



HAL
open science

Brèves observations sur un secret de Polichinelle : l'influence du droit européen sur le droit médical à travers l'exemple du secret médical

Estelle Brosset

► To cite this version:

Estelle Brosset. Brèves observations sur un secret de Polichinelle : l'influence du droit européen sur le droit médical à travers l'exemple du secret médical. Leca (A.). Le secret médical, Les Etudes hospitalières, pp. 51-66, 2012. hal-00871979

HAL Id: hal-00871979

<https://hal.science/hal-00871979v1>

Submitted on 11 Oct 2013

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

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

Brèves observations sur un secret de Polichinelle : L'influence du droit européen sur le droit médical à travers l'exemple du secret médical

Estelle BROSSET

*Maître de conférences HDR en droit public
Centre de droit de la santé (UMR 7268)*

S'il est un secret –(mal) gardé- en droit médical, c'est bien celui de la place du droit européen. Le droit européen n'est pas traditionnellement associé à la santé. Sa place est peu connue, critiquée, et parfois même niée. Que viendrait faire « *ce droit venu d'ailleurs* »¹ dans la relation médicale, dans ce colloque singulier et intime ? Et pourtant. Alors même qu'il est possible de discuter de l'existence d'un droit européen médical², le droit européen produit déjà des effets incontestables sur le droit médical³ qui ne se limitent pas à la sempiternelle question de la reconnaissance mutuelle des diplômes de médecins⁴. Le plus souvent, ces effets sont indirects, induits par des objectifs souvent éloignés des préoccupations sanitaires – le marché intérieur, la protection de droits fondamentaux- et, du même coup, peu officialisés. Il n'empêche, ces effets sur l'exercice de la médecine libérale sont une réalité, parfois d'ailleurs ancienne. Et que le phénomène soit analysé comme « *une régression (thèse du non droit) ou un progrès juridique (thèse du super droit) n'y change rien* »⁵. « *Ne déplaie aux météorologues avertis, à Paris, les vents dominants sont orientés à l'est* »⁶.

Il en est ainsi à propos d'un autre secret, encore plus vieux, le secret médical. Consubstantiel depuis toujours à la relation médicale⁷, le secret médical permet l'exercice de la médecine en ce qu'il protège les confidences « *forcées* »⁸ d'un patient à son médecin. Certes, à première vue, ce secret médical semble échapper au droit européen. Il faut dire que fortement « *déontologisé* »⁹, il a d'abord échappé au droit lui-même, mais il est désormais une obligation juridique essentielle en droit français¹⁰. Toutefois, l'emprise du droit pouvait sembler s'épuiser dans la sphère étatique. Aucune convention du Conseil de l'Europe, aucune disposition des traités sur l'Union européenne et son fonctionnement n'évoque l'obligation de secret médical. L'on trouve exclusivement dans les textes de protection des droits fondamentaux, la Convention européenne des droits de l'homme, à l'article 8, et la Charte des droits fondamentaux de l'Union, à l'article 7, le droit de chaque personne au respect de sa vie privée et familiale. Certes, on pressent bien que ce droit peut contenir le droit à la protection des informations concernant sa santé, mais rien d'explicite toutefois, à l'exception notable de l'article 10 de la Convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la

¹ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 44 et s.

² G. Mémeteau, L'unification du droit médical en Europe ?, *RGDM*, n° 2, 2007

³ R. K. Hervey et J. V. Mc Hale, *Health Law and the European Union*, Cambridge University press, 2004, p. 6. A. Laude et D. Tabuteau, *Code européen de la santé*, Hygiéa, 2009.

⁴ J. Pertek, Professions médicales et paramédicales, *Juris-Classeur Europe*, fasc. 740.

⁵ J-S. Bergé et S. Robin, *Droit européen*, PUF, 2008, p. 10.

⁶ J-D. Sarcelet, La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1921 et s.

⁷ Même si l'on a confondu sans doute parfois le secret médical au secret sur la vie familiale : A. Leca, *Droit de la médecine libérale*, LEH, p. 276.

⁸ SARGOS (P.), Les enseignements des secrets trahis de Jules Bastien-Lepage et François Mitterrand, *Recueil Dalloz*, 2009 pp. 2625-2626.

⁹ « *Le premier code de déontologie médicale (1941) ne comportait pas moins de 17 articles consacrés au secret médical* » : A. Leca, *Droit de la médecine libérale*, LEH, p. 278. Le Code de la sécurité sociale lorsqu'il évoque le secret professionnel le qualifie de « *principe déontologique fondamental* » (article L. 162-2).

¹⁰ Il a été consacré par la loi du 4 mars 2002 qui l'a introduit à l'article L. 1110-4 CSP.

biomédecine qui, sorte de « *truisme* »¹¹, a toutefois parachevé, plus qu'initié¹², une proclamation bien antérieure et qui n'évoque pas explicitement la question du secret médical.

Et pourtant, à peine ce premier constat formulé, apparaît un ensemble d'influences du droit européen sur le secret médical. La première influence est notionnelle : le secret médical n'est pas visé en droit européen en tant que tel mais passe par le prisme de la confidentialité des données médicales et des données de santé. L'on passerait en quelque sorte, sous l'impulsion du droit européen, de la figure paradigmatique de secret au concept de discrétion ou encore de confidentialité des informations de santé. Les conséquences de ce changement ne sont pas univoques. Puisqu'il ne s'agit pas ici à proprement parler de la protection d'un secret professionnel lié à l'accomplissement de la relation médicale, c'est-à-dire de données découvertes pendant l'exercice de la profession ou juste en dehors de l'exercice de la profession (données qu'on lui aurait confié ou qu'il aurait vu ou compris), la confidentialité fait entrer dans son giron un vaste champ de données, les données sur l'état de santé, quel qu'en soit le titulaire. Toutefois, à la différence d'un secret, par principe absolu, la confidentialité permet les divulgations dès lors qu'elles sont faites avec précaution. Les conséquences de cette transformation paradigmatique ont déjà, en tant quelle, été importantes¹³. Au-delà, plus techniquement, ces influences portent sur le régime juridique de protection du secret médical. Elles empruntent deux chemins bien distincts, celui du droit au respect de sa vie privée et celui de la protection des données personnelles. Le survol rapide de ces influences permet, et c'est là le sens essentiel de notre propos, de donner quelques indications (-révélation-) sur les voies de l'européanisation (secrète) du droit médical.

