

LES RAPPORTS ENTRE LE SECRET
PROFESSIONNEL ET LE DROIT DE LA
PROTECTION DES DONNEES
PERSONNELLES

Grévin Anthony

Mémoire de D.E.A Informatique et Droit
2000/2001

Sous la direction de
Monsieur le Professeur Jean Frayssinet

J'adresse mes remerciements les plus sincères à Monsieur le professeur Jean Frayssinet, ainsi qu'à Monsieur le professeur Michel Bibent qui m'auront appris qu'il ne faut jamais donner démission de soi même.

La prophétie est annoncée, la vie privée est amenée à décliner, le processus serait d'ailleurs déjà entamé. Dans cette perspective peut-on encore compter sur l'institution du secret professionnel pour faire obstacle à ce funeste présage?. Est-elle susceptible de faire face à l'irruption fulgurante des nouvelles technologies de l'information, lesquelles semblent symboliser la fragilité de l'homme dépassé par ses inventions.

A dire vrai, le secret professionnel est d'une telle complexité qu'il ne peut réguler à lui seul la circulation des données personnelles, et ce d'autant plus que la multiplication des dérogations le fragilise chaque jour un peu plus.

Alors que penser de ce constat d'échec?. Rien si ce n'est se remémorer ce vieil adage qui veut que jamais rien n'est achevé tant qu'il reste quelque chose à tenter.

La protection moderne des données personnelles et notamment la loi du 6 janvier 1978, est la réponse trouvée par le législateur. Il ne s'agit plus ici de prétendre que les données personnelles sont inaccessibles, mais de prévoir à quelles conditions et selon quelles modalités elles peuvent faire l'objet d'un traitement. Nous sommes ici devant une gestion transversale de la circulation des données personnelles empreinte de pragmatisme, et dont la répression pénale et l'instauration d'une autorité de contrôle diligente permet d'en assurer l'efficacité.

Index

- Secret professionnel
- Protection des données personnelles
- Divulgence illicite
- Obligation de sécurité
- Vie privée

Index

- Professional secrecy
- Protection of personal data
- Unlawful disclosure
- Security duty
- Privacy

[Partie I : Les insuffisances du secret professionnel dans l'objectif de protection des données personnelles](#)

[Titre I : Les limites inhérentes à l'institution](#)

[Chapitre I : La notion restrictive de confident](#)

[Chapitre II : La notion ambivalente d'information à caractère secret](#)

[Titre II : Une institution dénaturée](#)

[Chapitre I : La maîtrise du secret](#)

[Chapitre II : Le recul du secret professionnel devant des intérêts impérieux](#)

[Partie II : Le recours à la protection moderne des données personnelles](#)

[Titre I : La gestion transversale de la circulation des données personnelles](#)

[Chapitre I : De nouvelles règles de protection quant à la collecte des données personnelles](#)

[Chapitre II : De nouvelles règles de protection quant au traitement et à la conservation des données](#)

[Titre II : L'arsenal contre la divulgation des données personnelles](#)

[Chapitre I : L'érection d'un nouveau secret professionnel](#)

[Chapitre II : La sécurité des données, renfort inespéré à l'objectif de protection des données personnelles](#)

Plan détaillé

Partie I : Les insuffisances du secret professionnel dans l'objectif de protection des données personnelles

Titre I : Les limites inhérentes à l'institution

Chapitre I : La notion restrictive de confident

Section I : Une limitation traditionnelle

& 1 : Genèse d'une institution

§ 2 : La consécration légale de la notion de confident

Section II : L'absence d'effets de la modification rédactionnelle

& 1 : Personnes dépositaires par état ou profession

& 2 : Personnes dépositaires en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire

Chapitre II : La notion ambivalente d'information à caractère secret

Section I : Le secret, pierre de touche du dispositif

& 1 : Le déplacement du centre stratégique de l'infraction

& 2 : L'élargissement subséquente de la notion de confident

Section II : Le secret, talon d'Achille du dispositif

& 1 : La notion de secret sous l'empire de l'article 378 du Code pénal

& 2 La notion restrictive d'information à caractère secret

Titre II : Une institution dénaturée

Chapitre I : La maîtrise du secret

Section I : Un secret général et absolu

& 1 : Le fondement juridique du secret

& 2 : La primauté de principe du secret professionnel

Section II : L'érection du secret professionnel en droit subjectif

& 1 : Le détournement de la finalité du secret professionnel

& 2 : Le dépositaire, maître du secret.

Chapitre II : Le recul du secret professionnel devant des intérêts impérieux

Section I : Le recours normal aux causes objectives d'irresponsabilité

Section II : La prolifération des dérogations au secret professionnel

Partie II : Le recours à la protection moderne des données personnelles

Titre I : La gestion transversale de la circulation des données personnelles

Chapitre I : De nouvelles règles de protection quant à la collecte des données personnelles

Section I : La mise en place de formalités préalables

& 1 : L'obligation de déclaration préalable

& 2 : L'obligation d'information

Section II : L'obligation de respecter un principe de loyauté

& 1 : Le droit d'opposition

& 2 : La protection accrue offerte aux données sensibles

Chapitre II : De nouvelles règles de protection quant au traitement et à la conservation des données

Section I : Les obligations du maître du fichier

& 1 : Le respect de la finalité du traitement

& 2 : L'obligation de conservation

Section II : Les personnes fichées associées à la protection des données personnelles

& 1 : Le droit d'accès

& 2 : le droit de rectification

Titre II : L'arsenal contre la divulgation des données personnelles

Chapitre I : L'érection d'un nouveau secret professionnel

Section I Un domaine d'application autonome

Section II : La finalité de protection de la vie privée

Chapitre II : La sécurité des données, renfort inespéré à l'objectif de protection des données personnelles

Section I : L'affirmation d'une obligation de sécurité

Section II : L'efficacité redoutable de l'obligation de sécurité

& 1 : Une obligation aux finalités préventives

& 2 : La répression efficace de l'obligation

Qui goûte des secrets ne boit plus de vins dit l'adage. Il est vrai que si le secret devait avoir une forme ce serait celui d'une oreille. En effet le secret excite la vénération, tous aspirent à en avoir mais simultanément se délectent à l'idée de pénétrer la vie de son prochain ; beau paradoxe. C'est que la notion de secret échappe à l'analyse.

D'autres beaucoup plus éminents s'y sont essayés, et à chaque fois, comme si l'épreuve était encore plus épique que les douze travaux d'hercule, le téméraire s'est retrouvé gisant éreinté, au bas d'un sommet aux parois trop lisses pour s'y accrocher, et aux aspérités trop saillantes pour y trouver un quelconque refuge de l'âme. C'est que le secret touche à l'humain, il lui est propre, il le constitue même dans la mesure où l'homme n'est en définitive qu'une somme de secrets, qu'un misérable petit tas de secrets dirait Malraux ; dès lors comprendre le secret c'est appréhender à sa juste dimension l'homme. L'on réalise alors à quelle épreuve les champions ont été confrontés ; si bien qu'à défaut de pouvoir l'expliquer, il convient de constater l'emprise qu'il exerce sur les sociétés occidentales, largement construites autour de lui sous le concept de vie privée.

Le droit ayant vocation à régenter les relations entre les hommes, c'est tout naturellement qu'il s'est intéressé au secret ; et ce n'est pas un hasard s'il s'est concentré sur sa dimension la plus sensible : le secret professionnel.

En effet, parce que les individus, en dépit de leur propension au secret, sont obligés de s'adresser dans leur vie courante à différents professionnels pour qu'ils les aident dans leurs difficultés, il a paru éminemment souhaitable, qu'ils ne souffrent pas d'indiscrétions.

C'est ainsi qu'a été institué avec le Code pénal de 1810 le secret professionnel, héritier du serment d'Hippocrate. Il est avec l'article 9 du Code civil la pierre angulaire du respect de la vie privée, le garant d'une relation de confiance entre le professionnel et la personne qui lui confie ses secrets, que cette confiance soit d'intérêt général ou privé.

Mais l'émergence des nouvelles technologies de l'information a conduit à jeter un regard nouveau sur le secret de la vie privée, lequel semble symboliser la fragilité de l'homme dépassé par ses inventions. Le secret de la vie privée étant menacé de façon toujours plus précise et plus pressante, besoin s'est fait sentir de réagir : c'est la loi de 1978 dite informatique et libertés qui tend à encadrer et contrôler les traitements automatisés de données personnelles.

La loi de 1978 n'a pu se faire sans une réflexion préalable sur le secret professionnel. Le secret professionnel est revenu au premier plan, la question de sa capacité à réguler la circulation des données personnelles n'a pu manquer d'être posée.

La filiation entre les deux dispositifs apparaît évidente, tant les préoccupations du secret professionnel et celles de la loi de 1978 (particulièrement dans son ancien article 43) sont proches : la protection de la vie privée.

Les situations sont à ce point voisines, que les délits prévus par l'article 226-22 du code pénal qui remplace l'ancien article 43 de loi de 1978, peuvent être en concours d'infraction avec les règles de la violation du secret professionnel ou de l'atteinte à l'intimité de la vie privée.

Toutefois, une analyse des dispositifs en place amène à penser qu'ils ne recouvrent pas tout à fait la même réalité.

L'étude des éléments constitutifs des infractions tend à prouver que si ces dispositions peuvent collaborer, voir se compléter pour atteindre un objectif commun, leur champ d'application ainsi que leur modus operandi sont sensiblement différents.

Aussi bien les personnes concernées, que l'objet de la protection accordée ne correspondent entièrement ; différence de nature et de degré.

A la phase en trois temps régissant la violation du secret professionnel : un confident, une information à caractère secret, une révélation, va répondre pour l'article 226-22 du Code pénal une valse à quatre temps : une information nominative, une divulgation, pouvant porter atteinte à la considération ou à l'intimité de la vie privée, au profit d'une personne n'ayant pas qualité pour la recevoir.

Ces différences rédactionnelles ne sont pas que formelles, elles recouvrent des réalités juridiques différentes. C'est pourquoi il apparaît essentiel de porter une analyse détaillée sur les éléments constitutifs de la violation du secret professionnel et sur ceux relatifs à la divulgation de données personnelles.

C'est à cette occasion qu'il apparaîtra que la violation du secret professionnel, infraction dont la rédaction a été modifiée avec le nouveau Code pénal, a opéré une mutation sensible dans la mesure où dans l'ancien article 378 Code pénal la pierre de touche du dispositif était la nature professionnelle du confident, alors qu'il semblerait que l'article 226-13 mette l'accent sur l'information proprement dite qui doit être secrète. Ce changement s'il est avéré, est susceptible de modifier l'appréhension de l'infraction en même temps que son champ d'application.

Il faut alors noter que cette modification rédactionnelle pourrait avoir des incidences sur la protection des données personnelles accordées par l'article 226-22 puisque la notion de secret est justement un des principaux points étant susceptible d'opposer les deux infractions. L'analyse du secret professionnel demandera alors une définition minutieuse et détaillée du secret au regard des données personnelles alors que l'étude de l'articles 226-22

commandera une définition au regard de ce même secret et de la notion de vie privée depuis longtemps fortement développée par la jurisprudence. Les deux infractions ont destin lié.

Mais pour porter un jugement éclairé sur la question du secret professionnel et des données personnelles, il faut préalablement considérer les limites apportés au secret professionnel

C'est qu'il existe une pathologie juridique à vouloir édicter des règles pour immédiatement leur consacrer des exceptions.

L'on observera que les poussées voulant déroger à la règle sont multiples et pressantes. Qu'elles soient marchandes ou légitimes, toutes concourent au recul de la protection des données personnelles. C'est le cas précisément du secret professionnel, qui à grands coups de boutons dérogatoires vit sur la défensive.

Les raisons ne manquent pas pour déroger à la règle, il s'agit seulement de respecter un principe de proportionnalité entre les bénéfices attendus pour la société et le prix à payer en matière de protection de la vie privée.

C'est sous cette angle qu'il faut analyser les dérogations apportées au secret professionnel, qui autorisent ou obligent le professionnel à parler, là où il avait obligation de se taire ; que ce soit parce que la règle du secret professionnel ne peut servir à protéger des intérêts illégitimes, et l'on pense ici au secret bancaire pour lutter contre la grande criminalité, à la dénonciation des sévices prévue à l'article 226-14, de la toxicomanie et à une foultitude de motifs tous plus légitimes les uns que les autres, mais aussi et surtout parce des intérêts que l'on choisit de considérer comme primordiaux dans un jugement de balancier, commandent cet assouplissement de la règle ; et l'on pense ici à la loi de 1994 sur les données nominatives en matière de recherche de santé qui est venu réglementer une pratique interdite au regard du secret professionnel et pour laquelle il a fallu aménager la règle du secret professionnel dit secret médical en la matière. Ce sera l'occasion de revenir sur le fondement d'intérêt général ou privé du secret professionnel, puisqu'un autre intérêt général lui a prévalu.

La question de son efficacité se pose alors de façon fulgurante. Un principe de secret aux multiples dérogations peut-il être encore considéré comme général et absolu?.

Mais bien plus, la loi de 1978 n'a pas pour unique objectif d'empêcher que soit divulgué des informations touchant à la vie privée. Ses objectifs et sa prise de vue sont infiniment plus vastes. Il s'agit ici de prévoir à quelles conditions une information est accessible. Cela passe par la mise en place de règles bien précises tenant à la collecte, au traitement et à la conservation des données personnelles. De plus, avec la loi de 1978, le législateur a souhaité associer les personnes "fichées" à l'objectif de protection de ces

données, comme pour mieux rappeler à tout à chacun que cette protection est l'affaire de tous et que chacun a un rôle à jouer dans l'objectif de préservation de la vie privée.

La raison première est que l'on ne se situe pas dans une perspective commune ; en effet alors que dans le cadre du secret professionnel, le professionnel est le confident nécessaire, dans le cadre de la loi de 1978, on est dans une situation où les informations sont sollicitées. Il ne faut oublier que le secret professionnel a été institué à une époque où l'appétit pour les informations personnelles était plus réduit, à la notable exception peut être d'un Fouché ; il se limitait aux nécessités policières et aux jeux d'intrigue. Le développement des nouvelles technologies a participé à l'accélération de la mise en place d'une société où l'organisation sociale est poussée jusqu'à écoëurement. Ce à quoi il faut ajouter les appétits commerciaux toujours plus colossaux qui voient dans les nouvelles technologies le nouveau Graal permettant aux ténors du monde marchand d'accroître tant et plus le ciblage de leurs campagnes commerciales. L'angle de vue est différent. Cette différence de nature va commander toutes les autres particularités.

