 24 juillet 2008, André et autre c. France

CEDH, 21 janvier 2010, req. n° 43757/05 : Xavier Da Silveira c/ France

CJCE

CJCE arrêts « Poucet » et « Pistre » du 17 février 1993

CJCE, 18 mai 2000, Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique, aff. C-206/98, Rec. p. I-3509

CJCE Bodil Lindqvist 6 novembre 2003, C-101/01

CJCE Halifax 2006 et Part Services 2008

Directives, circulaires et lettres-réseau

CNIL – *Guide du Correspondant Informatique et Libertés, Rôle du Correspondant Informatique et Libertés*

Directive n°95/46/CE, du Parlement et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE, L 281, novembre 95, p.31 à 50

Décision de la Commission 2001/497/CE du 15 juin 2001 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers les pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE, JOCE, L 181, 4 juillet 2001, p.19

Conseil de l'Union européenne, EU-US Summit, 12 June 2008. Final Report by EU-US High Level Contact Group on information sharing and privacy and personal data protection, doc. 9831/08, Bruxelles, 28 mai 2008, p. 2

Courrier juridique des affaires sociales et des sports, n° 84, septembre octobre 2010

LETTRÉ-RÉSEAU LR-DDO-18/2009, 29/01/2009, confidentialité, 4 p., non publiée

Circulaire CNAMTS n° 74/2002 du 14 mai 2002, non publiée

LR DSM-56/2003 du 26/09/2003 reprenant l'ensemble des dispositions applicables suite à la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, non publiée

Conférence Nationale de Santé, Avis sur les données de santé informatisées, Adopté par l'assemblée plénière le 19 octobre 2010, 11 p.

lettre ministérielle DSS – SDFATHM – Bureau AT - n° 85-178 R du 17/02/1986 diffusée par circ. DGR 1921 du 15/04/1986 – BJ.Ib n° 29-86-E3

Circulaire DDRI n° 5/99 ENSM n° 5/99 du 1er mars 1999 non publiée

LR/ DRM/129/2004 du 05/10/2004 présentant les modifications intervenues suite à la réforme du contentieux technique de la sécurité sociale et ses conséquences pour les services administratifs. non publiée

LR-DSM 7/2004 du 27/01/2004 conditions de respect du secret médical lors de la communication des pièces médicales et possibilités d'intervention du praticien conseil informant l'expert désigné par le tribunal ou en tant que représentant les caisses d'assurance maladie. non publiée

LR-DAJI-2/2008 du 24/07/2008 non publiée

LR/ DSM/7/2004 du 27/01/2004 Possibilités d'intervention des praticiens conseils et communication de pièces médicales suite à la réforme du contentieux technique de la Sécurité Sociale, non publiée

LR/ DRM/129/2004 du 05/10/2004 présentant les modifications intervenues suite à la réforme du contentieux technique de la sécurité sociale et ses conséquences pour les services administratifs, non publiée

Lettre-Réseau LR-DDO-165/2009 du 26 octobre 2009 complétée par la Lettre-Réseau LR-DDO-175/2009 du 9 novembre 2009, non publiées

Lettre-Réseau LR/DDO/55/2011 du 17/03/2011 Protection des données médicales à caractère personnel envoyés aux registres de morbidité⁴ p., non publié

Lettre-réseau LR-DSM-3/2001 du 15/11/2001 Transmission de données médicales nominatives aux registres de morbidité, non publiée

Lettre-réseau LR-DSM-9/2001 du 12/12/2001 Etude de la concordance entre les données des registres du cancer et des ALD 30 sur les cancers thyroïdiens, non publiée, Le texte évoque l'accident de Tchernobyl de 1986

LR EQ-DDGOS-3/2010, non publiée

LR EQ-DDGOS-7/2010 du 19 juillet 2010, non publiée

LETTRE-RÉSEAU LR-DDGOS-15/2010, 02/03/2010, Ouverture du service Ald en ligne - Votre espace pro, p. 6, Non diffusé

Lettre-Réseau LR-DDO-178/2009, 10/11/2009

Lettre-Réseau LR/DDO/132/2010, Accès des Directeurs Coordonnateurs au Système Informationnel de l'Assurance Maladie, 09/07/2010, non publiée.

LETTRE-RESEAU : LR/DDO/178/2010, Nouvelle Réglementation Européenne en matière de coordination de l'assurance maladie, 16/09/2010, Principales dispositions du Règlement 883/04 et ses conséquences pour l'Assurance Maladie (art. 17 à 35 RB), non publiée

Procédure validée par un courrier de la C.N.I.L. du 26 mars 2001 et par un avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 10 novembre 2000

Circulaire CRIM 2004-04 E8 du 14 mai 2004 portant sur les dispositions de la loi loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

circulaire CRIM 97-13 E1 du 24 novembre 1997

La lutte contre les fraudes à l'Assurance maladie, Guide des bonnes pratiques – Gendarmerie Nationale/Assurance Maladie/Police Nationale-4 juillet 2008, non publié

Circulaire de la DACG no CRIM 08-15/G4 du 29 septembre 2008 concernant la présentation des dispositions issues du décret no 2008-371 du 18 avril 2008 relatif à la coordination de la lutte contre les fraudes et créant une délégation nationale à la lutte contre la fraude et de l'arrêté du 6 août 2008 fixant la liste des comités locaux de lutte contre la fraude, leur composition et leurs règles d'organisation et de fonctionnement, NOR : JUSD0823221C, 30 décembre 2008. – JUSTICE2008/6 – Texte 23/28 – 8 p.