1- La consécration du droit de tenir secret son état de santé, élément du droit au respect de la vie privée

Il s'agit là de l'influence la plus connue, celle des jurisprudences européennes de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme qui, toutes deux, il a presque vingt ans, ont consacré, de façon solennelle et constante, le droit de tenir secret son état de santé en le rattachant à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. Notons que, pour solennalisée qu'elle soit, cette consécration était pour le moins attendue au regard du fort « magnétisme » ou « *tourbillon* »¹⁴ de l'article 8 et de la notion de « vie privée et familiale » qui, non susceptible de définition exhaustive, recouvre en premier lieu la préservation de l'intimité personnelle ce qui renvoie non seulement au respect de l'intégrité physique et morale mais également au droit à l'image et à la protection de informations personnelles¹⁵. Il n'y avait donc rien de surprenant à ce que la disposition intègre, à l'occasion de saisines sur le sujet, les informations en matière de santé.

C'est dans un premier temps, la Cour de Luxembourg, suivant le Tribunal, qui a affirmé, dans son arrêt X. c/ Commission du 5 octobre 1994, le droit pour tout individu de tenir secret son

¹¹ D. Gutmann, Le droit au respect de la vie privée dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Propos sur la définition du droit au respect de la vie privée, *Les petites affiches*, 23 octobre 1998, n° 127.

¹² Même si l'on doit reconnaître que l'intérêt de cette Convention est non seulement de faire passer une œuvre jurisprudentielle dans le droit écrit mais également de rassembler dans un même article le droit au respect de la vie privée et le droit à l'information. Voir H. Gros Espiell, J. Michaud, G. Teboul, *Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Analyses et commentaires*, Economica, 2010, p. 185 et s.

¹³ Voir la loi française du 4 mars 2002 qui organise, de façon distinct du secret professionnel, des règles de confidentialité et de circulation des informations médicales (en se fondant précisément sur la protection de la vie privée).

¹⁴ J-D. Sarcelet, La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1921 et s.

¹⁵ Cour EDH, 26 mars 1987, *Leander c/ Suisse*, A. 116 (la mémorisation et la communication de fichiers secret de police lors d'une candidature d'une personne à un emploi important de la sécurité nationale viole le droit au respect de la vie privée).

état de santé comme composante du droit au respect de sa vie privée¹⁶. Un médecin-conseil de la Commission avait soumis, à son insu, un candidat à un poste d'agent communautaire à un examen biologique, à son insu, examen biologique qui avait révélé une déficience immunitaire importante (et le stade terminale du sida) et motivé le refus de la Commission de recruter ce candidat pour inaptitude physique. Certes, un examen médical était prévu par le règlement applicable aux fonctionnaires et fondé sur des objectifs légitimes (protection de l'agent et de sa santé et protection des collègues de travail et de l'institution). Toutefois, la Cour affirme que de tels examens constituent une ingérence dans la vie privée et de ce fait, ils doivent, pour être valides, entrer sous les conditions de l'article 8 § 2 de la Convention et en particulier être proportionnés à l'objectif poursuivi. Or, eu égard au refus du candidat de se soumettre au test de dépistage du sida, la prise de sang pratiquée par le médecin-conseil qui a permis de révéler, indirectement, la maladie ne pouvait entrer dans le cadre de l'examen médical classique et n'était pas proportionnée aux objectifs poursuivis. Surtout que si l'intéressé, après avoir été éclairé, refuse de donner son consentement à un test que le médecin-conseil estime nécessaire pour évaluer son aptitude à remplir les fonctions pour lesquelles il s'est porté candidat, les institutions n'étaient pas obligées de supporter le risque de l'engager. Il ressort de cette affaire deux principes essentiels. D'abord, « *une prise de sang aux fins de rechercher la présence éventuelle d'anticorps VIH constitue une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé et ne peut être pratiquée sur un candidat fonctionnaire qu'avec le consentement éclairé de celui-ci* »¹⁷. Ensuite, le refus de divulguer des données sur sa santé (et donc de se soumettre à un teste de dépistage du SIDA) doit être respecté, nous dit la Cour, « *en totalité* »¹⁸ et ne peut être contourné. Depuis ce premier arrêt, de nombreux arrêts ont été rendus par le juge de l'Union, le plus souvent à propos d'examens médicaux préalables à une embauche et à chaque fois, le juge a rappelé l'importance du secret médical, y compris lorsqu'un tel secret peut jouer à la défaveur de l'intéressé, qui, par exemple, ne pourra pas toujours connaître avec précision des motivations d'une commission médicale concluant à son inaptitude physique¹⁹.

Du côté de Strasbourg, la consécration d'un tel droit au respect des données de santé et donc, en creux, de l'obligation de secret médical, est, depuis l'arrêt *Z. c/ Finlande* du 25 février 1997²⁰, également très nette. Afin de prouver qu'un homme poursuivi pour viols avait délibérément transmis à ses victimes le VIH, il était essentiel de démontrer que sa femme était

¹⁶ CJCE, 5 octobre 1994. *X. c. Commission*, aff. C-404/92 P, Rec. I- 128. cf. J-L. Clergerie, Le droit au respect de la vie privée, comportant notamment le droit d'une personne de tenir son état de santé secret, exige que le refus de l'intéressé de se soumettre à un test de dépistage du sida soit respecté dans sa totalité », *Dalloz*, 1995, p. 421 et s.

¹⁷ § 58 de l'arrêt du Tribunal de première instance du 18 septembre 1992, *X. contre Commission des Communautés européennes*, Affaires jointes T-121/89 et T-13/90, *Rec. p. II-02195*

¹⁸ §23 de l'arrêt. La Cour diverge ici de la position de son Tribunal dont elle annule ici sur pourvoi l'arrêt. Le Tribunal avait considéré que le droit au respect de la vie privée n'impliquait l'obligation de respecter le refus de l'intéressé que pour le test spécifique du dépistage du sida, mais que la réglementation communautaire permettait, dans le cadre de l'examen médical, de pratiquer tous les autres tests qui pouvaient, pour certains, faire naître des soupçons quant à la présence du virus du sida. Surtout que en l'espèce, le requérant n'avait pas établi qu'il a été soumis, à son insu, à un test spécifique de dépistage du sida, ni qu'un tel test lui a été demandé par la Commission comme condition préalable à son engagement.