La protection pénale offerte par la loi de 1978 ne se résume pas à sanctionner des divulgations illicites. A chaque obligation imposée au responsable d'un traitement de données correspond une sanction pénale. Surtout, le dispositif légal mis en place par le législateur en 1978 contient une obligation à la charge du responsable du traitement, sanctionnée pénalement de façon très lourde et qui semble être d'une redoutable efficacité : c'est l'obligation de préserver la sécurité des données nominatives.

C'est une fois l'analyse minutieuse du secret professionnel faite au regard de la protection offerte aux données personnelles (partie I) que l'on pourra porter un jugement sur l'efficacité des dispositifs en présence, sur l'apport du secret professionnel par rapport aux autres dispositions, sur leur complémentarité éventuelle ainsi que leur degré d'imbrication, et que l'on pourra dire si ressemblance signifie mimétisme et doublon. C'est alors qu'il apparaîtra que la protection des données personnelles exigeait l'instauration d'un aggiornamento sous forme de gestion transversale de la circulation de ces données (partie II). Régulation que le secret professionnel était bien incapable d'incarner, à la différence de la loi "informatique et libertés".

PARTIE I

LES INSUFFISANCES DU SECRET PROFESSIONNEL DANS L'OBJECTIF DE PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES

Si le secret professionnel est une institution ancienne et respectée, un œil attentif et exercé ne pourra toutefois manquer d'observer qu'elle a subie une mutation, très peu en faveur de son objectif premier de protection de la vie privée. C'est d'abord l'étude des éléments constitutifs de l'infraction de violation du secret professionnel qui mettra en lumière des insuffisances incompatibles avec le respect de la vie privée. Au-delà de l'exégèse, c'est ensuite en analysant son utilisation que nous constaterons que si fondamental et absolu que soit apparu le secret professionnel, il est de plus en plus remis en cause au point d'avoir été dénaturé.

Titre I

Les limites inhérentes à l'institution

L'article 378 du Code pénal de 1810 soumettait au secret professionnel les seules professions par lui visés. C'était au premier chef les professions de santé qui étaient désignés précisément par le texte. Pour le reste la désignation dépendait d'une formule générale que devait interpréter la jurisprudence. Ce faisant c'est la notion de confident qui commandait l'économie générale de l'infraction. Toutefois le Code pénal de 1994 est venu bouleverser la donne en procédant à une nouvelle rédaction de l'infraction de violation du secret professionnel. Dans ce nouvel article 226-13, c'est la notion de secret qui est mise en exergue. C'est de l'étude des éléments constitutifs que naîtra la détermination de la portée véritable de la protection offerte par l'infraction.

Chapitre I

La notion restrictive de confident

Nous avons vu que le législateur avait choisi de danser sur un rythme à trois temps en matière de violation du secret professionnel.

Le premier pas, celui qui ouvrait et menait la danse était le confident, le premier des éléments constitutifs de l'infraction.

Section I : Une limitation traditionnelle

& 1 : Genèse d'une institution

Si la question du secret professionnel s'inscrit par nature dans la droite ligne de celle de la protection de l'intimité de la personne, il n'était jamais venu à l'esprit de l'éminent faiseur de droit, d'élaborer une protection pénale autonome des informations à caractère secret. La tradition juridique, en même temps que l'intensité des enjeux, ont amené le législateur à ne concevoir la protection des secrets que lorsque ceux-ci étaient confiés à un professionnel ; l'urgence de protection est ici à son acmé, puisque dans leur vie courante, les individus sont obligés de s'adresser à une foultitude toujours plus grouillante de professionnels, pour qu'ils les aident dans leurs difficultés.

Effectivement, il y a une différence de nature et de degré entre une confiance faite à un professionnel et les secrets d'alcôve que s'échangent entre amis, les sybarites rompus aux jeux de l'intrigue ; point de place aux romances et autres vétileries lorsque les secrets confiés dégagent l'odeur funeste et marmoréenne des hôpitaux ou se drapent de l'ambiance capitonnée des milieux d'affaire.

C'est du reste sous ce visage exclusivement professionnel que le cloisonnement et l'opacité des secrets ont toujours été recherchés.

Au serment de foi mystique et fondateur d'Hippocrate déclamant à renfort de vertu et de verbe velouté, l'honneur et les devoirs des guérisseurs des corps et des âmes ("les choses, que dans l'exercice ou même hors de l'exercice de mon art, je pourrai voir ou entendre sur l'existence des hommes, et qui ne doivent pas être divulguées au dehors, je les tairai, estimant que ces choses là ont droit au secret de mystères"¹), ont répondu au fil des siècles divers ordonnances royales et arrêts de parlement, consacrant l'existence d'un devoir au secret pour les membres de certaines professions, toujours plus nombreuses, au fur et à mesure que la notion de vie privée faisait son œuvre civilisatrice. La divulgation du secret médical ne pouvait donner lieu à poursuite que si le médecin avait eu pour but de nuire à son patient. Ainsi, la chambre de la Tournelle condamna en 1599 un apothicaire qui, pour se venger d'un client mauvais payeur, avait rendu public le caractère honteux de sa maladie².

A ce titre, l'enseignement théologique offre un regard saisissant de nuance et de pertinence sur le secret professionnel.

Depuis les premiers siècles de l'ère Chrétienne, l'Eglise protège les secrets que les descendants des apôtres sont amenés à recevoir dans l'exercice de leur ministère ; Le secret de la confession est la manifestation la plus solennel de ce devoir de garder le silence, car il est la pierre angulaire de la charge d'un serviteur de Dieu. Il offre au pêcheur la possibilité d'être réintroduit dans sa communion en échange de l'aveu de ses fautes et de l'acceptation d'une juste réparation. C'est pourquoi le sigillum confessionis est désigné également comme le sacrement de pénitence, par lequel " les péchés sont effacés par Dieu, comme couverts du voile de l'oubli et du pardon"³.

Dés lors, il ne peut être question pour le confident de les révéler ; le pacte liant Dieu et ses fidèles par le truchement de ses serviteurs serait rompu. Le canon 1388 punit ainsi d'excommunication celui qui viole le secret sacramental.

Plus prosaïquement, le pêcheur ouvrira bien évidemment plus aisément sa conscience s'il est convaincu du silence de son confesseur.

L'on voit poindre ici, à côté de la justification purement théologique, les arguments de raison qui ont conduit à la reconnaissance d'un secret professionnel.

Ainsi de cette formule proférée par un évêque devant la cour d'appel d'Angers le 31 mars 1841 : "Les évêques ne peuvent maintenant acquérir les connaissances nécessaires pour l'exercice de leur juridiction que par la confiance et la fidélité aux paroles données"⁴.

¹ Serment d'Hippocrate vers 400-300 avant Jésus-Christ

² Beuchel, Bibliothèque de droit Français, 1671, t. I, p. 195. Cité dans "secret médical" : Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies.

³ Dun Scott cité par Hugues Moutouh " :Secret professionnel et liberté de conscience: l'exemple des ministres de cultes. Dalloz 2000 n°28

⁴ CA Angers, 31 mars 1841, D. 1841, 2 p. 529. Cité par Hugues Moutouh, op. cit.

Ces paroles, loin d'être innocentes, reflètent le pragmatisme dont est empreint le secret professionnel. Car cette nécessité du silence ne saurait, dans la pensée même de l'Eglise, être circonscrite aux secrets sacramentaux.

Le dogme Catholique a ainsi reconnu l'existence du secret confié ou *secretum commissum*, en sus du secret de la confession, dont c'est justement la version laïque et donc moins stigmatisée. Il s'agit du secret dont on a reçu le dépôt, en raison de sa qualité ou des fonctions qu'on exerce, pour obtenir un concours ou un conseil. Là encore les confidents sont tenus de ne pas trahir les secrets ainsi confiés.

Ce type de secret est expressément visé par l'Eglise sous le vocable *secret ex officio*, lorsque c'est en raison de leur office que les secrets ont été connus.

L'Eglise reconnaissait par ce biais la notion même de secret professionnel.

Si l'Eglise dans sa très sainte sagesse le faisait, le glissement du savoir et du pouvoir vers l'intelligentsia laïque et républicaine devait nécessairement conduire à une telle reconnaissance au sein de l'Etat de droit républicain.

C'est ainsi qu'à la suite de la lente et régulière affirmation du secret professionnel, le code pénal de 1810, a institué une incrimination particulière pour ceux qui seraient tentés de violer les confidences qui leur ont été faites dans l'exercice de leur fonction.

Comment ne pas être frappé par le mimétisme de cette reconnaissance, par la permanence des définitions et des motivations, auxquels les penseurs, les théologiens et les juristes de tous horizons ont eu recours.

C'est ici qu'il faut se référer à l'éminent Emile Garçon, chantre révérend du droit pénal en général et du secret professionnel en particulier, au point que toute analyse du secret professionnel qui se veut sérieuse et argumentée doit lui marquer de prime abord allégeance et dévotion :

"Le bon fonctionnement de la société veut que le malade trouve un 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 on pouvait craindre la divulgation du secret confié"⁵.

Ces quelques lignes figeaient dans le marbre, par la force de la persuasion, par la simplicité astucieuse et implacable du raisonnement, et par l'intransigeance du propos, la

⁵ E. Garçon. Code pénal annoté, art. 378 n° 7

formulation définitive du secret professionnel. Et de faire que pour une fois l'Eglise et la République se rejoignent, ce n'était pas le plus simple des miracles.

§ 2 : La consécration légale de la notion de confident

L'article 378 de l'ancien Code pénal prévoyait que :

" les médecins, chirurgiens et autres, officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors les cas où la loi les oblige ou les autorise à se porter dénonciateurs, auront révélé ces secrets, seront punis d'un emprisonnement d'un mois et d'une amende de cent à cinq cents francs".

Dans la mesure où la révélation d'un secret n'était considérée comme punissable que s'il s'agissait d'une confiance faite à un professionnel, la question de la détermination des personnes effectivement astreintes au secret était un élément constitutif de l'infraction, dont dépendait donc son existence même.

Le législateur avait fait du secret professionnel une obligation de type statutaire, en conséquence de quoi il fallait dès lors s'échiner à départager les professions qui y sont soumises et celles n'entrant pas dans cette dernière catégorie.

En premier lieu, c'est le texte d'incrimination qui désigne les professionnels concernés. Désignation qui relève de deux procédés différents et de précision inégale, ersatz de guide pour les magistrats, dont on aurait aimé qu'il soit d'une plus grande minutie, alors même qu'en matière de droit pénal, la gravité des enjeux commande à ce que toute incertitude soit prohibée. Mais une fois de plus et de façon récurrente le législateur s'est montré défaillant dans son œuvre, et a laissé aux magistrats le soin d'y remédier.

D'une part le législateur énumère expressément un certain nombre de professions, dont la particularité est de constituer un spicilège des professions médicales et para médicales : " ...médecins, chirurgiens et autres, officiers de santé, ainsi que les pharmaciens, les sages femmes..".

Le législateur montrait par ce biais l'empreinte inégalée du milieu médical dans l'histoire du secret professionnel.

L'on ne voit guère pourquoi en terme d'efficacité juridique le législateur a choisi de distinguer ainsi artificiellement les professions qui méritent d'être précisément désignés et celles ne bénéficiant pas de cet insigne honneur. Tout juste peut-on avancer un avantage indéniable en terme d'effet d'annonce : le monde médical est le milieu naturel du secret professionnel, de par la sensibilité aiguë des informations véhiculées.

D'autre part, l'article 378 de l'ancien Code pénal contient une formule générale, permettant de compléter la liste des professions concernées :

" ...toutes autres personnes dépositaires par état ou profession ou par fonctions temporaires ou permanentes des secrets qu'on leur confie."

Les critères de désignation ainsi fournis aux magistrats et accessoirement à tout juriste, posaient un problème d'interprétation. Une foultitude de concepts à la fois imprécis et d'acception équivoque composaient en effet cette formule.

Les praticiens du droit avaient pris pour habitude d'opérer une double lecture.

Dans un premier temps étaient considérés comme astreints au secret professionnel tous ceux qui au titre d'une profession ou d'une fonction étaient visés par un texte postérieur au Code pénal.

Cette solution ne devait poser aucune difficulté puisqu'elle ne demandait aux magistrats que de se démêler parmi tous les textes éparpillés et bien sûr de savoir lire, autant de considérations que tous s'accorderont à envisager comme une présomption irréfragable.

Il en est ainsi par exemple de la loi n° 83-660 du 21 Juillet 1983 organisant une commission de la sécurité des consommateurs qui précise dans son article 18 que " les membres et agents de la commission sont astreints au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance, en raison de leur fonction et sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal"⁶.

Dans un deuxième temps, la doctrine et par incidence la jurisprudence avait résumé la formule générale d'incrimination sous le terme de "confident nécessaire".

Loin d'être un simple raccourci, le dit terme allait être élevé au rang de concept juridique autour duquel se construisit une jurisprudence pléthorique précisant les professions appréhendées ou non par le secret professionnel.

La genèse de cette œuvre de sélection fut l'arrêt rendu par la chambre criminelle de la cour de cassation le 7 mars 1957, qui, dans des termes empreints d'autorité, établit le critère de sélection :

⁶ cité par Dominique Thouvenin dans juriscasseur fascicule 10 : révélation d'une information à caractère secret"

"l'article 378 ne vise que les faits parvenus à la connaissance d'une personne dans l'exercice d'une profession ou d'une fonction aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel, ou dans le cas où les mêmes faits lui ont été confiés sous le sceau du secret en raison d'une semblable profession ou fonction".

C'était une invite à opérer une distinction entre les professions dont la noblesse commande à ce qu'elles soient astreintes au secret professionnel et celles indignes de recevoir une telle responsabilité.

Les magistrats, prenant en considération la solution de principe dégagée par la haute juridiction, dressèrent une liste des professions qui "provoquent et exigent la confiance du public, de telle sorte que la loi imprime implicitement à leurs actes le caractère confidentiel et secret dès lors qu'elle impose ou simplement recommande cette fonction ou profession à la confiance publique"⁷.

Ainsi des professions telles que ministre de culte⁸, avocat⁹ et avoué¹⁰, notaire¹¹, magistrat et greffier¹², huissier¹³, gradé de la police¹⁴, expert comptable¹⁵, secrétaire de mairie¹⁶, banquier, agent de change, jury à un procès d'assise¹⁷ ont été déclarées tenues par le secret professionnel, en vertu de l'article 378 du Code pénal.

En revanche, n'ont pas été soumise au devoir de silence les cadres¹⁸, courtiers d'assurance¹⁹, comptables²⁰, administrateurs et présidents-directeurs généraux de société²¹, éducateurs, employés et ouvriers, et enfin journalistes. C'est donc que la jurisprudence a estimé qu'elles ne répondaient pas aux critères posés par la décision de principe.