La Garde des sceaux, Ministre de la justice, le Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique, NOR : JUS D 0910390C, n° Circulaire : Crim-09-5/G3-06 mai 2009

Référence : SDJPS 07-F-790-C1, Objet : Lutte contre la fraude aux prestations sociales, 16 p.
Convention de partenariat pour le contrôle, à titre expérimental, du 26 mars 2010, JORF n°0102 du 2 mai 2010, Texte n°30, NOR: SASX1011720X ; Convention-cadre nationale du 25 juin 2010 relative au contrôle, à titre expérimental, des arrêts de travail des fonctionnaires hospitaliers par les caisses primaires d'assurance maladie et les services du contrôle médical placés près d'elles ; JO 15 septembre 2010, NOR : SASX1023557X

Règlement du parlement Européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, Bruxelles, le 17 juillet 2009, 2006/0006 (COD), PE-CO_S 3646/09, SOC 312, CODEC 697

Règlement du parlement Européen et du Conseil fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, Bruxelles, le 17 juillet 2009, 2006/0006 (COD), PE-CO_S 3646/09, SOC 312, CODEC 697 p. 118 Article 87 dispositions diverses transitoires et finales

Table alphabétique des matières

(Les chiffres renvoient aux numéros de page)

A

Abus : 39, 429
Abus (de droit) : 56, 112, 175, 191
Agrément : 99, 428
Anonymat : 9, 428
Applicatifs : 93
Archivage : 46, 94 et s., 158
Article 9 du code civil : 17
Article 226-13 du code pénal : 6, 10 et s., 19, 75, 141
Article 226-14 du code pénal : 9, 75
Article L. 315-1 css : 38, 90, 106
Assermentation : 99
Assistant service social : 68
Assuré social : 47
AT-MP : 97 et s., 175 et s., 206 et s., 256
Autorité légitime (ordre) :
Autorité parentale : 120
Authentification :
Avocat : 50, 117 et s., 254
Ayant cause : 203
Ayant droit : 203

B

Baïonnettes intelligentes : 299
Bonne foi : 112, 196, 403, 405

C

CADA : 133, 253
Certificats : 101, 295, 353
Chance (perte) : 146
Chiffrement : 158
CIVI : 123
CNITAAT : 221 et s., 252
Confiance : 173
Confidentialité : 83 et s.
Consentement : 36, 90, 125, 151, 162
Consommation (Droits) : 434
Consultation : 227, 243
Contradictoire : 207, 241 et s.
Contrôle médical (service) : 48, 375
Contentieux technique : 221 et s.
Contrainte : 237, 300 et s.
Contrat : 412

Contrôle : 30, 37 et s., 354, 363, 369 et s.
Contrôle (identité) : 376
CRA : 51
CRRMP : 103, 122 et s., 208, 210 et s.
CRCI : 121
Cryptologie : 158
Curatelle : 116

D

Dangerosité : 306 et s.
Défense (droits) : 56
Dématérialisation : 158
Dénonciation : 311 et s.
Déontologie : 11, 41
Dépénalisation : 265 et s.
Devoir : 4, 430
Dignité : 17 et s., 24, 37, 55 et s.
DIM : 67 et s.
Disciplinaires (juridiction) : 18
Discrétion : 20, 416
DMP : 91, 163, 280
Document : 127
Dol : 260
Données : 29
Données (accès) : 87
Données (personnelles) : 29
Données (personnelles de santé) : 30
Données (sensibles) : 32
Dossier médical : 98, 100, 247, 256
Droit(individuel) : 51

E

Egalité : 357, 415
Empêchement légitime : 234
Employeur : 176 et s., 206 et s., 240 et s., 258 ets.
Enquête administrative : 99
Entente préalable : 214, 354 et s.
Equilibre financier : 343
Equité : 185
Erreur (droit) : 303
Erreur (fait) : 302
Etat antérieur : 230, 247, 261
Expert : 241 et s., 248
Expertise : 72, 122, 227, 238 et s.
Expertise (conclusion) : 217
Expertise (judiciaire) : 219 et s.
Expertise (L. 141-1) : 213 et s.
Expertise (nomenclature) : 219 et s.

Expertise (rapport) : 217

F

Fair information : 89
Faits justificatifs : 296
Faute : 143 et s.
Fiction : 231 et s.
Finalité (principe) : 33 et s., 82, 86, 183
Flagrance : 317
Formalisme : 212
Fonction : 65, 68
Fraude : 371 et s.
Fullfill (to) : 60
FIVA : 123
FGAO : 123

G

Gestion du risque : 348, 384

H

Hippocrate : 95
Homme (Déclaration des droits de l') : 54
Homme (droits de l') : 53, 58, 60
Homologation : 336

I

Imputabilité (non) : 300
Indépendance : 418
Individualisme : 23
Information : 34 et s., 63, 76 et s., 85 et s., 90 et s., 100, 110, 125, 148 et s., 208 et s., 395 et s., 398
Inopposabilité : 235, 254, 257
Interdisciplinarité : 45
Intérêts : 52, 64, 120, 177 et s., 228 et s., 241, 255, 279 et s., 406 et s., 409