¹⁹ Arrêt du Tribunal de la fonction publique du 21 octobre 2009, *V contre Commission des Communautés européennes*, Affaire F-33/08, § 221-228. Si l'absence de motivation d'un avis de la commission médicale n'est pas satisfaisant pour la personne concernée, qui n'a pas directement accès aux considérations ayant justifié les conclusions de la commission médicale, « *il ne rend pas pour autant irrégulier un tel avis, dès lors que, ainsi qu'il a été jugé, le devoir de motivation doit être concilié avec les exigences du secret médical* ».

²⁰ Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93, Rec. 1997-I. Egalement Cour EDH, 27 août 1997, *M.S c/ Suède*, n° 20837/92, Rec. 1997-IV§ 41. Cf. SUDRE (F.), *Chron., JCP G*, 1998, I, 107 n° 35.

aussi séropositive et l'avait contaminé²¹. L'épouse ayant refusé de témoigner, ses médecins furent contraints, conformément au droit finlandais, de témoigner de l'infection de celle-ci par ce virus. La Cour a, pour la première fois, dans cette affaire, affirmé résolument que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue « *un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Convention* »²², même si en l'espèce, la Cour va, au final, admettre une dérogation, pour des raisons pénales, à ce principe. Depuis cet arrêt, la Cour a souvent eu l'occasion de rappeler ce principe et ce, sans aucune variation, rappel qui a, parfois, débouché sur des condamnations étatiques. Ainsi, dans un arrêt *L.L c/ France* du 10 octobre 2006²³ ou il était question d'un divorce prononcé aux torts exclusifs du mari sur le fondement de son éthylisme prouvé par une pièce de son dossier médical présenté aux juges par sa femme, la Cour a réaffirmé « *le rôle fondamental que joue la protection des données à caractère personnel- (...) (notamment) de santé- (...) pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention* ». Elle a ici jugé que l'utilisation de pièces médicales, sans son consentement, contrevenait à l'article 8 et que l'ingérence certes prévue par la loi pour assurer protection des droits et libertés d'autrui (en l'espèce, l'intérêt de la femme de faire triompher ses prétentions) était, en l'espèce disproportionnée²⁴. Autre exemple, dans un arrêt *I. c/ Finlande* du 17 juillet 2008²⁵ relative à une infirmière, soignée contre le SIDA dans l'hôpital dans lequel elle travaillait, qui se plaignait de ce que son dossier médical n'avait pas été mis à l'abri des regards de ses collègues, la Cour a conclu à la violation par l'Etat finlandais de son obligation positive de protéger la confidentialité des données de santé²⁶. Notons que la Cour s'intéresse, conjointement à la question de la divulgation des données médicales, aux méthodes de collecte et de conservation de ces données. Elle a ainsi jugé attentatoire à l'article 8 la répétition trop rapprochée d'expertises médicales sur l'état mental d'un prévenu²⁷ ou encore la soumission forcée d'une femme gardée à vue à un examen gynécologique²⁸. Elle a également estimé, que la conservation systématique d'échantillons cellulaires, vu les usages futurs envisageables et en ce qu'ils contenaient notamment de nombreuses informations sur la santé de l'individu, était suffisamment intrusive pour entraîner une atteinte au droit au respect de la vie privée²⁹.

Fondé sur le droit au respect de la vie privée, le droit de tenir secret son état de santé est nécessairement plus « relativiste » que la protection du secret médical puisque, comme les autres droits, il doit être confrontés à d'autres intérêts légitimes. La jurisprudence européenne

²¹ Cela permettait d'établir à quelle date X avait appris qu'il était séropositif ou avait eu des raisons de s'en douter et donc de savoir si les infractions qu'il était accusé d'avoir perpétrées devaient être qualifiées de tentatives d'homicide ou seulement d'agressions sexuelles.

²² § 95, Cour EDH, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93, Rec. 1997-I.

²³ Cour EDH, 10 octobre 2006, *L.L c/ France*, Requête n° 7508/02.

²⁴ Outre l'argument selon lequel les juridictions étaient en mesure de rendre leur décision en écartant la pièce litigieuse (§ 46), la Cour souligne 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, (§ 47), notamment en raison de la possibilité offerte à quiconque le demande d'obtenir une copie d'une décision de justice auprès du greffe de la juridiction (§ 33). J.D. Sarcelet, La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ?, Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence, *Recueil Dalloz*, 2008, pp. 1926-1927.

²⁵ Cour EDH, 17 juillet 2008, *I. c/ Finlande*, n° 20511/03, non publié.

²⁶ §47 de l'arrêt. L'examen des faits faisait ressortir que les données médicales n'étaient effectivement pas protégées de l'accès sans le consentement de l'intéressée par des personnes n'intervenant pas dans sa prise en charge (§46).

²⁷ Cour EDH, 27 novembre 2003, *Worwa c/ Pologne*, Req. n° 26624/95.

²⁸ Cour EDH, 22 juillet 2003, *Y.F. c/ Turquie*, 22 juillet 2003, Req. n° 24209/94.

²⁹ De surcroît, les échantillons renferment un code génétique unique qui revêt une grande importance tant pour la personne concernée que pour les membres de sa famille. Cour EDH, *Van der Velden c. Pays-Bas*, du 7 décembre 2006, req. no 29514/05. Voir pour la conservation des données biométriques, Cour EDH, 4 décembre 2008, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, Requêtes nos 30562/04 et 30566/04.

l'a, de maintes fois, rappelé, admettant que la protection de la confidentialité des données médicales puisse parfois s'effacer devant d'autres intérêts légitimes. Toutefois, compte tenu du caractère extrêmement intime et sensible des informations se rapportant à la santé, toute mesure prise par un Etat pour contraindre à communiquer ou à divulguer pareil renseignement sans le consentement de la personne concernée appelle « *un examen des plus rigoureux de la part de la Cour, qui doit apprécier avec un soin égal les garanties visant à assurer une protection efficace* »³⁰ de l'article 8. Plus précisément, toutes les dérogations au secret médical « *seront balayés* »³¹ si elles n'entrent pas sous les conditions de l'article 8-2. La confidentialité peut s'effacer d'abord devant la nécessité d'enquêter sur des infractions pénales, d'en poursuivre les auteurs et de protéger la publicité des procédures judiciaires³². Dans l'affaire *Z. c/ Finlande*, c'est précisément ce qui était en jeu : la Cour, constatant que les précautions prévues par le droit finlandais étaient suffisantes³³, a pu ainsi considérer que les ordonnances sommant les médecins de témoigner, levant ainsi le secret médical, étaient conformes à la Convention. A contrario, la Cour a estimé que la divulgation, dans le texte de l'arrêt de la cour d'appel d'Helsinki transmis à la presse, de l'identité et de la séropositivité de la requérante violait l'article 8, précisément en ce qu'aucun motif impérieux ne la justifiait et en ce qu'une publication « *confidentialisée* » était possible.