Le dernier arrêt rendu sous l'empire de l'article 378 du Code pénal résonne comme un rappel fulgurant à la notion dichotomique de confident nécessaire, comme si les magistrats avaient voulu enraciner et marquer l'acmé d'une notion souple et trouble à la fois, avant sa refonte espérée : "La cour est à même de relever l'erreur commise par la cour d'appel en jugeant que le prévenu en sa seule qualité de chef d'établissement des bureaux

⁷ Michèle-Laure Rassat. Droit pénal spécial n°375.

⁸ Crim. 4 déc 1891

⁹ Crim. 18 juin 1835

¹⁰ Crim. 20 mai 1899

¹¹ Crim. 7 avril 1870

¹² Crim 9 juillet 1886

¹³ Crim 12 avril 1951

¹⁴ Crim 4 avril 1924

¹⁵ Crim 24 janvier 1957

¹⁶ Crim 13 mars 1897

¹⁷ Crim 25 janvier 1968

¹⁸ Crim 5 février 1970

¹⁹ Nancy 9 mars 1939

²⁰ Crim 14 janvier 1933

²¹ Crim 5 février 1970

extérieurs de la compagnie de la MACIF faisait nécessairement partie des personnes énumérées par l'article 378 du Code pénal ; qu'en effet, si celui qui a reçu la confiance d'un secret a toujours le devoir de la garder, la révélation de cette confiance ne le rend punissable que s'il s'agit d'une confiance liée à l'exercice de certaines professions ; que ce que la loi a voulu garantir c'est la sécurité des confidences qu'un particulier est dans la nécessité de faire à une personne dont l'état ou la profession dans un intérêt général et d'ordre public fait d'elle un confident nécessaire ; que tel ne peut être en droit, au regard des faits de la poursuite, le cas d'un chef de service d'une compagnie d'assurance"²²

L'impression que laisse cette œuvre jurisprudentielle est qu'elle n'est pas exempt de tout reproche. Cet examen détaillé des professions au gré des contentieux, a souvent du mal à se montrer d'une cohérence parfaite ; bien au contraire, la jurisprudence est souvent apparue " mobile, incertaine et contestable"²³, charriant dans son sillage une impression résiduelle de coup par coup, bien plus que celle d'une ligne directrice bien définie, comme l'y enjoignait pourtant l'arrêt fondateur.

Ainsi la profession de journaliste, dont on a vu précédemment qu'elle n'était pas susceptible de révéler des secrets, a été et reste un sujet de discorde majeur. Si les journalistes peuvent être pénalement sanctionnés pour révélation de secret en matière d'instruction, cela ne peut être fait qu'indirectement, par le truchement du délit de recel de violation du secret de l'instruction. En revanche le journaliste ne peut être l'auteur principal de la violation d'un secret.

Pourtant de nombreuses voix se sont élevées pour réclamer l'intégration des journalistes au sein des professions astreintes au secret professionnel.

Ainsi Philippe Boucher écrivit dans le monde du 29 juillet 1978 un article empreint de pertinence, à l'occasion d'une affaire où un journaliste refusait de livrer à la justice les sources de ses informations : "pour que l'information retrouve ses droits, dont la finalité profite au lecteur et non pas au journaliste, il faut à ce journaliste un minimum de protection, qui dans l'état actuel du droit, n'existe pas"²⁴.

Il est certain qu'il aurait été aisé de suivre un raisonnement respectant les conditions posées par la jurisprudence et de faire ainsi du journaliste un "confident nécessaire" : oui la profession de journaliste provoque et exige la confiance du public, dès lors il faut admettre que le journaliste est en droit d'invoquer le secret professionnel, vis à vis des sources des

²² Crim 19 novembre 1985

²³ Michèle-Laure Rassat. op. cit.

²⁴ Cité par André Damien dans "le secret professionnel" Gaz. Pal du 16 mars 1982

informations par lui reçues au titre de sa profession. Il en va de l'intérêt supérieur de la société.

Rien dans l'article 378 du Code pénal et dans la lecture qu'en fait la jurisprudence ne permet d'être catégorique. C'est la souplesse même de l'article 378 du Code pénal qui l'interdit. Pourtant telle n'a pas été la solution retenue par la jurisprudence.

La vérité est qu'au-delà d'un pré carré qui ne souffre guère de discussion, toute décision visant à soumettre une profession au devoir de silence ou à l'opposé, à l'en dispenser, est sujette à critique. L'on peut à chaque fois plaider une chose et son contraire. Solution de facilité pour le législateur, mais insatisfaisante au regard des exigences déjà citées du droit pénal.

La perspective d'une nouvelle rédaction pouvait laisser espérer une clarification. Mais si changement de rédaction a bien eu lieu, force est de constater que ses effets sont plus qu'incertains.

Section II : L'absence d'effets de la modification rédactionnelle

Le toilettage de l'article 378 du Code pénal, s'il supprime la distinction disgracieuse et inutile faite entre les professions médicales et les autres, ne contribue pas en revanche directement à rendre évidente la désignation des professions astreintes au secret professionnel.

Le choix d'une formule générale d'incrimination ancre le législateur dans sa volonté de s'en remettre à la jurisprudence oubliant qu'on ne doit jamais donner démission de soi-même, a fortiori quand il s'agit d'une institution de son importance.

L'article 226-13 du nouveau Code pénal prévoit que :

"La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 100.000 francs d'amende".

La désignation des personnes tenues au secret professionnel s'opère formellement d'une manière différente avec cette nouvelle rédaction puisqu'elle nous invite non plus à

distinguer entre les professions médicales et celles appréhendées par la formule générale d'incrimination, mais à envisager dans ce qui n'est plus qu'un libellé général, les personnes dépositaires des informations à caractère secret soit par état ou profession d'une part, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire d'autre part.

& 1 : Personnes dépositaires par état ou profession

Par état il est communément admis qu'il faut entendre la situation d'une personne dans la société. Cette formule n'a de raison d'existence que si l'on considère que certaines situations peuvent ne pas entrer dans le champ d'attraction de la définition du terme profession, entendu comme l'occupation déterminée dont on peut tirer ses moyens d'existence. Ces hypothèses sont rares, mais le législateur a voulu par avance remédier aux éventuelles difficultés que la rigueur juridique ne manque pas de soulever à chaque fois qu'il est fait état d'une carence dans la précision des termes.

C'est ainsi que les ministres de culte entrent dans cette catégorie et qu'ils sont par la même soumis au secret professionnel, même s'il est vrai comme on l'a vu, que les prêtres Catholiques n'ont pas attendu cette prévision légale pour se sentir liés par un devoir de silence.

Mais à l'évidence, c'est autour de la profession que va se focaliser l'attention des magistrats.

Dans une première acception, la prévision de l'article 226-13 du Code pénal s'inscrit dans la droite ligne de celle de l'ancien article 378 du Code pénal.

Point n'est besoin ici d'être vaticinateur pour comprendre que les professions qui étaient appréhendées par l'ancienne prévision légale continueront bien évidemment à l'être sous l'empire du nouveau code.

En premier lieu, il est toujours à la charge de la jurisprudence de définir les professions qui sont soumises au secret professionnel.

Bien que les professionnels de santé ne soient plus visés expressément dans le texte d'incrimination, il serait faux et absurde de considérer qu'ils ne sont plus astreints au secret professionnel ou qu'ils ne le sont encore qu'en vertu du code de déontologie médicale.

En effet, si le code de déontologie médicale prévoit dans son article 4 que "le secret professionnel, institué dans l'intérêt des malades, s'impose à tout médecin dans les conditions établies par loi", cela ne signifie pas en soi que les médecins entrent dans les prévisions de l'article 226-13 du Code pénal. Les deux dispositifs sont de nature et d'objet

différents, l'un renvoyant à la fonction répressive du droit pénal, alors que l'autre reflétant la nécessité qui a été ressentie d'établir des règles professionnelles organisant la dite profession et exposant le cas échéant le fautif à des sanctions disciplinaires.

Les deux institutions sont de ce fait indépendantes, et si l'on peut donc imaginer dans un raisonnement purement théorique que les médecins ne soient pas appréhendés par le devoir au secret imposé par le Code pénal, l'argumentation inverse peut être tout autant valablement soutenu; le fait que les médecins soient soumis au Code de déontologie médicale n'exclut nullement que leur activité relève de l'article 226-13 du Code pénal, puisque leur activité constitue bien une profession au sens de cet article. Ils relèvent donc de deux catégories de règles qui peuvent de ce fait conduire à un cumul de sanctions. Il est à noter que l'objet de chaque procédure étant de nature différente, la décision de l'une n'a pas autorité de chose jugée sur l'autre, avec toutes les implications d'ordre procédurale que cela implique.

Il résulte de ces constatations que la profession de médecin continuera comme par le passé à être le parangon de la profession visée par le texte d'incrimination alors même qu'elle n'occupe plus formellement la place éminente qui était jusqu'alors la sienne.

Il va sans dire que ce raisonnement ne saurait être circonscrit au médecin et que bien au contraire il a vocation à s'appliquer chaque fois que l'on est en présence d'une activité régie par un code déontologique. Il ne faut jamais préjuger mais au contraire vérifier si cette activité est bien entendue par l'article 226-13 du Code pénal comme une profession pour pouvoir donner lieu à une répression pénale en sus des sanctions disciplinaires. A titre d'illustration l'article R 5015-5 al. 1, du Code de la santé publique, texte de nature déontologique, dispose que "le secret s'impose à tous les pharmaciens dans les conditions établies par la loi".

A dire vrai, il n'y avait aucune raison pour que la jurisprudence revienne sur ses décisions antérieurement émises quand celles-ci soumettaient une profession à la rigueur du secret professionnel. Il convient donc de se reporter aux décisions retenues sous l'empire de l'article 378 du Code pénal²⁵. A titre d'exemple et pour citer une décision prise sous l'empire du nouveau code à propos de la profession d'expert comptable : "se rend coupable de violation du secret professionnel le prévenu comptable, qui porte à la connaissance de la direction régionale des impôts des faits réels et des informations, dont il avait été le dépositaire à raison de sa profession"²⁶.

²⁵ Voir infra Section I, & 2

²⁶ CA Aix-en-Provence, 29 juin 1995

En second lieu, la nouvelle rédaction de la violation du secret professionnel ne bouleversera pas non plus la donne en ce qui concerne les professions qui sont soumises au devoir de secret par le biais d'une loi ou d'un règlement, étant rappelé que les textes de nature déontologique ne rentrent pas dans ces dernières catégories.

L'établissement d'une liste exhaustive ne présentant que peu d'intérêt, il suffira de donner quelques exemples pour illustrer l'œuvre foisonnante de désignation des professions que la haute institution a souhaité assujettir au secret professionnel. L'ensemble des dispositions spéciales ne constituent en fait qu'un spicilège de ce qu'est au sens de l'article 226-13 du Code pénal l'état, la profession, la fonction et la mission temporaire.

Ainsi dans le secteur social et familial, sont astreints au secret professionnel par renvoi à l'article 226-13 du Code pénal, les membres des bureaux d'aide sociale et des commissions administratives²⁷, "les assistantes, assistants ou auxiliaires du service social"²⁸, les agents de probation²⁹, toute personne appelée à collaborer au service départemental de protection maternelle et infantile³⁰, ainsi que les agents du service d'accueil téléphonique ayant pour fonction la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs³¹.

Dans le secteur bancaire, " tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui, à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employé par celui-ci est tenu au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues à l'article 378 du Code pénal"³². Il n'est pas surprenant au surplus de constater que c'est dans le secteur de la santé que les textes sont de loin les plus nombreux. mais cette situation mérite d'être mise en exergue dans les développements ultérieurs immédiats car elle reflète la mutation qu'a opéré le secret professionnel.

& 2 : Personnes dépositaires en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire

²⁷ Art. 135 du décret du 24 janvier 1956

²⁸ Art. 225 du Code de la famille

²⁹ Art. D 594 C. pr. pén.

³⁰ Art. L 188 C. sant. publ.

³¹ L n°89-487, 10 juillet 1989, art. 71

³² L n° 84-46 du 24 janvier 1984, art. 57

Dans une deuxième acception, la nouvelle rédaction de l'article 226-13 du Code pénal a introduit une modification par rapport à l'ancien article 378 du Code pénal puisqu'elle ajoute aux personnes tenues par le secret professionnel, celles qui sont dépositaires d'une information à caractère secret en raison de leur fonction ou de leur mission temporaire.

Si le terme fonction est proche de la profession, il ne recouvre pas cependant tout à fait la même réalité, puisqu'il désigne également "la charge exercée dans un domaine précis, sans pour autant que celui qui l'exerce en tire ses moyens d'existence"³³. C'est à ce titre que les maires par exemple peuvent être les auteurs d'une violation du secret professionnel³⁴. La mission quant à elle, renvoie à la charge donnée à quelqu'un d'accomplir quelque chose. Cette définition est très proche encore une fois de celle de la fonction, et la différence réside dans le texte même de l'article 226-13 du Code pénal qui adjoint à la mission une dimension temporelle, en ce qu'il la désigne limitée dans le temps.

Il ne sert à rien de nuancer plus avant ces développements, il suffit de relever que ces précisions vétilleuses illustrent simplement la volonté du législateur de recouvrir le plus large panel de situations.

Aussi à la seule fin d'illustration, au sein des nombreux textes spéciaux précisant que telle fonction ou mission est tenue au secret professionnel, il convient de relever ceux qui concernent les membres de la commission de contrôle de bourse³⁵, les membres de la commission de surendettement des particuliers³⁶, ou enfin les membres des comités consultatifs de protection des personnes dans la recherche biomédicale.

A priori rien de très nouveau donc dans ces modifications formelles.

Toutefois, le changement rédactionnel de l'article 378 du Code pénal a de manière incidente clarifié et élargi la notion de confident, en contribuant à déplacer l'axe central de l'infraction vers un autre élément constitutif. Par la même c'est toute l'économie générale de l'infraction qui a été modifiée dans le sens d'un accroissement de son pouvoir d'attraction au titre de la notion jusqu'alors limitative de confident.

Simplement, ce n'est pas dans la formulation du dépositaire du secret que réside la genèse de la transformation, mais dans le secret lui-même qui est devenu avec le nouveau code pénal une "information à caractère secret".

³³ Dominique Thouvenin dans jurisclasseur fascicule 10 : révélation d'une information à caractère secret"

³⁴ CA Agen, 11 janvier 1996. Cité par Dominique Thouvenin. op. cit.