L

Légalité (principe) : 13
Légitime (défense) : 297
Liberté de prescription : 405
Libertés (publiques) : 442
Licéité : 34
Loi informatique et liberté : 29, 33 et s., 87, 103
Loyauté : 174, 183, 200, 404

M

Maîtrise (médicalisée) : 349
Maîtrise (secret) : 51, 72 et s.
Mandat : 52, 116, 248

Méconnaissance de la loi : 304
Médecin (conseil employeur) : 262
Médecin (travail) : 261
Menace : 306
Mineur : 121
Moral (préjudice) : 148
Morale : 4, 23

N

Nécessité (état) : 301
Nomenclature : 367
Non-matérialisation : 158
Numérisation : 158

O

Obéissance passive : 299
Objectif (droit) : 61
Opposition (droit à) : 87, 71, 161, 424
Ordre (professionnel) : 330
Ordre de la loi : 296
Ordre public : 64, 316
Oubli (droit à) : 98, 334

P

Patient : 47
Patrimoniaux (droits) : 62
Perquisition : 328
Personnes protégées : 115
Praticien conseil : 37, 92, 129, 135, 159, 256
Présomption d'imputabilité : 228
Privacy : 90 et s.
Profession : 11
Profilage : 391
Proportionnalité (principe) : 86, 183, 240, 407
Protection (des données) : 47, 81
Protection (des droits) : 53, 358
Protection (santé) : 279
Protocole : 216, 367
Publicité : 8, 54, 257

Q

QPC : 254

R

Recours contre tiers : 368 et s.
Rectification (droit à) : 87
Régulation : 441
Remboursement : 388

Réquisition : 317 et s.
Réserve (obligation) : 417
Responsabilité : 88, 141 et s., 430 et s.
Rétractation : 236
Révélation : 291 et s.

S

Safe harbour : 89
Saisie : 327 et s.
Santé publique : 285, 305
Sauvegarde de justice : 116
Scellés : 330
Scoring : 391
Secret : 1 et s., 10 et s., 26, 42 et s., 91 et s., 110 et s., 246, 282, 366
Secret (conventionnel) : 64
Secret (dérogation) : 74 et s., 98, 285
Secret (levée) : 74
Secret (médical) : 5, 13, 16 et s., 36, 64, 246, 256
Secret (partagé) : 27, 70, 104 et s., 134, 239
Secret (professionnel) : 6, 18, 36, 41, 60 et s., 332, 397 et s., 416 et s.
Secret (renonciation) : 74
Secret (violation) : 8, 131, 249, 372, 425
Secrétaires : 67
Sécurité(principe) : 86
Self regulation : 90
Serment : 1
Signalement : 310 et s.
Simmel : 22 et s.
Sociabilité : 23
Soins (panier) : 387
Standardisation : 336
Statut : 40, 65
Subjectif (droit) : 62

T

TASS : 50
TCI : 51
Télémédecine : 71, 338
Télétransmission : 363, 426 et s.
Témoignage : 294
TIM : 67,72
Traçabilité : 159
Trahison : 175
Transfrontière : 421
Transmission : 26, 42 et s., 62, 72, 75, 130, 231
Transmission (des données personnelles de santé) : 43 et s.
Transparence : 77, 100, 282
Trouble mental : 300

Tutelle : 116

U

Utilitarisme : 24

V

Vie privée : 8 et s., 30 et s., 55, 70, 343

Vitale (carte) : 422

Volonté : 4, 10, 72

Table analytique des matières

| | |
|--|----|
| Introduction | 1 |
| Section 1 Le secret..... | 1 |
| Sous Section 1 Le serment d’Hippocrate | 2 |
| Sous Section 2 Un devoir professionnel..... | 2 |
| § 1 L’absence initiale de définition du secret médical | 3 |
| § 2 La définition pénale de la violation du secret..... | 4 |
| 1 Les éléments constitutifs du secret pénal | 5 |
| 2 Les limites du délit pénal..... | 9 |
| § 3 La définition du secret | 10 |
| 1 Les définitions du code de la santé publique | 10 |
| Sous section 3 La notion de sanctions | 12 |
| § 1 Le code pénal..... | 12 |
| § 2 Le code de la santé publique..... | 12 |
| § 3 La possibilité d’extension de l’application des textes | 13 |
| Sous section 4 Les autres textes évoquant le secret..... | 14 |
| § 1 Les textes à caractère général | 14 |
| 1 Au niveau international | 14 |
| 2 Au niveau européen | 15 |
| 3 Au niveau national..... | 15 |
| § 2 Les textes particuliers | 15 |
| 1 Le code de la santé publique..... | 15 |
| 2 Le code de la sécurité sociale | 16 |
| Sous section 5 La signification du secret | 16 |
| § 1 Le secret médical comme secret professionnel | 17 |
| 1 La notion de secret professionnel | 17 |
| 2 Des spécificités du secret médical | 17 |
| § 2 Le secret comme ordre de grandeur | 18 |
| § 3 Le secret comme une technique car elle autorise la révélation de confidences | 18 |
| 1 Une obligation de communication ancienne | 19 |
| 2 Une nécessité de communication | 20 |
| Section 2 La protection des données personnelles de santé | 26 |
| Sous section 1 Les fondements de la protection des données personnelles de santé..... | 26 |
| § 1 La naissance du droit de la protection des données..... | 26 |
| § 2 Définitions | 27 |
| 1 Les données | 27 |
| 2 Les données à caractère personnel..... | 28 |
| 3 Les données relatives à la santé..... | 28 |
| 4 Les données personnelles de santé | 28 |
| 5 Les données sensibles..... | 30 |
| Sous section 2 Les outils de protection des données..... | 31 |
| § 1 Les moyens pouvant être mis en œuvre | 32 |
| § 2 L’application des concepts | 34 |