Cela peut être aussi le cas de l'objectif de protection du bien être économique d'un pays. Dans l'arrêt *M.S c/ Suède* de 1997, il était question de la conventionnalité de la levée du secret médical par un hôpital au profit d'une caisse de sécurité sociale à l'occasion d'une demande de prestation sociale (pension d'invalidité) de Mme M. S., enseignante en maternelle qui s'était blessé au dos sur son lieu de travail. Précisons que le dossier médical transféré à la Caisse allait au-delà de la demande de la Caisse et comportait des données de santé tout à fait sensibles, notamment certaines relatives à un avortement et qu'il avait été à l'origine d'un rejet de sa demande de pension puisque ces données démontraient l'ancienneté des maux de dos de Mme M.S. Or, en l'espèce la Cour va estimer que la communication du dossier médical, comportant des informations « *pertinentes* » pour l'allocation de fonds publics, entre deux organismes publics, qui sont tous deux tenus au secret, est assortie ici de garanties effectives et suffisantes contre les abus et qu'il n'y a donc pas violation de l'article 8.

Enfin, la liberté d'expression peut s'entrechoquer avec le secret médical et peut permettre sa levée. L'affaire très médiatisée « *du Grand secret* »³⁴ dans laquelle la Cour a eu à « *déterminer l'ajustement qui convient entre secret médical et liberté de la presse* »³⁵ en atteste. L'affaire prend son origine dans la publication, quelques jours après le décès du Président Mitterrand, par les éditions Plon, de l'ouvrage du Docteur Gübler, intitulé « *Le grand secret* », dans lequel le médecin personnel du Président relatait la manière dont le cancer du défunt avait été volontairement dissimulé aux français pendant des années. Au motif que l'ouvrage contenait

³⁰ Cour EDH, Ch, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93, Rec. 1997-I, § 96. Voir aussi, l'arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, série A n° 45, p. 21, § 52, et Cour EDH, *Johansen c. Norvège* du 7 août 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-III, pp. 1003-1004, § 64.

³¹ P. Sargos, Les enseignements des secrets trahis de Jules Bastien-Lepage et François Mitterrand », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2628.

³² Cour EDH, Ch, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93, Rec. 1997-I, § 97.

³³ Aux termes de la législation finlandaise pertinente, ce n'est que dans très peu de cas que les médecins de la requérante pouvaient être contraints de témoigner au sujet de la requérante sans son consentement éclairé: dans le cadre de l'enquête et des poursuites pour des infractions pénales graves punies d'au moins six ans d'emprisonnement. Les médecins ayant refusé de déposer devant la police, celle-ci a dû solliciter l'autorisation d'un organe judiciaire, en l'occurrence le tribunal d'Helsinki, pour pouvoir les entendre. L'audition a eu lieu à huis clos devant le tribunal d'Helsinki, lequel avait ordonné à l'avance que son dossier, y compris les procès-verbaux des déclarations de témoins, demeure confidentiel

³⁴ Cour EDH, 18 mai 2004, *Plon c/ France*, Requête no 58148/00.

³⁵ L. Dubouis, Secret médical et liberté de la presse, Note sous Cour européenne des droits de l'Homme, 18 mai 2004, *Plon (société) c/ France*, *RDSS*, 2004, p. 841.

des informations relevant du secret médical, sa diffusion fut interdite à titre conservatoire par la juridiction des référés, puis prohibée à titre définitif par les juges du fond³⁶. Les éditions Plon ont alors décidé de porter l'affaire vers la Cour de Strasbourg dénonçant la violation du droit à la liberté d'expression, garanti par l'article 10 de la Convention. Or, si la Cour a pris soin de valider les mesures provisoires « *« nécessaire dans une société démocratique » à la protection des droits du président Mitterrand et de ses ayants cause »*³⁷, en revanche, elle a estimé que la décision définitive, bien que fondée sur des « *motifs pertinents et suffisants* »³⁸, le secret médical, constituait une violation de l'article 10 eu égard à l'importance du débat public sur l'état de santé d'un ancien président de la République et à l'écoulement du temps³⁹. Notons au passage que les différents secrets peuvent s'entremêler et que la liberté d'expression peut permettre la levée non seulement du secret médical, mais également d'autres secrets, le secret professionnel des avocats et le secret de l'instruction. C'est ce qu'a montré une affaire récente, *Mor c/ France*⁴⁰, dans laquelle la Cour était interrogée de la conventionnalité de la condamnation d'une avocate pour violation du secret professionnel et du secret de l'instruction. Précisons ici que la requérante avait été condamnée⁴¹ pour avoir divulgué à la presse le contenu d'un rapport d'expertise en pharmacovigilance et pharmaco-épidémiologie remis au juge dans le cadre d'une information judiciaire ouverte pour homicide involontaire, à la suite d'un décès d'une enfant après une vaccination contre l'hépatite B. Rappelant que, au vu de leur situation primordiale dans l'administration de la justice, les avocats doivent bénéficier d'une liberté d'expression⁴² à laquelle il ne peut être qu'exceptionnellement déroger et soulignant l'importance du débat sur une question de santé publique et mettaient en cause la responsabilité de laboratoires pharmaceutiques chargés de la fabrication et de l'exploitation du vaccin et représentants de l'Etat⁴³, la Cour va conclure que la condamnation de l'avocate ne répondait pas à un besoin social impérieux et était disproportionnée dans les circonstances de l'espèce. En définitive, le régime européen de protection des informations relatives à la santé résulte donc d'un équilibre subtil entre les intérêts en présence.

2- L'obligation de traitement particulier des données de santé parmi les données personnelles

L'obligation de traitement particulier des données de santé constitue la seconde manifestation de l'influence du droit européen sur le secret médical. Là encore, comme pour le premier point, l'influence est, contrairement aux apparences, ancienne et commune au Conseil de l'Europe et à l'Union européenne.

³⁶ Cass. civ. 1^{re}, 14 déc. 1999 : JCP G 2000, II, 10241.