³⁵ L. n°89-1014, 31 décembre 1989

³⁶ Art. L. 311-11 C. consom.

Ce document provient du site www.droit-ntic.com

Chapitre II

La notion ambivalente d'information à caractère secret

Si l'érection du "secret" en "information à caractère secret" a eu pour conséquence indéniable de déplacer le centre stratégique de l'infraction, il reste que les conséquences de cette évolution sont marquées du sceau de l'incertitude.

Si la notion de confident se trouve incidemment élargie, avec pour effet une amélioration de l'efficacité du texte répressif au regard de l'objectif de protection de la vie privée, en revanche il n'en est pas moins vrai que cela emporte également une limitation tout à fait préjudiciable en considération de ces mêmes objectifs.

Section I : Le secret, pierre de touche du dispositif

& 1 : Le déplacement du centre stratégique de l'infraction

On a vu dans les développements précédents que la jurisprudence, dans son interprétation de l'article 378 du Code pénal, avait opéré un lien entre la profession et le secret. Plus précisément, ce lien était de nature hiérarchique puisqu'en limitant la répression à certaines professions "aux actes de laquelle la loi, dans un intérêt général et d'ordre public, a imprimé le caractère confidentiel"³⁷, les magistrats avaient permis que ce soit la notion de confident qui commande celle de secret et par la même l'application du texte répressif.

Cette lecture entraînait à elle seule une restriction tout à fait préjudiciable du domaine de l'infraction, au regard de l'objectif de protection des informations touchant à la vie privée.

³⁷ Cass. crim. 7 mars 1957

De nombreux auteurs, avant même la refonte du Code pénal, avaient critiqué cette solution qui conduisait, au titre du critère jurisprudentiel de "confident nécessaire", à exclure du champ d'application de l'infraction de violation du secret professionnel des professions comme celle d'éducateur spécialisé, alors même que le secret est une condition sine qua non de l'efficacité de son action³⁸.

Ils préconisaient de "centrer le secret non plus sur le professionnel mais sur l'acte de soins lui-même, ce qui conduirait à admettre une conception fonctionnelle du secret"³⁹.

Les raisons manquent évidemment de limiter ce recentrage au domaine médical.

Traduit en langage universel "l'obligation au secret n'est pas une conséquence de la fonction mais la sanction de l'intrusion nécessaire dans la vie privée d'autrui"⁴⁰.

En effet, ils ne voulaient voir dans la violation du secret professionnel qu'une infraction visant à sanctionner l'atteinte à la vie privée par toute personne dont la profession aura permis et légitimé l'intrusion dans les secrets d'autrui.

La prise en considération de ce recentrage, devrait permettre d'éviter la question de savoir quelles catégories de personnes peuvent être considérées comme des confidents nécessaires, et par la même d'ouvrir plus largement le champ d'attraction de l'infraction.

La refonte du code pénal et plus spécialement du texte réprimant la violation du secret professionnel, a permis que ces critiques ne restent vaines.

En effet, dans le nouvel article 226-13 du Code pénal, il n'est plus question de professionnels qui auront révélé des secrets confiés, mais de la révélation d'une information à caractère secret.

L'angle de vue est sensiblement différent, l'accent est maintenant mis sur l'information à caractère secret et la profession se trouve comme couverte d'un voile rendant sa silhouette diaphane.

Des arrêts rendus depuis ce toilettage rendent compte parfaitement de la mutation opérée. Ainsi, dans deux affaires où était reproché à des fonctionnaires de police d'avoir remis des informations à des tiers, la chambre criminelle de la cour de cassation a eu recours à une formule identique : "les fonctionnaires de police sont tenus au secret professionnel en ce qui concerne les informations parvenues à leur connaissance dans

³⁸ Cass. crim 21 novembre 1971

³⁹ N.J Mazer, "le secret professionnel des praticiens de la santé, mythe ou réalité." Gaz. Pal. 1975, II, p.468

⁴⁰ Dictionnaire permanent Bioéthique et Biotechnologies. Feuillet 21 p. 2293

l'exercice de leur profession et auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel dans un intérêt général et d'ordre public."⁴¹.

Effectivement, si la haute institution évoque le caractère confidentiel, ce n'est plus en référence à la profession mais bien relativement aux informations recueillies.

Cela devrait entraîner une désaffection pour la notion de confident au profit de celle d'information à caractère secret, dans les plaidoiries de ceux qui seront amenés à défendre un prévenu poursuivi pour violation du secret professionnel.

& 2 : L'élargissement subséquente de la notion de confident

En premier lieu, si l'enjeu crucial de l'infraction s'est reporté sur la notion d'information à caractère secret au détriment de celle de confident, il ne sera donc en toute logique plus nécessaire de scruter comme par le passé les arrêts qui livraient des sentences ("ukases" diraient les tenants de la suppression du critère de confident nécessaire) de dispense ou au contraire d'assujettissement au secret professionnel.

Le secret professionnel s'est libéré du carcan dans lequel la jurisprudence l'avait enfermé.

Il n'existe plus aucun motif valable de considérer que certaines professions jouissent en repos d'une impunité souveraine, comme c'était le cas auparavant.

Bien entendu, cette impunité n'était avérée que du point de vue du secret professionnel. Les confidents estimés "non nécessaires" pouvaient toujours répondre civilement de leurs atteintes à la vie privée d'autrui, sur les fondements des articles 9 et 1382 du Code civil.

Ainsi, en toute logique, les éducateurs spécialisés, les secrétaires, les cadres même supérieurs, les courtiers d'assurance devraient être assujettis au secret.

De manière générale, cette soumission devrait concerner toutes les personnes qui sont amenées à connaître des informations à caractère secret de par leur état ou profession, leur fonction ou leur mission à accomplir.

Simplement, il conviendra d'en vérifier la concrétisation devant la justice pénale.

Certains auteurs vont jusqu'à soutenir l'idée de soumettre celui qui exerce illégalement la médecine au devoir de se taire⁴², chose que la jurisprudence refuse jusqu'à maintenant⁴³.

⁴¹ Cass. crim. 25 octobre 1995- Cass. crim 7 novembre 1996

⁴² Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies. Feuillet 21 p. 2290 A

⁴³ Cass. crim.6 nov 1916

Nous n'oserons pour notre part pousser le centrage de l'infraction sur le secret jusqu'au point de couvrir la profession du voile de l'oubli. Le secret doit rester professionnel, même s'il est amené à régenter toutes les professions et plus seulement les confidents nécessaires.

Ainsi un médecin est un professionnel muni de diplômes Français d'Etat de docteur en médecine ou, si l'intéressé est ressortissant de la communauté économique Européenne, d'un diplôme de médecin délivré par un de ces Etats⁴⁴, et qui a fait enregistrer le dit diplôme à la préfecture ou sous-préfecture et au greffe du tribunal de grande instance⁴⁵ en sus d'être inscrit au tableau de l'ordre des médecins⁴⁶.

La rigueur juridique impose de rester vigilant sur ce point.

Enfin, cette extension, tirée de la formule de l'article 226-13 du Code pénal, ne fait que confirmer une tendance inflationniste qui a soumis un nombre toujours plus grand de professionnels au secret, par le truchement des textes spéciaux.

Nombre de ces textes ont procédé pas à pas, en ne visant que des professions particulières. Mais de plus en plus, les textes spéciaux étaient à vocation généraliste, en ce sens qu'ils faisaient référence à une catégorie de profession très large, ou même, et de façon encore plus significative, qu'ils faisaient du type d'information à protéger par le secret professionnel leur objet et leur finalité, sans considération de la nature précise de la profession. Ce qui rend bien compte du fait que le législateur et les pouvoirs publics ont intégré pour leur part l'idée selon laquelle l'objectif final du secret professionnel n'est pas d'accorder un privilège à certaines professions mais bien de protéger la vie privée.

Ainsi "les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans cadre des règles instituées dans le code pénal"⁴⁷. Ce texte a vocation à s'appliquer à tous les agents de l'administration qu'elle soit d'Etat, territoriale ou hospitalière. Son domaine d'application est donc très vaste.

Ensuite, "toute personne appelée, en raison de sa profession, à connaître les renseignements inscrits dans le carnet de santé est astreint au secret professionnel"⁴⁸.

Le principe est également posé pour les individus de plus de 16 ans⁴⁹.

Enfin, "toute personne appelée en raison de sa profession à connaître les renseignements inscrits dans le dossier médical de liaison est astreinte au secret professionnel"⁵⁰.

⁴⁴ C. Santé. Publ, article L352-2

⁴⁵ C. Santé. Publ, article L361

⁴⁶ C. Santé. Publ, article L361

⁴⁷ Article 26 de la loi du 13 juillet 1983.

⁴⁸ Article 5 arrêté du 2 mars 1995.

⁴⁹ Ordonnance n° 96-345 du 24 avril 1996 relative à la maîtrise médicalisée des dépenses de santé

⁵⁰ Arrête du 18 août 1997 relatif au modèle d'imprimé servant à établir le dossier médical de liaison entre le service départemental de protection maternelle et infantile et le service de promotion de la santé en faveur des enfants suivis en école maternelle.

La combinaison de la modification rédactionnelle de l'article 226-13 du Code pénal et des nombreuses prescriptions légales et réglementaires amènent à penser que dans le domaine médical, l'on est passé du secret du corps médical au secret des professionnels de santé, comme certains auteurs le défendaient⁵¹.

L'élargissement du secret professionnel au personnel soignant pris dans sa globalité semble aller de soi ; cette évidence est parfaitement mise en exergue dans le cadre hospitalier où c'est toute l'équipe soignante qui doit être informé de l'état de santé du patient, et où par conséquent le secret se trouve par nécessité mis en commun par le personnel amené à prodiguer des soins. Ce dernier est considéré en quelque sorte comme un "confident indivisible"⁵².

Ce raisonnement, s'il trouve dans le milieu médical sa terre de prédilection, peut tout aussi bien se prolonger à toutes ces professions qui supposent un travail en équipe. C'est ainsi que l'on parle également d'équipe d'avocats.

"l'exercice en commun de professions autrefois pratiquées individuellement a profondément modifié la physionomie du secret professionnel (.....). Ce secret possède dès l'origine un caractère collectif, il n'est protégé que par une application fictive des notions de confident et de confiance"⁵³

De manière de prime abord moins évidente, il semble que le devoir de secret puisse s'étendre également au personnel non soignant

.En effet, une foultitude de professionnels qui ne participent pas à l'acte soins proprement dit, ont tout de même accès dans le cadre de leur profession au dossier médical du malade. Il en est ainsi de la secrétaire médicale qui gère les dossiers des malades ou encore tape les ordonnances. C'est alors que le bon mot de l'auteur dramatique Jacques Deval nous vient à l'esprit forçant de son humour tranchant les barrières de l'inconscient : "plus un secret a de gardiens, mieux il s'échappe."

Dés lors, si l'objectif du secret professionnel est bien la défense de la vie privée, il apparaît éminemment nécessaire que le personnel administratif soit également appréhendé par le secret professionnel.

Un arrêt ancien de la cour de cassation en date du 16 mars 1893 rendait d'ailleurs déjà compte de cette nécessité en soumettant le personnel non médical dirigeant les cliniques ou les hôpitaux au devoir de silence..

Le code de déontologie impose quant à lui au médecin "de veiller à ce que les personnes qui l'assistent soient instruites de leurs obligations en matière de secret professionnel et s'y

⁵¹ N.J Nazen, le secret professionnel des praticiens de la santé, Vigot, 1985.

⁵² Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies Feuilletts 21 p. 2290

⁵³ F. Warenbourg-Auque, "Réflexions sur le secret professionnel", Rev. Science. Crim. 1978.237)

conformement (...) et à ce que qu'aucune atteinte ne soit portée par son entourage au secret qui s'attache à sa correspondance personnelle"⁵⁴.

Ensuite, une circulaire rappelle que l'obligation de secret s'applique à tout le personnel administratif et médical des établissements de santé et des caisses d'assurance maladie dans le cadre de la prise en charge des antirétroviraux par les caisses⁵⁵.

Enfin dans un arrêt récent puisqu'en date du 7 octobre 1997, la chambre sociale de la cour de cassation n'a pas hésité à soumettre au devoir de silence une secrétaire réceptionniste dont l'activité professionnelle se limitait à recevoir les malades, répondre au téléphone et nettoyer les aiguilles : "l'obligation qui est faite au personnel des cabinets médicaux par l'article 50 de la convention collective nationale du 14 octobre 1981 d'observer une discrétion absolue à l'égard des malades et de leur entourage s'applique indistinctement à tous les salariés d'un cabinet médical qu'ils aient ou non accès aux dossiers des malades".

En conclusion, la question de la détermination des professions pouvant être soumises au secret professionnel n'apparaît plus qu'en filigrane. Plus rien ne semble pouvoir légitimer une restriction de la protection de la vie privée offerte par le secret professionnel au titre de la notion de confident.

Simplement, il faudra s'en remettre à la jurisprudence en espérant que dans sa très grande sagesse elle interprète de façon extensive la notion de confident, sans que cela ne dusse entraîner une dénaturation de l'éminente institution.

Seulement, comme l'aime à rappeler les auteurs s'étant pris de passion pour le secret professionnel, l'infraction est sans doute l'une des plus complexes du droit pénal. Il n'est pas surprenant dès lors que dans un élan qui ravira sa réputation, ce soit paradoxalement dans les raisons qui ont permis une lecture plus favorable à la protection de la vie privée que réside ce qui sera une restriction tout à fait injustifiée du domaine de l'infraction.

Section II : Le secret, talon d'Achille du dispositif

Afin que les professionnels détenteurs d'informations puissent se voir reprocher une révélation punissable encore faut-il s'entendre sur ce qu'il est interdit de révéler.

⁵⁴ Article 72 du Code de déontologie médical

⁵⁵ Circulaire DGS/DH/DSS n° 97-405, 30 mai 1997 relative au secret professionnel concernant les personnels médicaux et administratifs des établissements de santé et des caisses d'assurance maladie

Sous l'empire de l'article 378 du Code pénal une jurisprudence abondante s'était développée autour de la nature et du contenu de l'information protégée.

Toutefois, il est à craindre que la nouvelle rédaction du secret professionnel soit susceptible de remettre en cause la jurisprudence établie, dans un sens malheureusement à l'opposé de l'objectif de protection de la vie privée.

& 1 : La notion de secret sous l'empire de l'article 378 du Code pénal

L'article 378 du Code pénal protégeait les "secrets confiés" aux professionnels.

La formule choisie devait induire deux conséquences majeures.