| | |
|---|----|
| Section 3 La place des praticiens conseils..... | 35 |
| Sous section 1 La notion de lien contractuel | 35 |
| § 1 Le lien contractuel entre le malade et le médecin | 35 |
| § 2 L'absence de lien contractuel entre assuré et praticien conseil | 36 |
| Sous section 2 Les missions du praticien conseil | 36 |
| Sous section 3 Les pouvoirs du service du contrôle médical | 37 |
| § 1 Une compétence générale d'appréciation des éléments médicaux..... | 37 |
| § 2 Un pouvoir de constat des abus médicaux..... | 38 |
| Sous section 4 Les praticiens conseils et le secret professionnel | 38 |
| § 1 Statut et convention collective..... | 38 |
| § 2 L'obligation au secret professionnel et la transmission de données..... | 39 |
| 1 La déontologie | 40 |
| 2 La transmission d'information | 41 |
| Section 4 Objet, objectif et limites de notre travail | 41 |
| Sous section 1 Un double regard sur le sujet..... | 42 |
| Sous section 2 L'objectif du travail..... | 43 |
| Sous section 3 Les limites du travail | 44 |
| § 1 Un objectif limité..... | 44 |
| § 2 Des limitations techniques..... | 45 |
| Partie I Le contrôle médical et les droits individuels | 49 |
| Titre I Le contrôle médical et les droits individuels de l'assuré social | 51 |
| Chapitre 1 Les fondements de la protection des droits individuels de l'assuré social | 51 |
| Section 1 Les droits de l'Homme | 51 |
| Sous section 1 L'historique des droits de l'Homme..... | 51 |
| § 1 Les textes fondamentaux | 52 |
| 1 La Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789 | 52 |
| 2 la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1793 | 52 |
| 3 La Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales | 52 |
| 4 La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne | 53 |
| § 2 Le droit national | 54 |
| 1 La constitution | 55 |
| 2 Les différents codes | 56 |
| § 3 La conception de générations successives des droits de l'Homme..... | 57 |
| 1 La première génération des droits de l'Homme | 57 |
| 2 La deuxième génération des droits de l'Homme..... | 57 |
| 3 La troisième génération des droits de l'Homme | 58 |
| Sous section 2 Les principes fondamentaux..... | 58 |
| § 1 Une dimension multiple..... | 59 |
| § 2 La dignité de la personne humaine | 59 |
| 1 Les textes fondamentaux | 60 |
| 2 Droit objectif ou droit subjectif | 60 |
| Section 2 Le partage du secret professionnel | 61 |
| Sous section 1 Les fondements du secret professionnel et de la transmission de données | 62 |
| § 1 L'évolution du fondement du secret médical | 62 |
| 1 La théorie contractuelle | 62 |
| 2 Secret médical et ordre public | 63 |

| | |
|--|----|
| 3 Secret et intérêts sociaux | 63 |
| § 2 Secret par statut ou par fonction | 63 |
| 1 Les professionnels qui sont tenus au secret par état | 64 |
| 2 Les professionnels qui sont tenus au secret par mission ou fonction | 67 |
| 3 L'extension du champ de la communication | 68 |
| § 3 Le secret partagé | 69 |
| Sous section 2 La volonté du patient | 71 |
| § 1 Le droit de maîtriser le secret | 71 |
| 1 Le malade dispose de son secret | 72 |
| 2 L'information du patient | 75 |
| Chapitre 2 La protection des données à caractère personnel au sein de l'Assurance Maladie | 80 |
| Section 1 Protection et traitement des données | 80 |
| Sous section 1 Les définitions | 81 |
| Sous section 2 La classification de confidentialité | 82 |
| § 1 Les niveaux de confidentialité | 82 |
| § 2 Les attributs | 83 |
| Sous section 3 L'accès aux données | 83 |
| § 1 Les possibilités d'interrogation | 83 |
| § 2 L'obligation d'information préalable | 83 |
| 1 La responsabilité de l'information | 84 |
| 2 Le mode d'information | 84 |
| Section 2 Les fondements de la protection des données personnelles de santé informatiques | 85 |
| Sous section 1 Le droit national | 85 |
| Sous section 2 Le droit européen | 86 |
| Sous section 3 La mondialisation des données | 87 |
| Section 3 L'obligation au respect du secret par les agents du service du contrôle médical | 90 |
| Sous section 1 Les personnels concernés | 91 |
| § 1 Sous section 1 Les praticiens conseils | 91 |
| § 2 Le personnel non médical | 93 |
| Sous section 2 La sécurité des données | 94 |
| § 1 Les outils de travail | 94 |
| 1 Les applicatifs de la caisse primaire d'assurance maladie | 94 |
| 2 Les outils de saisie de l'activité du Service du contrôle médical | 94 |
| § 2 Les supports de conservation | 95 |
| 1 Le dossier papier | 95 |
| 2 Les dossiers sur supports informatiques | 95 |
| Sous section 3 L'archivage des données de santé | 95 |
| § 1 L'archivage des documents administratifs | 96 |
| § 2 L'archivage au sein du service du contrôle médical | 97 |
| 2-1 La durée de conservation des pièces | 97 |
| 2-2 Le droit à l'oubli | 98 |
| Sous section 4 Certaines particularités de la communication dans le régime accident du travail et maladies professionnelles | 98 |
| § 1 La communication d'informations à l'assuré | 99 |
| § 2 Composition du dossier | 99 |