³⁷ §48 de l'arrêt.

³⁸ §51 de l'arrêt.

³⁹ L'arrêt *Plon c/ France* permet clairement de prendre acte de « *l'usage fait par la Cour du " passage du temps " comme instrument de mesure de la proportionnalité de l'ingérence* » (F. Sudre, Chron. JCP G n° 38, 15 Septembre 2004, I 161 n°12). S'appuyant sur le fait que l'écoulement du temps fait primer l'intérêt public du débat lié à l'Histoire sur les impératifs de la protection de la vie privée et que, de surcroit, la diffusion de l'ouvrage sur internet et les commentaires médiatiques avaient fait perdre aux informations leur caractère confidentiel, elle conclue à la violation de l'article 10. En conséquence, l'écoulement du temps relativise effectivement la protection du secret médical au regard des impératifs de la liberté d'expression.

⁴⁰ Cour EDH, 15 décembre 2011, *Mor c. France*, Requête no 28198/09.

⁴¹ La requérante avait bénéficié d'une dispense de peine et elle n'a été condamnée à payer qu'un « euro symbolique » au titre des dommages-intérêts. Bien que cette décision soit la plus modérée possible, elle n'en constitue pas moins une sanction pénale qui peut/ a un effet dissuasif sur l'exercice des libertés, ici la liberté d'expression.

⁴² Surtout, ajoute la Cour, que les informations avaient été déjà largement diffusées dans la presse, la requérante se contentant de les commenter. La Cour « *s'interroge [donc] sur l'intérêt qu'il y aurait à exiger de la requérante de ne pas commenter des informations déjà connues des journalistes* » (§ 56).

⁴³ § 53 de l'arrêt.

C'est en premier lieu, la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 qui a amorcé le mouvement. Ayant pour objet de garantir à toute personne physique un certain nombre de droits à l'égard du traitement automatisé (dans les secteurs public ou privé) des données à caractère personnel le concernant, la Convention va en effet réserver aux données relatives à la santé, parmi d'autres données⁴⁴, un traitement particulier. En effet, selon l'article 6, en principe, elles « *ne peuvent pas être traitées automatiquement* ». Toutefois, ce qui apparaît à première vue comme une interdiction absolue ne l'est en réalité pas. La Convention prévoit que le traitement automatisé est possible si « *le droit interne prévoit des garanties appropriées* » et afin d'assurer la protection de la sécurité de l'Etat, la sûreté publique, les intérêts monétaires de l'Etat ou la répression des infractions pénales ou la protection de la personne concernée et des droits et libertés d'autrui⁴⁵. Le traitement est donc possible, mais il l'est par exception et un contrôle des fins (la protection de la santé publique ou encore la répression des infractions pénales en sont) et des procédures (une collecte par des professionnels de santé ou pour le compte de professionnels de santé⁴⁶ devrait être par exemple imposée, l'accès et la diffusion devront ensuite être interdits aux tiers⁴⁷ et la personne concernée devra être informée et aura droit à rectification ou effacement de ces données⁴⁸) est donc prévu. Ce particularisme

L'Union a réglé la même question dans la foulée grâce à l'adoption de 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 données⁴⁹. Cette directive, parmi bien d'autres dispositions, s'intéresse elle aussi aux données de santé. Elle va reprendre le principe conventionnel d'interdiction du traitement automatisé des données de santé de la Convention⁵⁰. En outre elle organise des possibles dérogations qu'elle définit à première vue plus strictement que dans la Convention. Ainsi, il est prévu que, à l'article 8-3, que l'interdiction ne s'applique pas « *lorsque le traitement des données est nécessaire aux fins de la médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements ou de la gestion de services de santé et que le traitement de ces données est effectué par un praticien de la santé soumis (...) au secret professionnel, ou par une autre personne également soumise à une obligation de secret équivalente* ». Toutefois, bien d'autres motifs de dérogations⁵¹ sont ouverts ailleurs par la directive, si bien qu'au final,

⁴⁴ Est interdit le traitement des données à caractère personnel qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions publiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données relatives à la santé et à la vie sexuelle.

⁴⁵ Article 9-2 de la Convention.

⁴⁶ C'est par exemple ce qui a été recommandé par le Comité des Ministres aux Etats membres (Recommandation n° R (97) 5 relative à la réglementation applicable aux banques de données médicales).

⁴⁷ Article 7 de la Convention.

⁴⁸ Article 8 de la Convention

⁴⁹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

⁵⁰ Article 8-1 de la directive

⁵¹ La directive permet une dérogation « *lorsqu'un motif d'intérêt public important le justifie dans des domaines tels que la santé publique et la protection sociale - particulièrement afin d'assurer la qualité et la rentabilité en ce qui concerne les procédures utilisées pour régler les demandes de prestations et de services dans le régime d'assurance maladie - et tels que la recherche scientifique et les statistiques publiques; qu'il leur incombe, toutefois, de prévoir les garanties appropriées et spécifiques aux fins de protéger les droits fondamentaux et la vie privée des personnes* » (considérant 34). Notons aussi que, adoptée dans un contexte de « pilierisation » de l'Union, la directive ne s'applique pas au domaine de la sécurité publique, défense ou sûreté de l'Etat ou pour les activités de l'Etat dans le domaine du droit pénal. D'ailleurs, c'est, en partie, pour cette raison, que la Cour a annulé une décision du Conseil approuvant la conclusion d'un accord entre la Communauté européenne et les Etats Unis sur le traitement et le transfert de données contenues dans les systèmes de réservations et de contrôle des départs aériens (données PNR Passenger Name Records). Parce que cet accord permettait le transfert de ces données dans un but de prévention du terrorisme et de renforcement de la sécurité publique, la décision ne relevait pas du champ d'application de la directive 95/46/CE (CJCE, 30 mai 2006, *Parlement européen c/ Conseil*, Aff. jointes C-317/04 et C-318/04). Selon la Cour, le fait que ces données aient été initialement recueillies dans le cadre d'une activité communautaire

on peut se demander si elle ne rejoint pas le texte conventionnel. Précisons que les dispositions de cette directive applicable aux Etats ont été étendues aux institutions de l'Union⁵² et réitérées dans certains secteurs particuliers, comme celui des communications électroniques⁵³.