D'une part, parmi les informations recueillies, seuls les secrets étaient réputés inaccessibles. D'autre part, la lettre du texte commandait de procéder à une autre subdivision. Parmi les secrets seuls ceux qui avaient été confiés au professionnel pouvaient être couverts par le devoir de silence

Une interprétation, exégétique aurait donc conduit inmanquablement à une limitation considérable du champ d'application de l'infraction, tout à fait contraire aux objectifs poursuivis par le législateur de 1810. Dès le départ il apparaît dans les travaux préparatoires que ce que le législateur a entendu sanctionner, ce sont des comportements susceptibles de porter atteinte à la réputation et à la vie privée de celui dont le secret est trahi.⁵⁶

C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a très tôt libéré le secret professionnel de ces critères trop étroits

En premier lieu, le secret n'a jamais été limité, sous l'empire de l'article 378 du Code pénal, à des informations véritablement inconnues.

Ainsi "les règles relatives à l'article 378 du Code pénal doivent recevoir application quand bien même il s'agirait de faits susceptibles d'être connus"⁵⁷. Dans cette affaire, un chef de brigade de gendarmerie avait divulgué un avis de condamnation destiné à la brigade de gendarmerie de la personne condamnée. Le prévenu avait mis en avant le fait que la condamnation avait été prononcée en audience publique et par la même pouvait être connue.⁵⁸

⁵⁶ Dominique Thouvenin, Juris-classeur, Fascicule 10, "révélation d'une information à caractère secret".

⁵⁷ Cass. crim. 8 février 1994

⁵⁸ Egalement en ce sens : Cass. crim. 24 janvier 1957. cité par M.L. Rassat dans "droit pénal spécial" n°376.

Ensuite "la connaissance des faits par d'autres personnes n'était pas de nature à leur enlever le caractère confidentiel et secret"⁵⁹. Ici, un officier de police judiciaire, informé qu'une enquête était diligenté par la police de l'air et des frontières à l'encontre de policiers municipaux, collègue de son époux, avait prévenu ces derniers en leur recommandant de nier les faits et d'effacer les preuves matériels. Là encore, la défense a vainement argué de la connaissance par d'autres personnes du déroulement de l'enquête.

Enfin, le même sort a été réservé à ceux qui n'ont fait que confirmer des soupçons largement répandus⁶⁰ ou qui se sont bornés à donner des détails supplémentaires sur une situation déjà révélée⁶¹.

En second lieu, la jurisprudence a très tôt choisi de ne pas limiter le secret à ce qui avait été confié au professionnel.

L'arrêt fondateur évoquait un secret qui avait bien été révélé "puisqu'il s'agissait d'un ensemble de faits secrets par leur nature et dont le médecin n'avait eu connaissance qu'à raison de sa profession."⁶²

La chambre criminelle étendait donc le secret à toute l'activité professionnelle.

Dans des termes très explicites, un jugement de 1925 est venu rappeler cette position : "Celui qui est astreint au secret professionnel est dans l'obligation de garder un mutisme complet non seulement sur ce qui lui est confié mais encore sur tout ce qu'il a pu voir, entendre, comprendre ou même déduire, de l'exercice de sa profession"⁶³.

Les hypothèses se sont multipliés où la jurisprudence a eu besoin de réaffirmer cette extension.

Ainsi un notaire "est tenu au secret pour tout ce qui parvient à sa connaissance en raison de son ministère, à la seule condition que l'acte soit un acte entrant dans ses attributions"⁶⁴.

La circulaire n°1796 du 20 avril 1973 relative au secret dans les établissements hospitaliers est venu rappeler et résumer parfaitement ces solutions jurisprudentielles : "la loi ne donne pas de définition précise du secret à conserver, mais la jurisprudence a conféré une portée large à cette notion : il s'agit des faits dont la connaissance est réservée à quelques personnes; ou de ceux qui constituent un secret par leur nature ou par les conséquences nuisibles qui pourraient résulter de leur divulgation."

Envisagé de façon pratique, en matière médicale, c'est donc l'ensemble des informations recueillies par le praticien à l'occasion de l'examen clinique ou du diagnostic : la

⁵⁹ Cass. crim. 22 novembre 1994

⁶⁰ Aix-en-Provence 19 mars 1902

⁶¹ Cass. crim. 7 mars 1989

⁶² Cass. crim. 19 décembre 1885

⁶³ Trib. Civ. Pau 20 juin 1925

⁶⁴ C.A Bordeaux 3 juin 1926

nature de la maladie, ses causes, les suites qui peuvent en découler sont marquées du sceau du secret par leur nature.

Il n'y avait a priori aucune raison de revenir sur ces solutions, dans la mesure où elles contribuaient à l'objectif de protection de la vie privée.

Et portant tel ne fut pas le choix opéré par le législateur, qu'il soit le fruit d'une maladresse inconsciente, d'une incompétence ou d'une volonté consciente.

& 2 La notion restrictive d'information à caractère secret

Le nouvel article 226-13 du Code pénal a opté pour une rédaction mettant de fait l'accent sur le critère d'information à caractère secret.

La formule choisie semble par malheur ne pas laisser de doute quant à la condition ajoutée pour que puisse être reproché une révélation punissable.

Le législateur semble bien exiger un secret au sens exact du terme, sinon pourquoi diable avoir modifié la rédaction de l'infraction.

Comme le fait fort justement remarquer M.L Rassat : "la règle d'interprétation est, en effet, qu'une loi nouvelle qui contredit une jurisprudence est censée avoir voulu condamner cette jurisprudence d'autant plus que la rédaction retenue n'est pas la fruit du hasard puisqu'on a repoussé au cours des travaux préparatoires des amendements ayant pour but au contraire de faire consacrer expressément la formule classique du jugement de 1925"⁶⁵

On éprouve des difficultés à discerner quel obscur dessein a poursuivi le législateur et quel gain il escomptait obtenir par le biais de cette modification.

Au mieux dirons nous qu'il peut s'agir d'une maladresse inconsciente qui siée toujours très mal à la matière juridique; mais nous avouons ne pas pouvoir étouffer entièrement cette première pensée qui vient liminairement à l'esprit et qui nous incline à considérer qu'une erreur de cet acabit est la marque d'une incompétence une nouvelle fois affichée par les honorables députés, alors même qu'en droit pénal les enjeux sont si cruciaux, que la plus grande attention est exigée dans la précision des termes et des formules choisies.

Car tout de même, cet égarement législatif devrait entraîner une restriction tout à fait injustifiée du domaine de l'infraction, si la jurisprudence se résout à respecter la règle selon laquelle "la loi pénale est d'interprétation stricte"⁶⁶.

⁶⁵ M.L Rassat : Droit pénal spécial n°377

⁶⁶ C. pén, article 114-4

Il ne faut préjuger heureusement de rien, et surtout pas de la capacité de résistance dont peut faire preuve la jurisprudence. Cette dernière peut très bien continuer à considérer que le fait qu'une information soit connue d'un professionnel dans le cadre de ses fonctions en fait une information à caractère secret.

Toutefois, quelques décisions intervenues depuis la refonte du Code pénal donnent à penser que la jurisprudence commence à faire le départ entre les informations qui ont un caractère secret et les autres.

Ainsi la chambre criminelle de la cour de cassation, dans un arrêt de rejet a motivé sa décision dans des termes assez univoques : "En effet, les fonctionnaires de police sont tenus au secret professionnel à propos des informations parvenues à leur connaissance dans l'exercice de leur profession et auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel dans un intérêt général et d'ordre public"⁶⁷.

A partir de cette décision, on peut donc déduire que parmi les informations qui parviennent à un policier, ne constituent une information à caractère secret que celles "auxquelles la loi a conféré un caractère confidentiel".

Un arrêt en date du 7 novembre 1996 reprend la même formule à propos d'une affaire où un inspecteur de police du service des renseignements généraux avait révélé à un tiers des informations extraites du fichier des personnes recherchées. Les magistrats avaient ajouté expressément que "le contenu des fichiers de police est secret".

Une décision de la cour d'appel de Paris attire particulièrement l'attention en raison de sa motivation très détaillée. La cour d'appel rapporte que les propos tenus par un jeune homme sur son père, dans le cadre d'une visite médicale, "concernaient l'intimité de vie familiale et présentaient par leur nature, un caractère confidentiel"; de plus ces propos "n'étaient pas sans lien avec le diagnostic médical dans la mesure où ils pouvaient contribuer à analyser les causes de l'angoisse" dont souffrait le jeune homme. C'est pourquoi la cour a estimé que ces propos entraient bien dans le champ d'application de l'article 226.13 du Code pénal.⁶⁸

Il est instructif de constater que toute l'argumentation de la cour d'appel ne porte que sur le caractère secret ou non des informations recueillies par le médecin. La cour d'appel s'est donc senti en devoir de préciser clairement en quoi les informations étaient secrètes.

Enfin un arrêt a refusé quant à lui de reconnaître le caractère secret au nom d'un client et au montant des honoraires par lui dus en contrepartie d'une analyse médicale, au motif que ces informations ne sont pas d'ordre médical. L'arrêt précise même que la solution aurait été différente si les résultats d'analyse avaient eux été communiqués.

⁶⁷ Cass. crim. 26 octobre 1995

⁶⁸ C.A Paris 19 janvier 1996

Il ressort de ces arrêts qu'il faudra dorénavant scruter les décisions de justice afin de départager avec certitude les informations accessibles et celles qui sont couvertes par le secret professionnel.

On a ainsi fait du secret professionnel une infraction au domaine d'application malencontreusement et artificiellement limité, ce qui ne peut manquer d'être blâmé au regard de la nécessaire préoccupation de protection de la vie privée.

L'institution n'avait aucun besoin d'être ainsi rongée de l'intérieur, d'autant plus que les attaques qu'elle a du subir de l'extérieur ont été nombreuses et continuent à l'être.

Titre II

Une institution dénaturée

L'infraction de violation du secret professionnel ne répond pas de façon assez satisfaisante à l'objectif de protection de la vie privée en raison de limites structurelles restreignant son domaine d'application.

Ces insuffisances sont malheureusement renforcées par l'utilisation qui a été faite du secret professionnel et par les dérogations de plus en plus nombreuses qui lui ont été apportées. Toutes ces raisons ajoutées les unes aux autres conduisent à un relatif constat d'échec, où est mis en lumière la dénaturation du secret professionnel.

Chapitre I

La maîtrise du secret

Alors que dans des élans empreints de fermeté, le secret professionnel avait toujours été considéré comme général et absolu, n'étant instituée qu'au bénéfice de celui qui confie ses secrets, l'institution s'est peu à peu éloignée de son objectif premier, en étant en quelque sorte confisquée par les dépositaires.

Section I : Un secret général et absolu

Sous l'empire du Code pénal de 1810, la jurisprudence a toujours employé à propos du secret professionnel l'expression de secret général et absolu

Cette formule rendait compte de la rigueur du secret professionnel, qui ne devait jamais céder.

Pourtant de nombreuses argumentations ont tenté ça et là d'assouplir cette règle. Y répondre revenait en fait à prendre parti sur le fondement du secret professionnel

& 1 : Le fondement juridique du secret

Parce que l'article 378 du Code pénal de 1810 utilisait la formule de secret confié à un dépositaire le fondement reconnu au secret professionnel par la majeure partie de la communauté des juristes semblait être de nature contractuelle; plus précisément, la lettre du texte évoquait aux yeux de la plupart un contrat de dépôt.

La nécessité pour le professionnel de respecter le secret résidait selon cette thèse dans l'existence d'un contrat qui se forme entre le médecin, l'avocat ou le notaire et son client.

La répression pénale aurait donc été instituée uniquement en vue de protéger un intérêt privé, celui du détenteur du secret contre le dommage qu'aurait pu lui causer une révélation portant atteinte à son honneur ou à sa réputation.

L'article 4 du Code de déontologie médicale en prévoyant que le secret professionnel est institué dans l'intérêt du malade semble rendre compte de cette conception privatiste.

Mais il est apparu assez vite que ce fondement contractuel n'était pas satisfaisant en ce sens qu'il ne se suffisait pas à lui-même. Il ne rendait pas compte de la dimension pénale de l'obligation au secret.

En effet, s'il ne s'était agi que de protéger un intérêt privé, la voie naturelle et exclusive aurait été en toute logique la responsabilité civile qui par le biais de l'article 1382 du Code civil oblige celui qui a commis un dommage à le réparer. Nul besoin de lui adjoindre une infraction pénale.

A la vérité, si le législateur a entendu réprimer pénalement la divulgation des secrets confiés à des professionnels, c'est que des enjeux transcendant les intérêts privés sont ici à l'œuvre. Le secret serait exigé pour des raisons tenant à l'ordre public.

La dimension privé n'est pas absente puisque celui qui s'estime victime des indiscretions de son confident professionnel aura toujours la liberté d'engager sa responsabilité civile. Mais fondamentalement, les éminents défenseurs de la thèse de l'intérêt social, font remarquer qu'il importe à un plus haut point à la société que tous les citoyens puissent se confier en toute liberté à un médecin, un avocat, un notaire ou un confesseur et pour ce faire, il importe donc qu'ils aient une totale confiance dans la discrétion de leur confident.

Il est dans l'intérêt des professionnels eux-mêmes d'instaurer cette confiance, sans laquelle ils ne pourraient exercer leur office

La question récurrente des journalistes illustrent fort bien cette nécessité à laquelle il a fallu répondre. Si les journalistes ne sont pas encore appréhendés par le secret professionnel, en revanche la modification de l'article 109 du Code de procédure pénal a quelque peu apaisé les joutes revendicatrices en établissant que "tout journaliste entendu comme témoin, sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.". Ce n'est pas le secret professionnel de l'article 226-13 du Code pénal mais cela y ressemble grandement. Encore une fois le secret excitera la vénération.

Pour finir d'établir le fondement social de l'institution, il suffira de se reporter aux écrits "d'évangile" de l'éminent E.Garçon qui ont provoqué l'adhésion de tous, tant son raisonnement paraît exempt de tout reproche.⁶⁹

C'est de cette conception que découle le caractère général et absolu du secret professionnel.

⁶⁹ voir infra Titre I, Chapitre I, Section I, & 1 : "Genèse d'une institution", in fine

Après quelques hésitations, la jurisprudence s'est fixée autour de cette conception rigoureuse qui interdit tout affranchissement du professionnel à son devoir de secret.

Ainsi, la chambre criminelle de la cour de cassation rappela dans l'hypothèse d'un médecin requis, par les parents d'une jeune fille violée, de témoigner sur ses constatations, que l'obligation au secret établie 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.⁷⁰

Il est à noter en dernier lieu, que contrairement à d'autres pays où c'est la thèse contractuelle qui a prévalu, la poursuite du chef de violation du secret professionnel n'est pas conditionnée par le dépôt préalable d'une plainte, ce qui semble marquer a contrario, la soumission de l'institution à l'intérêt général.