| | |
|---|-----|
| 2-1 Les pièces médicales | 99 |
| 2-2 L'enquête administrative..... | 100 |
| Chapitre 3 L'assuré social et la transmission des données..... | 101 |
| Section 1 « Médecine sociale » et secret partagé | 102 |
| Sous section 1 Les organismes de protection sociale..... | 103 |
| Sous section 2 L'accès aux documents par l'assuré..... | 104 |
| § 1 Les sources des documents soumis à communication..... | 107 |
| § 2 La demande de l'assuré social..... | 108 |
| 1 L'assuré maîtrise la dérogation à la règle du secret..... | 109 |
| 2 Le patient ne maîtrise pas la dérogation à la règle du secret | 112 |
| 3 Commissions et fonds d'indemnisation..... | 120 |
| 4 L'absence de communication dans l'intérêt du malade..... | 122 |
| § 3 La notion d'information | 123 |
| 1 La teneur de l'information | 124 |
| 2 Les personnes pouvant accéder aux informations administratives..... | 132 |
| 3 La justification de l'obligation d'information par le praticien conseil..... | 133 |
| Sous section 3 La place du praticien conseil dans l'obligation d'information..... | 138 |
| § 1 L'absence d'obligation d'information sur les risques des actes de soins..... | 138 |
| § 2 La responsabilité du salarié de l'Assurance Maladie | 139 |
| 1 La responsabilité pénale | 139 |
| 2 La responsabilité civile..... | 141 |
| 3 Le risque de sanction disciplinaire | 142 |
| 4 La responsabilité médicale | 143 |
| Section 2 Le consentement à la transmission de données de santé | 149 |
| Sous section 1 Le consentement du patient..... | 150 |
| § 1 Le fondement de l'obligation du consentement | 150 |
| 1 les textes fondamentaux..... | 150 |
| 2 Un principe constitutionnel | 151 |
| 2 La notion de consentement en droit français | 152 |
| § 2 Le consentement dans la relation thérapeutique..... | 153 |
| Sous section 2 Le formalisme du consentement pour la transmission des données | 154 |
| § 1 la forme du consentement..... | 154 |
| 1 Un formalisme contraint..... | 155 |
| 2 La preuve du consentement | 156 |
| § 2 Les spécificités du consentement au sein de l'assurance maladie..... | 158 |
| 1 La place des praticiens conseils..... | 158 |
| 2 Le consentement tacite à la gestion informatisée des données..... | 158 |
| § 2 Un consentement dématérialisé | 160 |
| § 3 Une présomption de consentement..... | 161 |
| Sous section 3 Des exemples pratiques associés à la notion de consentement | 162 |
| § 1 Le dossier médical personnel | 162 |
| 1 Un exemple d'informatisation du dossier..... | 162 |
| 2 D.M.P. et consentement exprès du patient | 163 |
| 3 Les difficultés liées au D.M.P. | 165 |
| § 2 Consentement et assurance..... | 166 |
| Sous section 2 Les poursuites en cas de défaut de respect du consentement | 167 |
| § 1 Sur le plan pénal | 167 |