Cette particularisation des données de santé pourrait d'ailleurs encore à l'avenir s'accroître. Dans les propositions de modernisation de la Convention n° 108, est suggéré en effet de faire apparaître nettement, parmi les données sensibles, les données portant sur la santé, mais également sur la génétique et la biométrie. Du côté de l'Union européenne, utilisant une nouvelle base juridique dans le traité de Lisbonne⁵⁴, la Commission a proposé une réforme des règles relatives à la protection des données le 25 janvier 2012⁵⁵. Constatant l'apparition de nouveaux modes de partage de l'information via les réseaux sociaux et de stockage à distance de grandes quantités de données, la Commission a estimé que, dans ce nouvel environnement numérique, les règles en vigueur ne présentaient ni le degré d'harmonisation requis ni l'efficacité nécessaire pour garantir le droit pour toutes personnes physiques d'exercer une maîtrise effective sur leurs données⁵⁶. Or, dans sa proposition de règlement qui remplacerait la directive 95/46/CE, la Commission, tout en maintenant la configuration d'ensemble (interdiction de traitement sauf dérogation), progresse dans la singularisation formelle et substantielle des données de santé qui constituent, « *une catégorie spéciale* » exigeant « *une protection élevée* ». D'abord, un article est désormais uniquement consacré aux données de santé, l'article 81 que la Commission propose de définir⁵⁷. Ensuite, la Commission souhaite également obliger les Etats membres à prévoir, outre les conditions d'applications à des catégories particulières de données, des garanties spécifiques et harmonisées en cas de traitement de ces données. Il est ainsi proposé de lister précisément les exceptions spécifiques à l'interdiction du traitement des données de santé parmi lesquelles on pourrait trouver la santé publique, la protection sociale et la gestion des services de santé, notamment pour assurer la qualité et l'efficacité des procédures de règlement des demandes

(vente d'un billet d'avion) importe peu, ce qui importe, c'est la finalité pour laquelle ces données ont été recueillies, finalités ici « extérieures » au premier pilier.

⁵² Règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données (Journal Officiel de l'Union européenne 12 Janvier 2001).

⁵³ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil 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, JO L 201 du 31.7.2002, p. 37.

⁵⁴ Une base juridique existe depuis le traité d'Amsterdam : l'article 286 du traité CE, mais elle est désormais remplacée par l'article 16 TFUE (et l'article 39 TUE pour la PESC) qui donne compétence à l'Union en matière de protection des données et de la libre circulation des données à caractère personnel, y compris dans le domaine de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

⁵⁵ COM (2012) 9 final, Protection de la vie privée dans un monde en réseau. Voir surtout COM (2012) 11 final, Un cadre européen relatif à la protection des données, adapté aux défis du 21e siècle.

⁵⁶ La Commission insiste notamment sur l'exigence d'un consentement explicitement formulé, c'est-à-dire qui repose soit sur une déclaration, soit sur un acte non équivoque de l'intéressé, mais également, ce qui a été très médiatisé, sur un droit effectif des internautes à l'oubli numérique, c'est-à-dire le droit de faire effacer les données les concernant s'ils retirent leur consentement et si aucun autre motif légitime ne justifie la conservation de celles-ci.

⁵⁷ Les données à caractère personnel concernant la santé devraient comprendre, en particulier, l'ensemble des données se rapportant à l'état de santé d'une personne concernée; les informations relatives à l'enregistrement du patient pour la prestation de services de santé; les informations relatives aux paiements ou à l'éligibilité du patient à des soins de santé; un numéro ou un symbole attribué à un patient, ou des informations détaillées le concernant, destinés à l'identifier de manière univoque à des fins médicales; toute information relative au patient recueillie dans le cadre de la prestation de services de santé audit patient; des informations obtenues lors d'un contrôle ou de l'examen d'un organe ou d'une substance corporelle, y compris des échantillons biologiques; l'identification d'une personne en tant que prestataire de soins de santé au patient; ou toute information concernant, par exemple, une maladie, un handicap, un risque de maladie, un dossier médical, un traitement clinique ou l'état physiologique ou biomédical de la personne concernée, indépendamment de sa source, qu'elle provienne par exemple d'un médecin ou d'un autre professionnel de la santé, d'un hôpital, d'un dispositif médical ou d'une épreuve diagnostique in vitro (considérant 122).

de remboursement et de services dans le régime d'assurance-maladie, ou encore les fins statistiques ou de recherche historique ou scientifique⁵⁸. La proposition prévoit aussi de faire apparaître des garanties spécifiques et appropriées pour protéger les droits fondamentaux en cas de traitement des données de santé ce qui pourrait inclure le droit d'accéder aux données ayant trait à leur santé, par exemple les données des dossiers médicaux faisant état de diagnostics, de résultats d'examens, d'avis de médecins traitants ou de tout traitement ou intervention effectués⁵⁹.

3- Quelles révélations à propos du « secret » de l'europeanisation du droit médical ?

Ces quelques observations révèlent d'abord que les deux « Europes », dans le champ médical, sont fortement imbriquées. « *Ainsi progresse le système européen, sur deux voies parallèles et qui, cependant, attentatoires au postulat d'Euclide, se rejoignent* »⁶⁰ parfois. On doit en effet rappeler que la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt de 1994, fonde explicitement le droit de tenir secret son état de santé, sur l'article 8 de la Convention européenne qui, pourtant formellement, n'appartient pas au bloc de la légalité communautaire. Certes, le juge communautaire, dans l'objectif d'assurer le respect des droits fondamentaux dans l'Union, avait déjà abondamment utilisé le texte de la Convention ainsi que la jurisprudence interprétative de cette Convention⁶¹ à la date de l'arrêt. Néanmoins, il avait, à chaque fois, emprunté le « *passage obligé* »⁶² des principes généraux du droit, le système conventionnel fournissant ici la source matérielle de tels principes. Or, dans cet arrêt, ce passage est nettement omis par la Cour qui affirme, sans détour, que « *le droit au respect de la vie privée, consacré par l'article 8 de la CEDH (...) constitue l'un des droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire* »⁶³. Il n'est pas anodin de constater que ce qui peut être qualifié de processus « *d'intégration douce* » ou « *d'absorption* »⁶⁴ ou encore de « *rapprochement quasi fusionnel* »⁶⁵ entre le système communautaire et le système de la Convention EDH a pris sa source dans un arrêt relatif au secret médical. En retour d'ailleurs, dans son arrêt *Z. c/ Finlande*, la Cour EDH fait référence elle aussi explicitement à la jurisprudence communautaire alors même que rien ne l'y obligeait⁶⁶. On notera au passage que, contrairement à un mouvement - fréquent dans le domaine des droits fondamentaux - d'alignement de la CJUE sur la jurisprudence de la Cour EDH⁶⁷, ici, c'est la Cour de

⁵⁸ Article 81.