L'affirmation du caractère général et absolu du secret professionnel a pour conséquence d'interdire a priori toute appropriation du secret, quand bien même des intérêts privés entrent en concurrence.

& 2 : La primauté de principe du secret professionnel

En premier lieu, les tenants du fondement privé du secret professionnel prétendaient que la nature contractuelle des relations qui se nouent entre un professionnel et son client autorisait ce dernier à délier son "confident" de son obligation au silence. Cette faculté a été évidemment niée par ceux pour qui le secret professionnel est institué dans l'intérêt bien compris de la société.

Longtemps la jurisprudence s'était ralliée au fondement d'ordre public, c'est pourquoi cette faculté d'affranchissement n'était pas reconnue.

Toutefois, un arrêt devenu célèbre est venu jeter le trouble et écorner les certitudes. En effet, dans la fameuse affaire dite du roi de gitans⁷¹, la formule sur le caractère général et absolu du secret professionnel a disparu, sans pour autant qu'il s'agisse d'une affirmation expresse du caractère relatif du secret.

Les auteurs en ont conclu que la jurisprudence avait abandonné tacitement sa position traditionnelle.

A partir de cet arrêt, il est vrai que de plus en plus fréquemment et avec de plus en plus de force, une tendance jurisprudentielle déclarait que "l'obligation de respecter le secret médical

⁷⁰ Cass. crim. 8 mai 1947

⁷¹ Cass. crim. 20 décembre 1967

est édictée.....dans l'intérêt du malade" et que "c'est du malade seul ou de ses héritiers que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin"⁷².

Mais un arrêt en date du 5 janvier 1985 est revenu à la terminologie classique et a fait expressément référence à l'ordre public, confirmant si besoin était qu'en cette matière décidément rien ne saurait être définitif et limpide.

Pour autant, nous ne pensons pas qu'il faille revenir à l'ancienne solution par trop rigoureuse. En cette hypothèse, l'intérêt social doit être teinté de l'intérêt privé.

En effet, si l'intérêt social apparaît dans tous les cas, sa force est variable. Ainsi on ne peut s'empêcher de penser à la suite d'éminents auteurs que "le respect du secret professionnel est inspiré par l'intérêt primordial de la personne que concerne le secret. Maître de son intimité, elle est libre d'en déterminer les limites, de vouloir le cacher ou de le dévoiler. Le patient est maître de son secret et seul juge de ses intérêts quand sa volonté s'est manifesté."⁷³.

Dés lors, si les aléas et les remous de la jurisprudence interdisent de pouvoir se montrer catégorique, il est toutefois permis de penser que la volonté du patient puisse supprimer le caractère confidentiel pesant sur l'information, et donc fasse disparaître un des éléments constitutifs de l'infraction.

En tout état de cause, ce débat ne présente à vrai dire que peu d'intérêt pratique même s'il ravi ceux qui se délectent du maniement des idées, et nous avouons nous ranger à l'opinion manifestée par M.L Rassat sur ce point. Dans la mesure où un patient est en droit d'exiger les renseignements le concernant, par le biais des certificats médicaux, rien ne l'empêche de les divulguer lui-même, que ce soit auprès d'un organisme social, d'une compagnie d'assurance ou d'une juridiction. Cela a l'avantage d'épargner au médecin d'éventuels critiques et d'éviter de mettre en lumière un médecin divulguant des informations secrètes, avec pourtant le même résultat.

A ce titre, M.L Rassat a raison de dire qu'il est choquant que le médecin d'un président de la république fasse état périodiquement et publiquement de la santé de celui-ci alors que la publication d'un certificat médical remplirait strictement le même rôle.

En second lieu, certains auteurs se sont demandés si l'intérêt du déposant ne pouvait justifier de la part du professionnel certaines révélations spontanées, alors même que le déposant n'a émis aucune permission ou bien même, contre son gré.

En présence d'une opposition manifestée il est certain qu'aucune révélation ne peut être tolérée, il en va de la crédibilité de l'infraction de violation du secret professionnel.

⁷² T.G.I Paris, 26 avril 1972

⁷³ Merle et Vitu, traité de droit criminel, tome I, 1984, n° 441 et s.

En revanche, en l'absence d'une quelconque concertation avec le client, la question s'est avérée plus délicate.

La chambre criminelle de la cour de cassation a eu à prendre position à l'occasion de la célèbre affaire Watelet⁷⁴. A la mort du peintre Bastien-lepage, une rumeur publique avait enflé, selon laquelle ce dernier serait décédé des suites d'une maladie honteuse. Pour faire taire ces rumeurs, son médecin, le docteur Watelet, avait publié un article de presse dans lequel il prétendait rétablir la vérité, violant ainsi ouvertement et sciemment son devoir de secret, qui ne s'éteint bien évidemment pas à la mort du patient. Le docteur Watelet estimait cette violation justifiée dans la mesure où il n'avait agi que dans le souci de défendre la mémoire de son patient.

Malgré cette bonne volonté, les arguments du docteur Watelet ne furent pas reçus par les hauts magistrats. Le caractère absolu et général du secret était ainsi réaffirmé, le professionnel ne saurait disposer du secret confié.

Plus récemment, à l'occasion de la fameuse affaire dite du "grand secret" qui avait vu le docteur Gubler publier un livre dans lequel était divulgué des éléments appris ou constatés en tant que médecin du président de la république François Mitterrand, la cour de cassation a rappelé la primauté du secret professionnel. Ici ce n'est plus l'intérêt du déposant qui était mis en avant, mais celui du dépositaire : "répondre aux critiques articulées à son encontre (par François Mitterrand) relativement à la qualité des soins qu'il avait reçus"⁷⁵.

Encore une fois, les magistrats ont réitéré leur réticence à admettre que le secret professionnel puisse céder devant un intérêt privé, fût-il fondé. Les mobiles sont indifférents, la seule révélation des informations à caractère secret suffit à engager la responsabilité pénale du fautif, sans même que soit besoin de relever une intention de nuire.

En apparence, c'est avec une certaine rigueur que la jurisprudence affirme le caractère général et absolu du secret professionnel.

Toutefois, le tableau dépeint plus haut, n'a cessé de voir ses couleurs s'estomper et ses contours s'effriter. A tel point que de général et absolu, on a pu écrire que le secret n'était plus que relatif; bien pire encore, certains auteurs n'ont pas hésité à déceler dans la pratique du secret professionnel une véritable appropriation de ce secret au profit des dépositaires.

Section II : L'érection du secret professionnel en droit subjectif

⁷⁴ Cass. crim.

⁷⁵ Tribunal correctionnel de Paris, 13 janvier 1997

Plusieurs phénomènes ont contribué à dénaturer l'institution du secret professionnel en le détournant de son objectif initial d'une part et en faisant du dépositaire le maître du secret d'autre part.

& 1 : Le détournement de la finalité du secret professionnel

Alors que l'on avait cru que l'infraction de violation du secret professionnel emportait pour le confident professionnel obligation de se taire, l'élargissement de la notion de secret a fini par signifier qu'était offert au dépositaire du secret un droit de ne pas parler

Alors même que nous avons vu que l'intérêt privé ne pouvait être totalement ignoré quand on aborde le fondement du secret professionnel, en ce sens que de nombreuses décisions de justice ainsi que divers textes font expressément référence à l'intérêt du malade, dans une certaine mesure l'infraction s'est transformée en un droit subjectif au bénéfice du dépositaire. Par droit subjectif il faut entendre une prérogative attribuée à un individu dans son intérêt.

La genèse de cette dénaturation réside dans l'arrêt Watelet⁷⁶ déjà cité et aux résonances décidément multiples.

En effet, en décidant que le secret n'est pas seulement la confiance faite à un professionnel mais bien toutes les informations que ce dernier aura appris, compris, connu ou deviné à l'occasion de l'exercice de sa profession, c'est l'activité professionnelle en tant que telle qui est l'objet du secret.

Il est donc de la compétence du professionnel de produire l'information amenée à être secrète, de définir le contenu du secret, et dès lors il est de fait l'auteur du secret.

Par ce biais, le secret professionnel est devenu une règle d'action entre les mains du professionnel, dont l'utilisation lui permet de refuser de communiquer certaines informations à ceux qui lui demandent. Il suffira en effet aux professionnels de tirer argument d'une possible révélation d'un secret pour refuser toute communication d'information, qu'il soit guidé par le souci de protéger la vie privée de son client ou même par celui de préserver ses propres intérêts. Même des intérêts illégitimes pourront motiver l'utilisation du secret professionnel et il faudra alors une longue procédure pour éventuellement pouvoir passer outre cet obstacle. C'est en cela que l'on a pu écrire que le professionnel disposait de la maîtrise du secret.

⁷⁶ Cass. crim. 19 décembre 1885

Au soutien de cette affirmation, il est remarquable de constater qu'il est très rare que la question du secret professionnel soit soulevée devant les tribunaux quand est reproché à titre principal une violation de ce secret par un professionnel (3 condamnations en 1984, 2 en 1985, 8 en 1986 et 1991, 3 en 1992, 8 en 1993, 9 en 1994)⁷⁷.

Dans la plupart des cas, l'argument tiré du secret professionnel avait pour but soit de permettre au professionnel de ne pas répondre aux questions posées, soit d'écartier des débats une information gênante pour une partie au procès, qu'il soit civil, pénal ou administratif.

"C'est donc moins la révélation d'une confidence qui fut souvent l'objet de la discussion que les modalités d'accès à l'information produite par le professionnel pour ceux qui en ont besoin"⁷⁷.

Sous ce dernier visage, le secret professionnel paraît assez éloigné des préoccupations premières de protection de la vie privée. Pourtant c'est une réalité à laquelle les observateurs ne peuvent échapper.

En dernière analyse, il n'est pas inintéressant de relever que le projet de réforme du code pénal proposait que la révélation ne soit punissable que si elle est faite "sciemment à une personne non qualifiée".

Cette proposition fut écartée par le parlement, car en vérité elle consacrait ouvertement que le secret était moins celui de la personne qui se confie que celui du professionnel lui même. L'outrage était par trop évident.

Les rédacteurs du projet avaient donc entériné l'évolution constatée du rôle de l'infraction : non plus instrument de protection de la vie privée mais garantie de la maîtrise de l'information par les professionnels.

Cette dénaturation est particulièrement visible quand au professionnel est reconnue une véritable maîtrise sur l'information au point qu'il est parfois de fait seul juge du sort des informations à caractère secret. Dans ce cas on peut parler d'une quasi appropriation.

& 2 : Le dépositaire, maître du secret.

A plusieurs reprises, des textes ou des pratiques juridiques ont mis en doute l'idée selon laquelle le secret est général et absolu et qu'il est institué dans l'intérêt du déposant, en tout cas en aucune manière dans l'intérêt du dépositaire

⁷⁷ Dominique Thouvenin, juris-classeur, fascicule 10 "révélation d'une information à caractère secret".

En premier lieu, il ne sera guère surprenant de relever que c'est dans le domaine médical, terre de prédilection du secret professionnel tant les informations véhiculées sont sensibles, que la problématique est la plus vive.

En ce monde où se mêle les tourments de l'esprit et les meurtrissures du corps, on a pu dire que le secret est tellement secret qu'il arrive parfois que même le patient se voit opposer le secret professionnel; ce alors même que nous avons vu qu'en principe le devoir de secret était inopposable au déposant.

La raison d'être de cette privation surprenante réside en premier lieu dans l'éthique même de la profession médicale. En effet l'article 42 du Code de déontologie médicale de 1979 précisait que "pour des raisons légitimes, que le médecin, apprécie en conscience, un malade peut être laissée dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic grave. Un pronostic fatal ne doit être révélé qu'avec la plus grande circonspection."

Cette prescription du Code de déontologie médicale rend compte de la délicate mission dont sont chargés les médecins.

L'existence a une fin, c'est un savoir partagé de tous que les hommes ont appris à intégrer par le renfort de la religion et de l'espoir qu'elle suscite. Mais c'est une chose que d'avoir une vision lointaine de sa propre fin, et ç'en est une autre que de devoir affronter la confirmation de sa propre mortalité, cette dure vérité qui vous sourit toujours au moment de s'annoncer, dans un gong assourdissant, celui marquant l'acmé d'une vie avant son irrémédiable chute, comme pour mieux rappeler qu'il y eu une vie avant la mort, avant de savoir peut être s'il y en a une après.

Tirant argument du fait qu'un funeste verdict pouvait avoir des conséquences dramatiques chez une personne, les médecins se sont vus accordés la faculté de disposer de la vérité selon leur appréciation.

Il est vrai qu'en droit, peut être reproché au médecin une révélation intempestive à quelqu'un qui n'est pas en mesure de la supporter, tout comme une absence de révélation à quelqu'un qui aurait aimé préparer son funeste départ.

On peut très bien envisager qu'un médecin qui aurait imprudemment annoncer un verdict fatal à son patient, puisse engager sa responsabilité civile et pénale (homicide par imprudence), si ce dernier se révélant incapable de surmonter la nouvelle, s'empresse de mettre fin à ses jours.

Cette charge est terrible mais c'est l'honneur et la grandeur de la fonction d'agir en conscience, avec bon sens et discernement.

Quoiqu'il en soit, cette liberté de conscience accordée au professionnel est l'illustration de ce que le secret professionnel est dans cette hypothèse opposable au patient. Par cette disposition, le médecin est effectivement le maître du secret, il en dispose selon sa conscience, quand bien même certains auteurs affirment avec une certaine justesse, qu'un

Code de déontologie ne peut créer des devoirs qu'envers les membres de la profession ainsi réglementée mais en aucune manière ne peut lier le patient étranger à cette profession.

Un résultat similaire pouvait être constaté dans le monde hospitalier où une certaine conception du secret médical conduisait à ce que le dossier médical soit l'objet d'une appropriation de la part de l'équipe soignante, au point que le patient lui-même était exclu du secret.

Seule l'instauration de lois spécifiques ont permis de limiter cette appropriation injustifiée du secret. C'est notamment le cas de la loi du 6 janvier 1978, qui dans son article 40 autorise l'accès au dossier médical par le patient mais seulement par l'intermédiaire d'un médecin jouant le rôle de "sas de sécurité" : "lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des informations à caractère médical, celles-ci ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet.". Cette prudence relève de la même philosophie que l'article 42 du Code de déontologie médicale, aujourd'hui article 35 du nouveau Code.