| | |
|---|-----|
| § 2 Sur le plan civil..... | 168 |
| § 3 Sur le plan administratif | 168 |
| Titre 2 Les droits individuels des autres intervenants | 171 |
| Chapitre 1 Les fondements des droits des autres intervenants | 175 |
| Section 1 Les justifications de l'intérêt légitime de l'atteinte au secret | 176 |
| Sous section 1 Une hiérarchisation entre les droits et libertés | 176 |
| § 1 Respect du principe de proportionnalité | 177 |
| § 2 Les droits de la défense | 178 |
| Sous section 2 L'encadrement de l'atteinte du secret..... | 180 |
| § 1 Le consentement de la personne concernée par les informations..... | 180 |
| § 2 La légitimité de la communication | 180 |
| 1 Les principes justifiant la communication..... | 181 |
| 2 L'application nationale des principes | 182 |
| Sous section 3 Le droit à un procès équitable | 183 |
| § 1 La justification de l'équité | 183 |
| § 2 Equité subjective ou objective..... | 185 |
| 2-1 L'équité peut être objective et normative..... | 185 |
| 2-2 L'équité peut être subjective ou judiciaire | 187 |
| Sous section 4 Efficacité et effectivité du droit | 187 |
| Section 2 Une nécessaire limitation de l'intérêt légitime de l'atteinte au secret | 189 |
| Sous section 1 L'abus de droit..... | 189 |
| § 1 Historique de l'abus de droit | 189 |
| § 2 Un droit actuel | 191 |
| § 3 L'abus et le droit européen | 192 |
| § 4 L'abus et le droit national..... | 193 |
| Sous section 2 Bonne et mauvaise foi | 194 |
| § 1 Définition de la bonne foi..... | 195 |
| § 2 Les comportements contraires à la bonne foi | 196 |
| Sous section 3 La loyauté contractuelle | 198 |
| Chapitre 2 L'application du droit des autres intervenants et l'assurance maladie | 200 |
| Section 1 Les ayants droit..... | 201 |
| Sous section 1 les définitions | 201 |
| § 1 L'ayant droit | 201 |
| § 2 L'ayant cause..... | 201 |
| Sous section 2 Les droits de l'ayant droit..... | 201 |
| Section 2 Les droits de l'employeur | 204 |
| Sous section 1 La communication d'informations à l'employeur | 204 |
| § 1 Le droit légal à l'accès dans le cadre de la législation de l'assurance maladie | 205 |
| § 2 L'obligation d'information renforcée des employeurs..... | 205 |
| 1 Les maladies professionnelles | 206 |
| 2 Le comité régional de reconnaissance des maladies professionnelles. | 208 |
| § 3 L'obligation de respect du formalisme..... | 210 |
| Sous section 2 la communication dans le cadre du contentieux de la sécurité sociale | 210 |
| § 1 Les voies de recours du code de la sécurité sociale..... | 211 |
| 1 L'expertise de l'article L. 141-1 du code de la sécurité sociale | 211 |
| 2 Les autres expertises du code de la sécurité sociale | 217 |

| | |
|---|-----|
| 3 Le recours contre une décision administrative | 219 |
| § 2 Des difficultés persistantes liées à la composition du tribunal | 224 |
| 1 L'absence des professionnels de santé pour les parties | 224 |
| 2 Les médecins consultants | 225 |
| § 3 Les difficultés soulevées par la nouvelle organisation des juridictions du contentieux technique | 225 |
| 1 L'association de plusieurs intérêts légitimes | 225 |
| 2 La difficulté de la preuve | 226 |
| 3 Les difficultés de communication | 228 |
| 4 Des décisions de justice contradictoires | 231 |
| 5 Des revirements de jurisprudence | 235 |
| 6 Des propositions de Loi | 241 |
| 7 Un amendement de la loi portant réforme de l'hôpital et relatif aux patients, à la santé et aux territoires, | 243 |
| 8 Une extension de l'application des demandes | 252 |
| 9 La publicité de l'audience | 254 |
| Chapitre 3 Le devenir du secret | 256 |
| Section 1 L'évolution de la protection du secret au sein de l'assurance maladie | 256 |
| Sous section 1 La place du praticien conseil | 256 |
| Sous section 2 L'absence de définition du dossier | 256 |
| Sous section 3 Une volonté de disparition du secret médical | 257 |
| Section 2 Le devenir du secret envers l'employeur | 258 |
| Sous section 1 L'obligation d'information de son employeur par le salarié | 258 |
| § 1 Les obligations de l'employeur | 258 |
| § 2 Les droits de l'employeur | 259 |
| § 3 La possibilité d'un dol | 260 |
| Sous section 2 Le médecin du travail | 262 |
| Sous section 3 Le médecin contrôle mandaté par l'employeur | 263 |
| Section 3 Les possibilités d'évolution des mécanismes de sanction | 264 |
| Sous section 1 Définitions | 265 |
| Sous section 2 L'intérêt de la dépenalisation de la violation du secret | 267 |
| Sous section 3 Les mécanismes de substitution et leur conséquence | 268 |
| § 1 Les mécanismes civils | 269 |
| § 2 Les mécanismes administratifs | 269 |
| § 3 Des mécanismes actuels de sanction adaptés | 270 |
| Conclusion de la première partie | 271 |
| Partie II Le contrôle médical et les droits de la société | 275 |
| Titre 1 La transmission des données personnelles de santé et la protection de la société .. | 278 |
| Chapitre 1 Les fondements de l'intérêt de la société | 279 |
| Section 1 Le droit à la protection de la santé | 279 |
| Section 2 Intérêt de la société ou intérêt général | 280 |
| Sous section 1 L'intérêt général | 280 |
| Sous section 2 La protection de la société | 281 |
| Sous section 3 La conciliation des intérêts | 282 |
| § 1 transparence et secret | 282 |
| 1 Le droit à la transparence | 283 |
| 2 Le refus de la transparence | 284 |
| Section 3 Les objectifs de santé publique, la justice et la protection de la société | 285 |