⁵⁹ Considérant 122.

⁶⁰ L. Dubouis, La réglementation internationale in B. Feuillet-Le Minter (Dir.), *Normativité et biomédecine*, Economica, 2003, p. 114.

⁶¹ Et ce depuis un arrêt célèbre, l'arrêt *Rutili c/ Min. Intérieur*, 28 octobre 1975, Rec. p. 1219.

⁶² F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ?, *JCP*, n° 12, 7 janvier 1998, p. 13.

⁶³ § 17. Voir ensuite le renvoi par la CJCE à la jurisprudence strasbourgeoise pour définir la notion de « transsexualité » : CJCE, 30 avril 1996, *P/S et Cornwall County Council*, aff. 13/94, *Rec. I*-2143. Pour plus de précisions : J. Andrantsimbazovina, La CEDH et la CJCE après le traité d'Amsterdam : De l'emprunt à l'appropriation ? *Europe*, octobre 1998, pp. 3-7. F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 147.

⁶⁴ F. Sudre, La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? *op. cit.*, p. 12

⁶⁵ D. Simon, La Communauté de droit in SUDRE (F.) et LABAYLE (H.) (Dir.), *Réalité et perspective du droit communautaire des droits fondamentaux*, Nemesis, Bruylant, 2000, p. 109.

⁶⁶ Denys Simon « Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « je t'aime, moi non plus » ? », *Pouvoirs* 1/2001 (n° 96), p. 31-49.

⁶⁷ Voir dans un domaine proche du nôtre, l'affaire du 20 mai 2003 *Österreichischer Rundfunk* (aff. jtes C-465/00, C-138 et 139/01). En l'espèce, était en cause la compatibilité avec la directive 95/46/CE « données personnelles » de la loi constitutionnelle autrichienne qui impose aux organismes publics soumis au contrôle de la Cour des comptes de communiquer à cette dernière les traitements et pensions de retraite de leurs agents dès lors que ces revenus excèdent un plafond déterminé. Appelée à interpréter les dispositions de la directive à la lumière des droits fondamentaux, la Cour de justice des Communautés européennes va, dans l'arrêt, se livrer à une interprétation en se fondant directement sur l'article 8 de la Convention européenne et surtout sur la jurisprudence européenne l'interprétant.

Luxembourg qui a initié⁶⁸ les développements s'agissant de la protection des données relatives à l'état de santé, preuve que les échanges ne sont pas univoques. Remarquons aussi que ces influences croisées ne sont pas uniquement limitées à la sphère judiciaire puisque, et l'illustration est à nouveau emblématique, la directive 95/46/CE reprend largement la Convention antérieure du Conseil de l'Europe relative à la protection des données personnelles ce qui confirme à nouveau l'« *élaboration coopérative du droit des droits de l'homme en Europe* »⁶⁹.

La courte synthèse des influences du droit européen sur le secret médical démontre aussi le rôle complémentaire de l'exigence de respect des droits fondamentaux et de l'objectif du marché intérieur dans la construction de principes européens dans le domaine médical. La potentialité des droits fondamentaux et de l'article 8 et du droit au respect de la vie privée s'est clairement manifestée en la matière. Elle a d'ailleurs été particulièrement grande puisque le droit au respect de la vie privée a fondé le droit au secret médical mais aussi à la protection de la confidentialité de l'ensemble des informations relatives à sa santé d'où la jurisprudence en a déduit non seulement des obligations pour les autorités publiques nationales et européennes, mais aussi pour les personnes privées, par l'intermédiaire des obligations positives qui pèsent sur chaque Etat de permettre une protection réelle contre l'accès non autorisé à ce type de données. Certes, il faut rappeler que la Cour EDH, dans son raisonnement avait également insisté sur l'importance de l'objectif de santé publique au soutien du respect la confidentialité sur les données de santé. Un tel impératif est, nous dit la Cour, « *capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général* »⁷⁰. En effet, à défaut de protection des données de santé, « *certaines personnes pourraient être dissuadées de fournir des informations à caractère personnel et intime pourtant nécessaires à la prescription du traitement approprié, ou même de consulter un médecin, ce qui mettrait en danger leur santé voire, dans le cas de maladies transmissibles, celle de la collectivité* »⁷¹. Il n'empêche, juridiquement, c'est bien un droit fondamental, le droit au respect de la vie privée qui fonde la consécration jurisprudentielle. Une telle potentialité ne devrait d'ailleurs pas s'essouffler, tout au contraire se rénover. Adoptée de longues années après la Convention européenne des droits de l'homme et édifiée sur le souhait de rassembler, les droits civils et politiques et les droits économiques et sociaux, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a d'emblée exposé sa volonté de prendre en compte les évolutions « *de la société, du progrès social et des développements scientifiques et technologiques* »⁷². Fort logiquement, ce texte laisse apparaître des droits

⁶⁸ Même si la Commission européenne des droits de l'homme avait déjà largement ouvert la voie constatant la violation de l'article 8 à propos d'une législation astreignant les candidats à la fonction publique à subir un examen préalable : Commission EDH, décision n° 8909/80.

⁶⁹ J.-S. Bergé et S. Robin, *Droit européen*, PUF, 2008, p. 255.

⁷⁰ P. Sargos, Les enseignements des secrets trahis de Jules Bastien-Lepage et François Mitterrand, *Recueil Dalloz*, 2009 pp. 2625-2626.

⁷¹ Cour EDH, Ch, 25 février 1997, *Z. c/ Finlande*, n° 22009/93, Rec. 1997-I, § 96. Ces considérations valent particulièrement lorsqu'il s'agit de protéger la confidentialité des informations relatives à la séropositivité. « *En effet, la divulgation de tels renseignements peut avoir des conséquences dévastatrices sur la vie privée et familiale de la personne concernée et sur sa situation sociale et professionnelle, l'exposant à l'opprobre et à un risque d'exclusion. Certaines personnes peuvent de la sorte se laisser dissuader de se soumettre à un diagnostic ou à un traitement, sapant ainsi les efforts prophylactiques déployés par la collectivité pour contenir la pandémie* ». Voir aussi l'arrêt du 25 novembre 2008, *Biriuk c/ Lituanie*, n° 23373/03, § 41 et s. Ici, confrontée à une publication dans la presse révélant la séropositivité de deux patients d'un centre médical, la Cour s'est montrée particulièrement préoccupée par le fait que, selon le journal, les informations relatives à la maladie ont été confirmées par le personnel médical. Et d'énoncer qu' « *il est indispensable que le droit interne garantisse la confidentialité des informations concernant les patients et empêche toute divulgation de données personnelles, eu égard tout particulièrement à l'impact négatif de telles divulgations sur la propension d'autres personnes à se soumettre volontairement à des tests de dépistage du HIV et aux traitements appropriés* ».