Des préoccupations identiques ont guidé ceux qui reconnaissent au médecin le droit de ne pas délivrer de certificats médicaux aux patients. Dans la mesure où la non reconnaissance de cette faculté conduirait des tiers intéressés par la santé d'une personne, et l'on sait qu'ils sont nombreux (employeurs, banque.....), à exiger alors la dite délivrance. Dès lors il incombe au médecin de vérifier en conscience l'usage prévu du certificat avant de le délivrer. Ainsi il est maître et responsable de son contenu.

On peut déceler une semblable maîtrise dans le secret professionnel de l'avocat. Afin d'assurer la défense de son client, l'avocat va être amené à connaître de la bouche même de son client, de nombreux éléments touchant à la vie privée, jusqu'aux plus intimes. Or afin de mener à bien sa défense, l'avocat va être contraint de révéler tout ou partie de ces éléments au tribunal, alors même qu'ils sont couverts par le secret professionnel. Hormis le cas très rare de l'aveu ou de l'interdiction expresse de révéler des informations, ce sera à l'avocat de faire le départ en conscience entre ce qu'il estime devoir conserver secret et ce qu'il doit révéler pour la défense de la cause de son client.

Ainsi donc le secret de l'avocat n'est que relatif puisque c'est ce dernier qui en a en définitive la maîtrise, il reste seul juge dans sa conscience du point de savoir s'il doit, et dans quelle mesure il doit déposer.

Un arrêt ancien de la chambre criminelle de la cour de cassation en date du 24 mai 1862 rend compte parfaitement de cette spécificité du secret de l'avocat : "l'avocat appelé en témoignage n'a dans sa déposition, d'autre règle que sa conscience. Il doit s'abstenir des réponses qu'elle lui interdit."

Quelque soit la raison, irruption d'intérêts privés concurrents, utilisation de l'institution en dehors de toute poursuite du chef de violation du secret, ou encore spécificité d'une

profession, il est indéniable que le secret professionnel n'est plus dans une certaine mesure ce commandement rigoureux dont l'objectif est la protection de la vie privée.

Cette affirmation s'avère d'autant plus vraie qu'étant de nature pénale, la violation du secret professionnel peut très bien être justifiée par le recours normal aux faits justificatifs de droit commun.

Nouveau recul donc du secret professionnel, qui sera encore confirmé lorsqu'il sera confronté à des nécessités impérieuses d'ordre public. Non le secret professionnel n'est plus général et absolu, il cède lorsque dans un jugement de balancier la société estime qu'il le doit, et ce au détriment de la protection de l'intimité des personnes.

Chapitre II

Le recul du secret professionnel devant des intérêts impérieux

En reconnaissant au secret professionnel un fondement d'intérêt social, on en faisait certes une règle à respecter avec rigueur, mais on acceptait par la même que d'autres intérêts d'ordre public estimés prépondérants dans un jugement de balancier, puissent le mettre en échec.

C'est le rôle joué depuis toujours par les causes objectives d'irresponsabilité, mais c'est aussi le cas, lorsque dans l'évolution d'une société apparaissent des préoccupations jugées prioritaires.

Section I : Le recours normal aux causes objectives d'irresponsabilité

Il peut arriver qu'une révélation semble constituer en théorie pure une violation du secret professionnel mais qu'elle ne soit pas réalisée parce que cette attitude n'est pas antisociale mais au contraire favorable aux intérêts bien compris de la société. L'infraction n'a pas d'élément injuste, on dit alors qu'elle bénéficie d'un fait justificatif; dès lors elle sort du champ de la répression.

Traditionnellement les faits justificatifs étaient peu nombreux, ils se résumaient à des évidences qu'il aurait été difficile de contester.

Effectivement on ne pourrait sans risquer de se montrer incohérent, affirmer d'un côté que le secret professionnel est général et absolu car répondant à l'intérêt de la société, et permettre d'un autre côté que ce secret puisse céder aisément.

C'est l'article 226-14 du Code pénal qui fait référence de façon explicite aux dérogations à la règle du secret professionnel : "L'article 226-13 du Code pénal n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret."

Depuis longtemps des nécessités impérieuses évidentes liées au développement de la civilisation ont commandé à ce que le secret professionnel soit levé lorsqu'il s'est agi de préserver un intérêt jugé supérieur à celui de protection de la vie privée.

En premier lieu, les raisons de restreindre le secret professionnel tiennent à des nécessités de santé publique.

Dés le Moyen Age, la nécessité de lutter contre le développement des épidémies conduit les autorités publiques à prendre des mesures allant à l'encontre du secret médical. Ainsi les ordonnances de Jean I en avril 1352 et de Charles V en octobre 1364 et juillet 1370 imposent aux praticiens de la santé d'avertir les autorités chaque fois qu'ils soignent une maladie épidémique ou un blessé, ce qui passe par la communication du nom du patient.

Les progrès de la médecine et le développement du réseau de santé n'allait évidemment pas contredire de telles exigences. Ainsi divers textes mis en lumière par les récentes affaires de maladies contagieuses (Creutzfeld-Jacob...), obligent les médecins à procéder à certaines déclarations : les maladies contagieuses⁷⁸, les maladies vénériennes⁷⁹, les maladies professionnelles⁸⁰, les maladies mentales, ainsi que les déclarations faites dans le cadre des mesures de prévention sanitaire et sociale bénéficiant aux enfants de moins de 6 ans⁸¹.

Ce faisant il y a une restriction évidente du secret médical, mais il n'y a aucun besoin d'argumenter longuement pour la justifier tant il ne viendrait à l'esprit de personne de contester la nécessité impérieuse de telles déclarations, quand bien même des informations très intimes sont amenées à être révélées.

Dans tous les cas de dérogation, il incombait au législateur de préalablement mesurer si le "bien" protégé avait plus de valeur que le "bien" sacrifié. A chaque fois, c'est ce jugement de balancier, qui n'est pas sans rappeler la théorie de l'état de nécessité, qui a du guider le législateur, dont c'est le rôle éminent de n'être gouverné dans son action que par l'intérêt général bien compris de tous.

Cet esprit se reflète également quand la loi organise l'action et les prérogatives de l'autorité judiciaire.

Parce qu'il y aurait détournement de la règle pénale à considérer une éventuelle violation du secret professionnel, quand il s'agit en réalité de couvrir des comportements illicites ou d'empêcher l'exercice de droits légitimes, le secret professionnel ne doit pas faire obstacle à la manifestation de la vérité quand celle-ci est recherchée par l'autorité judiciaire. De nombreux textes spécifiques marquent ainsi la soumission de la règle du secret à l'intérêt

⁷⁸ Art. L11 et L 12 Code de la santé publique.

⁷⁹ Art L257 Code de la santé publique.

⁸⁰ Art L 461-6 Code de la sécurité sociale.

⁸¹ Art L 164 Code de la santé publique.

supérieur d'une bonne justice. Ainsi "le secret bancaire n'est pas opposable à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale"⁸².

Mais plus largement, en matière pénale l'autorité judiciaire dispose de pouvoirs d'investigation très étendue pour l'aider dans sa mission séculaire de recherche de la vérité : le juge d'instruction "procède conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité"⁸³.

Il en est ainsi des perquisitions et des saisies qui peuvent le cas échéant avoir lieu dans le cabinet d'un professionnel. Dans ce cas l'argument tiré du secret professionnel est inopérant. Un arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation en date du 8 juin 1966 l'affirme très clairement: " la prohibition édictée par l'article 378 du Code pénal qui sanctionne la révélation du secret professionnel pour certaines catégories de personnes dépositaires ne fait pas obstacle à ce qu'un juge d'instruction fasse procéder à la saisie de toutes pièces dans lesquelles il est susceptible de découvrir les éléments indispensables à la conduite de son information, les prérogatives que ce magistrat tient de l'article 81 ne souffrant aucune restriction.". Simplement, sont prévues des mesures spécifiques liées à l'existence du secret professionnel qui impose que l'on ait tout de même quelques égards en présence de si honorables professions : " 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."⁸⁴.

Dans le même ordre d'idée, on peut citer également sans rentrer dans le détail l'expertise judiciaire mais aussi et surtout le témoignage en justice des professionnels qui n'a pas manqué de poser de grandes difficultés de clarification, mais faut-il encore s'en étonner quand on parle du secret professionnel. Les solutions ont été hésitantes puisqu'il fallait distinguer entre les témoignages en faveur d'un innocent poursuivi, ce qui justifiait la levée du secret professionnel, et les autres formes de témoignage pour lesquelles la jurisprudence incitait à faire le départ entre les professions nobles et les autres plus banales.

Aujourd'hui l'article 109 du code de procédure pénale semble avoir clarifier les errements passés puisqu'il dispose que "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 du Code pénal". En tout état de cause, le professionnel est tenu de comparaître et de prêter serment, ce n'est seulement qu'en ce qui concerne l'obligation de répondre que les professionnels peuvent être exonérés.

⁸² L. n° 92-665 du 16 juillet 1992 portant adaptation du marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit : L.n°84-46, 24 janvier 1984, art. 31-1

⁸³ Code. Pr. pén., art.81, al.1

⁸⁴ Code. Pr. pén., art 56-1, al.2

L'article 226-14 1° et 2° du Code pénal impose lui même deux autres révélations qui ne sont pas non plus discutables quant à leur intérêt mais qui le sont plus quant à leurs réelles conséquences juridiques :

L'article 226.13 n'est pas applicable en premier lieu "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 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" et en second lieu "au médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les 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".

Relativement à l'article 226-14 2°, il est clair qu'il ne s'agit là pour le médecin que d'une autorisation à la différence des dérogations précédemment étudiées, et ce d'autant plus que le médecin devra préalablement obtenir l'accord de la victime. La restriction du secret professionnel est donc ici elle même réduite.

Quant à l'article 226-14 1°, s'il apparaît à la première lecture n'être lui aussi qu'une autorisation de révélation, par laquelle le professionnel dispose donc d'une liberté de conscience dans ses choix, en revanche une mise en perspective globale conduit à mettre en doute cette première affirmation. En effet existe en droit positif une obligation générale de dénoncer les crimes⁸⁵. Rien d'étonnant à cela quand on sait que l'ancien droit incriminait déjà la non-dénonciation de crime de lèse majesté⁸⁶.

Toutefois cet article s'empresse immédiatement de poser une dérogation au profit des personnes tenues au secret professionnel, ce qui semble condamner l'idée d'une obligation de dénonciation des faits visés à l'article 226-14 1°. Mais ce serait oublier que le législateur ne se préoccupe guère, à l'occasion, de cohérence.

A l'article 434-3, le législateur reprend la même formule que l'article 226-14 1° à propos des sévices à enfant, en imposant une révélation en ces circonstances, à l'exception notable des personnes tenues au secret professionnel. La situation devient inextricable lorsque le législateur choisit de poser une exception à l'exception : "sauf quand la loi en dispose autrement". On le voit, les raisons ne manquent pas d'être perplexes.

Il semble que la loi n'en dispose autrement qu'en ce qui concerne les services de l'aide sociale à l'enfance et les assistants du service social, pour lesquelles il faut considérer qu'ils sont soumis non seulement à un devoir d'alerte mais bien plus à une obligation d'action. Car sinon enfin, de quelle autre mission pourraient-ils bien s'acquitter?. Le secret professionnel ne doit pas mener à l'absurde.

⁸⁵ Art. 434-1 Code. Pén.

⁸⁶ Déclaration de Louis XI du 22 décembre 1477

Aussi pour les autres professionnels, il faut estimer que la dérogation au secret professionnel de l'article 226-14 1° est laissée à la discrétion du professionnel. Encore une fois il sera maître du secret.

Enfin, dans le même ordre d'idée, le principe de liberté des droits de la défense, principe général de procédure, permet à l'évidence au médecin attaqué en justice ou même simplement menacé, d'une façon sérieuse de l'être, de dire tout ce qui est utile à sa défense, y compris des informations à caractère secret qu'il a connues dans l'exercice de sa profession.

La seule restriction à cette liberté de conscience accordée au professionnel réside dans le fait que la divulgation doit être limitée à ce qui est strictement nécessaire à sa défense. Cela relève du bon sens, c'est pourquoi ce minimum de protection de la vie privée est valable pour toutes les dérogations au secret professionnel, seules les atteintes légitimes doivent être tolérées.

Justement, voilà bien le cœur du problème quand on évoque les dérogations au secret professionnel. Il s'agit là d'un véritable choix de civilisation. Et si la raison nous force à admettre que le secret puisse céder devant des intérêts éminemment plus impérieux, sans que cela remette en cause la théorie du secret et celle de protection de la vie privée sous-jacente, en revanche, admettre une généralisation des dérogations au secret revient à renverser la règle, le secret devenant l'exception.

Or avec le développement de la société moderne, les intérêts présentés comme des nécessités impérieuses à déroger à la règle du secret professionnel se sont multipliés. Chaque société se doit d'établir la hiérarchie correspondant à sa conception des valeurs, et il semble que le principe du secret, nécessaire à celui jusqu'ici fondamental de protection de la vie privée ait cédé chaque jour un peu plus devant les assauts répétés.

Section II : La prolifération des dérogations au secret professionnel

On a pu dire qu'il n'est pas besoin de raisons particulières pour observer le secret, mais qu'il en faut de très claires et très pressantes pour s'en dispenser.

Le plaidoyer vibrant et sans concession auquel s'est livré André Damien nous revient en mémoire lorsque l'on cherche à déterminer si le secret a encore une place privilégiée dans notre société : "si nous estimons que la société est faite pour l'Homme, nous devons défendre le secret professionnel, et le maintenir comme un principe intangible et sacré. Si au contraire nous admettons que la société est devenue toute puissante, et que devant les forces déchaînées par le gigantisme de la vie moderne, elle a acquis des droits supérieurs à ceux de l'individu, alors on peut estimer que le secret professionnel est perdu, qu'il restera pour les professions qui s'en prévalent, un simple coquetterie, sans efficacité réelle."

Alors que penser de cette foulditude de textes qui restreignent de fait le secret professionnel en sus de ceux précédemment étudiés qui ne posent eux en terme de valeur que peu de problème. Ils sont si nombreux qu'il donne l'impression d'une compilation indigeste dans laquelle on éprouve le plus grand mal à y voir un ensemble cohérent.

Alors évidemment, en terme juridique le texte même du secret professionnel prévoit que la loi peut déroger à la règle. Mais le législateur, dans sa souveraine mission, est libre d'instaurer autant d'exceptions qu'ils jugent utiles sans que l'on soit assuré qu'il ait été gouverné dans son action par le souci permanent de toujours vérifier si le bien protégé était éminemment supérieur au bien sacrifié.