| | |
|--|-----|
| Sous section 1 Les dérogations au secret..... | 285 |
| § 1 Les objectifs de santé publique..... | 286 |
| 1 Les dérogations légales obligatoires..... | 286 |
| 2 Les dérogations légales facultatives..... | 287 |
| 3 Les demandes portant sur des programmes visant à la protection de la santé publique..... | 288 |
| § 2 Les objectifs de protection de la société..... | 290 |
| 1 Les révélations obligatoires..... | 290 |
| 2 Les révélations facultatives..... | 291 |
| Sous section 2 La transmission de données personnelles de santé et les relations avec la justice..... | 291 |
| 1 Les conditions des révélations..... | 292 |
| 2 Le comportement du professionnel de santé devant les juridictions..... | 294 |
| 3 Les faits justificatifs..... | 296 |
| La contrainte morale d'origine externe..... | 301 |
| La contrainte morale d'origine interne..... | 301 |
| Chapitre 2 Les risques d'atteinte du secret professionnel et le service du contrôle médical dans le cadre de la santé publique et de la justice..... | 304 |
| Section 1 Le service du contrôle médical et la santé publique..... | 305 |
| Sous section 1 Les spécificités de l'Assurance maladie..... | 305 |
| Sous section 2 Un impératif de protection de la société..... | 306 |
| Section 2 Le service du contrôle médical et la justice..... | 306 |
| Sous section 1 La menace et la dangerosité..... | 306 |
| § 1 La menace..... | 307 |
| § 2 La dangerosité..... | 307 |
| 1 La dangerosité d'un assuré social..... | 307 |
| 2 Le constat de dangerosité de la pratique d'un professionnel de santé..... | 314 |
| 3 La communication dans l'intérêt de l'ordre public..... | 315 |
| Sous section 2 La réquisition judiciaire au sein de l'assurance maladie..... | 317 |
| § 1 La notion de flagrance..... | 317 |
| § 2 Les réquisitions..... | 318 |
| 1 Réquisitions à personnes qualifiées..... | 319 |
| 2 La justification de la transmission..... | 322 |
| 3 Les possibilités de choix du médecin..... | 325 |
| 4 Les possibilités de sanction..... | 326 |
| Sous section 3 La saisie de données personnelles de santé..... | 327 |
| Chapitre 3 Propositions d'évolution..... | 332 |
| Section 1 La propriété du secret professionnel..... | 332 |
| Sous section 1 Une possibilité d'atteinte à la propriété..... | 332 |
| Sous section 2 Un concept inadapté..... | 333 |
| Section 2 Un droit à l'oubli..... | 333 |
| Section 3 Evolution de la protection..... | 334 |
| Sous section 1 La protection adéquate..... | 334 |
| Sous section 2 Perspectives européennes..... | 336 |
| § 1 Le principe « d'homologation » au cas par cas des lois étrangères..... | 336 |
| § 2 La contractualisation et la standardisation des principes de la directive..... | 336 |
| § 3 Engagements unilatéraux et règles contraignantes d'entreprise..... | 336 |
| § 4 Accords bilatéraux..... | 336 |

| | |
|---|-----|
| § 5 Autorégulation et normalisation technique..... | 337 |
| 1 « Pression populaire », autorégulation et code de conduite sectoriel..... | 337 |
| 2 Normalisation technique..... | 337 |
| Sous section 3 Les doutes sur l'avenir du secret : la télémédecine..... | 337 |
| Titre 2 Le développement d'un droit économique..... | 341 |
| Chapitre 1 Les fondements d'un droit économique..... | 341 |
| Section 1 Les textes fondamentaux..... | 341 |
| Sous section I La Convention européenne des droits de l'Homme et la possibilité d'ingérence d'une autorité publique..... | 341 |
| Sous section 2 Le droit constitutionnel..... | 343 |
| § 1 Le droit au respect de la vie privée..... | 343 |
| § 2 Le droit constitutionnel et l'équilibre financier de la Sécurité sociale..... | 344 |
| Sous section 3 Le droit national..... | 345 |
| 1 Le code de la sécurité sociale..... | 345 |
| 2 La transposition de la directive européenne n° 95/46 du 24 octobre 1995..... | 345 |
| Section 2 La réforme de l'Assurance Maladie..... | 346 |
| Sous section 1 L'évolution de l'Assurance Maladie..... | 346 |
| § 1 Des réformes successives..... | 346 |
| § 2 La loi de réforme d'août 2004..... | 347 |
| Sous section 2 La gestion du risque..... | 348 |
| § 1 La maîtrise médicalisée : un outil de gestion du risque..... | 349 |
| 1 La maîtrise comptable..... | 349 |
| 2 La maîtrise médicalisée..... | 350 |
| § 2 L'information de santé..... | 350 |
| § 3 Les outils au service de sa mission..... | 351 |
| 1 La mise en place d'un dispositif clé..... | 351 |
| 2 L'obligation de communication et le code de la sécurité sociale..... | 351 |
| 3 L'accès du médecin traitant à l'information..... | 352 |
| Sous section 3 Secret professionnel et contrôle..... | 353 |
| § 1 Les obligations du médecin traitant..... | 353 |
| 1 La rédaction de certificats..... | 353 |
| 2 L'obligation de formalités administratives..... | 354 |
| § 2 La justification du contrôle..... | 354 |
| Section 3 La possibilité de communication d'informations personnelles aux organismes de protection complémentaire..... | 356 |
| Sous section 1 Les justifications juridiques de la communication aux organismes de protection complémentaire..... | 356 |
| § 1 Le droit à la communication..... | 357 |
| § 2 Le principe d'égalité..... | 357 |
| § 3 Le respect du droit de la personne..... | 358 |
| 1 La profondeur de la communication..... | 358 |
| 2 Le champ de la communication..... | 359 |
| 3 Le volume de la communication..... | 359 |
| Chapitre 2 La place des organismes de protection sociale dans une prédominance du pouvoir de la société..... | 360 |
| Section 1 La place des régimes obligatoires d'assurance maladie..... | 360 |
| Sous section 1 Les relations entre Assurance maladie et professions de santé..... | 360 |
| § 1 La régulation tarifaire..... | 360 |