⁷² Préambule, alinéa 4, Charte.

neufs qui, dans le domaine médical, peuvent être mobilisés, soit parce qu'ils s'y rapportent directement⁷³ soit même parce qu'ils peuvent s'y appliquer indirectement. C'est par exemple le cas du droit à la protection des données à caractère personnel reconnu par l'article 8 de la Charte qui ne se contente pas d'une consécration générale mais fixe un certain nombre d'obligations précisément libellées⁷⁴ et ayant même valeur juridique que les traités⁷⁵. Toutefois, aux côtés des droits fondamentaux, la logique du marché intérieur constitue une logique tout aussi efficace dans le domaine médical. Pour preuve, l'arsenal législatif dans l'Union relatif à la protection des données personnelles a d'abord été bâti sur le fondement général de l'article 114 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne relatif au rapprochement des législations qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur. Or, tout en ayant pour objet principal de garantir la libre circulation des données à caractère personnel, la directive 95/46/CE prévoit que les États membres devront assurer « *la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel* »⁷⁶. Même si d'autres compétences ont été ajoutées⁷⁷, l'usage de cette base juridique ne faiblit pas pour autant. L'adoption, sur ce même fondement, d'une directive 2011/24 relative à l'application des droits des patients en matière de soins transfrontaliers en témoigne. Surtout que ladite directive, principalement adoptée pour permettre la mobilité des patients (et le remboursement des soins obtenus à l'étranger), consacre au passage certains droits du patient, par exemple le droit fondamental à la vie privée en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel⁷⁸.

Enfin, l'exemple du secret médical rappelle, si besoin était, que le droit européen, dans le domaine médical, loin d'unifier, se contente de fixer de grands principes généraux qui permettent de rappeler aux soignants et patients « *les règles du jeu* »⁷⁹. Dans la jurisprudence de la Cour EDH, la respiration laissée aux États ne fait pas de doute. La Cour précise bien en effet qu'il revient aux autorités nationales d'opérer la conciliation entre la protection de la confidentialité des informations de santé et un autre intérêt légitime, conciliation qui relève de leur marge d'appréciation. C'est d'ailleurs, sur ce fondement, pourtant contesté en son sein même, que la Cour a parfois validé certains dispositifs nationaux au terme d'un contrôle pour le moins « allégé ». Ainsi, dans l'arrêt I. c/ Finlande, la Cour va valider l'étroit délai de confidentialité de dix ans prévu par le droit finlandais s'agissant des procédures judiciaires et des rapports médicaux éventuellement utilisés dans ce cadre, tout en concédant, dans le même temps, que sa brièveté est, selon elle, non proportionnée à l'article 8. Autre exemple, dans l'affaire M.S. c/ Suède, le transfert d'un dossier médical d'un hôpital à une caisse de sécurité sociale a été validé sur le fondement de la « pertinence » des informations à communiquer sans que la Cour n'explicite plus avant la signification de ce concept vague et peu sécurisé pour un patient. Certains n'ont d'ailleurs pas hésité à qualifier, de ce point de vue, de « *discutable* » la solution de l'arrêt⁸⁰. En réalité, l'explication est ailleurs, dans la liberté laissée aux États de décider, dans un cadre européen élémentaire, des modalités particulières

⁷³ Article 3-2.

⁷⁴ L'article 8-2 fixe une liste de principes : traitement loyal à des fins déterminées ; consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ; droit pour toute personne d'accéder aux données la concernant et d'en obtenir l'éventuelle rectification. L'article 8, paragraphe 3, fait référence au contrôle d'une autorité indépendante.

⁷⁵ Article 6-1 TUE.

⁷⁶ Art. 1, § 1 de la directive 95/46/CE.

⁷⁷ L'article 168 TFUE en matière de protection de la santé humaine.

⁷⁸ Article 4-2 e) de la directive 2011/24.

⁷⁹ G. Mémeteau, L'unification du droit médical en Europe ?, *RGDM*, n° 2, 2007, p. 115.

⁸⁰ I. Laurent-Merle, Le secret des données médicales et la protection de la vie privée : un secret de polichinelle ?, *Recueil Dalloz*, 2000, p. 524.

de dérogation au secret médical. Le laconisme⁸¹ de la Convention biomédecine et de son article 10-1⁸² n'a pas non plus d'autre origine surtout si on la relie à l'article 1-2 de la Convention selon lequel « *chaque Partie prend dans son droit interne les mesures nécessaires pour donner effet aux dispositions de la présente Convention* ». Certes, dans certains pays comme la France, le droit avait largement anticipé les dispositions européennes, les conséquences sont donc réduites, la consécration n'ayant pour seul effet de « *raffermir* » le droit existant ce qui n'est pas inutile lorsqu'il est « *contesté dans certaines sphères* »⁸³. Toutefois, ce n'est pas le cas dans tous les Etats⁸⁴.

En définitive, la dernière révélation et non des moindres tient à l'influence du droit européen sur le droit médical, véritable secret de Polichinelle, que tous connaissent, mais que tous hésitent à divulguer.

⁸¹ Même s'il est vrai que la lecture de l'article 26-1 de la Convention et du rapporte explicatif apporte quelques précisions supplémentaires comme les limites possibles à porter à ce droit. L'autorité judiciaire pourra ainsi ordonner la réalisation d'un test ayant pour but l'identification de l'auteur d'un crime (prévention des infractions pénales) ou la recherche d'un lien de filiation (protection des droits d'autrui).

⁸² « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé* ».

⁸³ L. Dubouis, La convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, *RDSS*, n° 2, avril-juin 1998, p. 212.

⁸⁴ F. Sarda, Le secret médical en Europe, *Médecine et droit*, 1997, n° 22, janvier-février, p. 1.