| | |
|---|-----|
| 1 Un double système de gestion | 361 |
| 2 Les nomenclatures de l'Assurance Maladie | 361 |
| § 2 La gestion des dossiers et les risques pour la protection des données | 362 |
| 1 La gestion manuelle des dossiers..... | 363 |
| 2 La télétransmission | 363 |
| 3 Les risques dans la gestion des dossiers | 364 |
| Sous section 2 Le secret du recours contre tiers responsable | 365 |
| § 1 L'information sur l'existence du dommage..... | 365 |
| 1 L'information de la Caisse par des personnes extérieures | 366 |
| 2 L'information par l'assuré | 366 |
| § 2 Le secret entre service médical et service des caisses | 366 |
| 1 Les différents types de recours | 367 |
| 2 Rôle déontologique du médecin-conseil..... | 368 |
| Sous section 3 L'activité de contrôle et de contentieux | 369 |
| § 1 Le Directeur de l'organisme | 370 |
| § 2 La définition du contrôle | 371 |
| 1 La fraude..... | 371 |
| 2 La faute | 371 |
| § 3 La lutte contre la fraude..... | 371 |
| 1 Le protocole d'accord du 26 janvier 2007..... | 372 |
| 2 Les risques de violation du secret..... | 373 |
| Section 2 Vers une « privatisation » de la protection sociale..... | 380 |
| Sous section 1 Les organismes de protection complémentaire | 380 |
| § 1 Le marché de l'assurance santé complémentaire | 380 |
| 1 Les différents intervenants..... | 381 |
| 2 Les prestations proposées | 382 |
| § 2 Les populations concernées | 383 |
| § 3 Une crise de modèle | 383 |
| 1 L'augmentation des dépenses de soins | 383 |
| 2 La démarche de gestion du risque | 384 |
| § 4 L'intégration des systèmes complémentaires aux systèmes obligatoires | 392 |
| 1 La nécessité d'une validité constitutionnelle..... | 393 |
| 2 La création d'un système facultatif de protection sociale | 393 |
| 3 L'intégration des systèmes complémentaires aux systèmes obligatoires | 394 |
| 5 L'encadrement du droit à l'utilisation des données..... | 395 |
| Sous section 2 Secret professionnel et assurances..... | 397 |
| § 1 Les demandes d'information | 398 |
| § 2 L'accès à l'information..... | 399 |
| 1 Les limites de l'accès à l'information..... | 399 |
| 2 Les questions persistantes..... | 405 |
| Section 3 Vers une « étatisation » de la protection sociale | 408 |
| Sous section 1 La place de l'administration..... | 409 |
| § 1 Une mission d'intérêt général..... | 409 |
| § 2 Le droit administratif exorbitant..... | 411 |
| § 3 Régulation et contractualisation | 411 |
| 1 Une nouvelle place du contrat dans l'action publique | 412 |
| Sous section 2 La portée de l'étatisation sur le respect du secret..... | 416 |
| § 1 Le secret professionnel dans la fonction publique..... | 416 |

| | |
|--|-----|
| 1 L'obligation de discrétion | 417 |
| 2 L'obligation de réserve | 418 |
| § 2 Indépendance médicale ou indépendance professionnelle | 419 |
| § 3 De possibles évolutions du système de santé national | 420 |
| Chapitre 3 Des propositions d'évolution pratiques | 421 |
| Section 1 La communication transfrontière..... | 421 |
| Sous section 1 les transferts internationaux de données personnelles..... | 423 |
| § 1 La carte européenne d'assurance maladie | 423 |
| § 2 La carte Vitale | 423 |
| § 3 La responsabilité de l'informatisation des systèmes de santé. | 424 |
| Sous section 2 Le droit d'opposition à la transmission électronique | 425 |
| Section 2 La télétransmission de données aux assureurs complémentaires | 425 |
| Sous section 1 La nécessité de protection contre la violation du secret | 425 |
| Sous section 2 Les solutions techniques permettant cette transmission..... | 426 |
| § 1 La télétransmission de données nominatives par les professionnels de santé | 427 |
| 1-1 La télétransmission par le professionnel de santé sans le consentement de son patient..... | 427 |
| 1-2 La télétransmission avec consentement exprès du patient..... | 427 |
| § 2 Les autres possibilités de communication | 428 |
| 2-1 Le principe de l'anonymisation..... | 428 |
| 2-2 La protection contre les risques d'utilisation abusive | 429 |
| Section 3 La responsabilité des usagers du système de santé..... | 431 |
| Sous section 1 Les devoirs de l'Homme | 431 |
| Sous section 2 La responsabilisation des usagers du système de santé..... | 432 |
| § 1 Le fondement de la responsabilisation | 433 |
| § 2 Les risques de la responsabilisation | 434 |
| Section 4 Vers une « contractualisation » de la protection des données personnelles ? | 435 |
| Sous section 1 La place du droit de la consommation..... | 435 |
| Sous section 2 Un contrat social portant sur la protection de la société..... | 436 |
| Conclusion de la seconde partie | 437 |
| Conclusion générale | 439 |
| Bibliographie | 443 |
| Table alphabétique des matières..... | 493 |
| Table analytique des matières..... | 499 |