Car enfin, le secret professionnel, "bras armé" du secret de la vie privée, est un pilier de notre société construite autour de la liberté individuelle; il est dès lors légitime de s'interroger sur la foulditude toujours plus grouillante des textes y dérogeant.

Certes, les motifs avancés ne manquent pas de pertinence la plupart du temps. Il serait vain et inutile de prétendre en dresser une liste exhaustive, il suffira de faire état de quelques uns pour se rendre compte de la tendance manifestée au tout dérogatoire.

En premier lieu, les motivations qui ont guidé le législateur tiennent à l'efficacité d'activités organisées par la société. La loi donne le pouvoir à certaines autorités d'obtenir des informations nécessaires à l'accomplissement de leur mission, sans que puisse leur être opposé le secret professionnel, transformant de fait ces "confidents" en sycophantes modernes.

C'est le cas de la commission de surendettement qui peut obtenir communication de tout renseignement de nature à lui donner une exact information sur la situation du débiteur, auprès des administrations publiques, des établissements de crédit, des organismes de sécurité et de prévoyance sociale ainsi que des services chargés de centraliser les risques bancaires et les incidents de paiement⁸⁷.

De même pour la commission d'indemnisation des victimes de dommages résultant d'une infraction, pour le fond d'indemnisation des victimes de préjudices résultant de la contamination par le VIH, ou encore pour la commission des opérations boursières.

⁸⁷ L. n°95-125, 8 février. 1995 : Code consom., art. 331-3, al.5

L'accès aux informations à caractère secret est également possible dans le cadre d'inspections et de contrôles ou d'évaluations divers. Ainsi " les médecins membres de l'inspection générale des affaires sociales, les médecins inspecteurs de la santé publique et les médecins conseils des organismes d'assurance maladie ont accès, dans le respect des règles de déontologie médicale, aux informations détenues par les établissements de santé publics ou privés sur les personnes qu'ils accueillent lorsqu'elles sont nécessaires à l'exercice de leurs missions."⁸⁸.

De façon très marqué, citons également les pouvoirs accordées à l'administration fiscale et à l'administration des douanes qui sont très étendus et qui leur permettent de se faire communiquer les informations qu'ils jugent nécessaires. Ici le choix de valeur est très révélateur puisque face aux intérêts économiques et financiers de l'Etat, le secret de la vie privée n'a pas fait le poids.

Les hypothèses de transmission obligatoire se sont multipliées, à tel point qu'il est vain, nous l'avons dit, de vouloir en dresser la liste. C'est pourquoi nous nous bornerons à citer pour en terminer les illustrations sans doute les plus marquantes.

Il ne sera surprenant pour personne de constater que c'est dans le domaine médical que les dérogations au secret sont les plus nombreuses.

Nous avons vu que les nécessités de santé publique ont toujours prévalu sur le secret dans l'intérêt bien compris de la société. Mais au-delà de ce pré carré indiscutable et indiscuté d'ailleurs, le développement du réseau de santé aidé et accompagné par l'utilisation exponentielle de l'outil informatique à tous les échelons, a contribué au processus de fragilisation du secret médical.

Ainsi la surveillance des dépenses de santé a autorisé l'établissement de traitement de données nominatives dont certaines ont incontestablement le caractère secret, afin de permettre l'analyse médico-économique de l'activité soins de certains établissements.

Plus systématiquement encore, la recherche médicale et plus particulièrement épidémiologique, qui tend à identifier les facteurs auxquels les maladies sont associées, doit utiliser des données de nature secrète pour éviter les doubles enregistrements, pour suivre les affections et couvrir toutes les circonstances personnelles et extérieurs qui peuvent avoir un lien étiologique avec la maladie. Or c'est par une application viciée de la notion de secret partagé que de telles informations parvenaient entre les mains des médecins chercheurs. Il ne faisait de doute pour personne que ces médecins ne pouvaient accomplir leur mission que par la violation du secret professionnel du médecin traitant ou de l'équipe soignante.

⁸⁸ Code de santé publique art. L. 710-2 al.4

C'est pourquoi, là encore, le législateur a choisi de sacrifier le secret professionnel au profit de telles recherches⁸⁹, amenées à se multiplier puisque la brèche est béante.

Il ne s'agit pas ici de contester les motivations qui prédominent à l'établissement de telles recherches, elles sont évidentes. Simplement nous constatons que le secret professionnel est battu en brèche de toute part.

Il semble qu'à chaque survenance d'une nécessité, quelle soit sociale, médicale ou économique, le législateur n'hésite guère à faire fi du secret professionnel. Ce faisant, l'habitude a été prise, à tel point que certains n'hésitent pas à parler du secret professionnel comme d'"une peau de chagrin". Il est vrai que le parfum du secret s'estompe à chaque qui le renifle, et qu'à force de prévoir des exceptions, c'est la règle du secret qui est en passe d'en devenir une.

La vérité est que l'infraction de violation du secret professionnel n'est pas à même d'organiser à elle seule une question aussi complexe que celle de la circulation des informations. Le texte relatif au secret professionnel a été rédigé à une époque où certaines professions devenaient "les dépositaires forcées des mystères de l'alcôve et des tourments de l'ambition"⁹⁰. Si la vie privée n'était pas à cette époque une préoccupation obsédante, c'est que l'avidité pour des informations privées était toute relative; elle se limitait aux traditionnelles nécessités policières et à l'approvisionnement des jeux d'intrigue. L'organisation sociale était plus sommaire, moins envahissante et l'on ne résumait pas l'individu à une somme d'informations. La société moderne s'est construite sur de nouvelles bases; le "colloque singulier" signifiait la remise volontaire et nécessaire d'informations par le patient à son médecin. De nos jours la circulation de l'information s'est inversée, jamais une société n'avait senti à ce point le besoin de connaître dans les moindres détails les éléments qui la composent, d'affirmer aussi franchement son emprise sur la personne même de ses citoyens.

Bien plus encore, cette tendance à la boulimie de l'information ne se limite pas aux institutions Etatiques; ils sont loin en effet ces jours alcyoniens où l'individu n'était pas l'objet de toutes les convoitises commerciales, où il n'était pas l'enjeu de guerres commerciales féroces où le souci majeur n'est plus de fournir des produits de qualité, mais de disposer du meilleur "listing", dans lequel grouille toujours plus d'individus de moins en moins anonymes. La mutation est avancée, ceux ne sont plus seulement les "confidents nécessaires" et donc légitimes qui sont amenées à connaître des informations de nature privée. Les moyens techniques qui sont les principaux facteurs de cette évolution, en sus assurément des travers

⁸⁹ loi n°94-548 du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé

⁹⁰ J. Léonard, "la France médicale au XIX^{ème} siècle, Gallimard-julliard, Archives 1978, p.245

de la nature humaine, ont commandé à ce que la circulation de l'information soit rationalisée loin des aléas, des incertitudes et des atermoiements du secret professionnel.

Parce que les nouvelles technologies de l'information sont d'une redoutable efficacité, il a fallu se rendre à l'évidence qu'il était devenu impossible de parler d'accès interdit à propos des informations à caractère personnel. Remarquons au passage le changement de vocabulaire, le secret n'étant plus guère utilisé au sens strict du terme par la nouvelle conception de la protection de la vie privée. Et parce que l'informatique est d'une redoutable efficacité, l'on a assez tôt perçu dans les milieux autorisés la menace potentielle que faisait peser son utilisation à l'encontre de la vie privée.

Dés lors, si le secret n'est plus considéré comme devant être le fondement de notre société, en raison d'intérêts trop pressants contre lesquels il a été jugé vain de vraiment lutter, et parce que le secret professionnel n'a pas vocation à sortir de son milieu restreint, il a fallu tout de même prévoir la régulation de la circulation des informations :: c'est principalement la loi du 6 janvier 1978 dite "informatique, fichiers et libertés".

PARTIE II

LE RECOURS A LA PROTECTION MODERNE DES DONNEES PERSONNELLES

Parce que la circulation de l'information ne peut être régentée par une simple prescription pénale, et parce que l'informatique a paru constituer la menace la plus pressante, la régulation des informations à caractère personnel s'est faite essentiellement au regard du support utilisé.

La genèse d'une nouvelle protection offerte à la vie privée peut être datée historiquement. En effet, c'est un article paru dans le Monde intitulé "Safari ou la chasse au Français" qui a alerté l'opinion sur les problèmes relatifs à la multiplication des traitements de données personnelles. Dans cet article, l'auteur a su tourner en dérision un sigle administratif qui signifiait Système automatisé des fichiers administratifs et répertoires individuels et autour duquel il s'agissait d'utiliser le numéro INSEE pour interconnecter les fichiers de l'administration. L'intérêt d'une telle démarche était évident puisqu'il aurait indiscutablement accru l'efficacité de l'administration, en mobilisant la masse d'information qu'elle détient et en la décloisonnant.

Cette affaire a eu un effet retentissant, non seulement en raison de la maladresse inconsciente dans le choix du sigle, mais aussi parce que le numéro INSEE est couvert d'un voile de suspicion depuis sa création pendant la deuxième guerre mondiale, du fait de son utilisation nauséuse par l'administration de l'époque.

L'affaire n'a pu être enterrée par une quelconque entreprise de pompe funèbre; bien au contraire, elle a donné lieu à la commande d'un rapport par le gouvernement, dont les conclusions ont été à l'origine de la loi du 6 janvier 1978.

Le postulat qui a prédominé à l'avènement de la loi est limpide : si l'informatique est un formidable outil de gestion, il faut en revanche protéger l'individu contre son usage abusif. Dès lors, la loi toute entière est tournée vers l'objectif de rationaliser la circulation de l'information, de sa collecte à sa conservation, en passant par le plus important son traitement; en d'autres termes la loi prétend poser des "garde-fous" à chaque stade susceptible de comporter des risques pour la vie privée.

Le but n'est plus d'interdire tout accès aux informations à caractère personnel, comme l'était celui du secret professionnel, mais bien de gérer cet accès en ayant à l'esprit la nécessaire protection de la vie privée.

C'est un arsenal très complet, bien plus pragmatique que le secret professionnel. Ce dernier est même supplanté dans son domaine et dans ses objectifs de protection contre la divulgation, par les dispositions pénales de la loi. En effet elles se montrent d'une redoutable efficacité car très éloignées des incertitudes et des restrictions propres au secret professionnel.

Titre I

La gestion transversale de la circulation des données personnelles

La législation française s'est dotée d'un arsenal juridique destiné à encadrer le traitement automatisé de données. Elle constitue un véritable *aggiornamento*. Sa date d'élaboration révèle une remarquable capacité de réaction de la part du législateur, ce qui mérite d'être loué tant les pouvoirs publics ne nous ont pas habitués à se montrer à ce point diligent.

La loi informatique et liberté du 6 janvier 1978 en constitue la clef de voûte puisqu'elle prévoit des droits et obligations qu'il faut respecter dès lors qu'un fichier est en constitution, en plus de créer la première autorité administrative indépendante, la C.N.I.L. Alors que la mission de protection de la vie privée avait toujours été dévolue au pouvoir judiciaire, il est remarquable que cette autorité administrative indépendante le dépasse d'une partie de ce privilège. Cela suffit pour être convaincu de son importance.

De plus, une directive du 24 octobre 1995 du parlement européen et du conseil de l'Union européenne est venue compléter ce dispositif. Malheureusement, la France n'a toujours pas transposé cette directive alors qu'elle devait le faire au plus tard en octobre 1998. Il faut tout de même largement tenir compte de ce texte puisqu'il doit, à terme, constituer le cadre juridique de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

Dans cette loi c'est l'information et l'individu qui y est attaché qui sont les préoccupations majeures. C'est pourquoi, afin d'être efficace, une gestion transversale de la circulation de l'information a été mise en place. Des règles sont posées quant à la collecte et à la conservation des informations visées par la loi. Et justement, l'originalité de cette loi en même temps que son efficacité tient dans le fait qu'elle étend sa protection à tous les types de données dès lors qu'elles sont nominatives, alors que l'on a vu que le secret professionnel ne protège que les informations à caractère secret, en interdisant seulement leur divulgation.

Pour autant la loi "informatique et libertés" n'a pas vocation à réguler toute circulation de données, son champ de compétence est limité, tout comme le secret professionnel puisqu'il

n'avait jamais été question de protéger les secrets en tant que tel mais seulement ceux détenus par les professionnels.

Le champ d'application de la loi du 6 janvier 1978 est délimitée par les notions de traitement automatisé, d'informations nominatives et de fichier.

En effet, la loi de 1978 ainsi d'ailleurs que la directive du 24 octobre 1995 a vocation à s'appliquer dès lors qu'est en cause un traitement automatisé d'informations nominatives ou même un traitement de telles données contenues ou appelées à figurer dans un fichier.

Afin de faciliter son interprétation et empêcher toute restriction injustifiée de son domaine d'application, la loi donne elle même une définition de ses concepts clés.

Ainsi "sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que ce soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent, que le traitement soit effectué par une personne physique ou une personne morale."⁹¹ La directive précise encore plus clairement ce qu'il faut entendre par données nominatives : "toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable ; 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."⁹². La directive se montre très pédagogue puisqu'elle va jusqu'à donner des pistes pour préciser l'identifiabilité : pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement mis en œuvre soit par le responsable du traitement soit par une autre personne pour identifier la dite personne. A la lumière de ces précisions, il convient de considérer que seule une donnée véritablement anonyme stricto sensu peut échapper à l'application de la législation. C'est grâce à cette acception très large, que de nombreux cas où les données n'étaient pas a priori nominatives, ont pu être tout de même appréhendés par le régime de protection des données personnelles.

Ensuite, par traitement automatisé d'informations nominatives, la loi du 6 janvier 1978 entend : "tout ensemble d'opérations réalisées par des moyens automatiques, relatif à la collecte, l'enregistrement, l'élaboration, la modification, la conservation et la destruction d'informations nominatives ainsi que tout ensemble d'opérations de même nature se rapportant à l'exploitation de fichiers ou base de données et notamment les interconnexions ou rapprochements, consultations ou communications d'information nominatives"⁹³. Là encore la définition donnée est très large, elle vise à recouvrir le plus large panel de situations.

⁹¹ Article 4 de la loi du 6 janvier 1978

⁹² Article 2 a) de la directive du 24 octobre 1995

⁹³ Article 5 de la loi du 6 janvier 1978

Enfin, la notion de fichier n'est pas définie dans la loi, et c'est sans doute ce qui a occasionné la fâcheuse décision de la cour de cassation qui opère une distinction par trop vétilleuse entre fichier et dossier⁹⁴. En tout état de cause, l'on peut retenir la définition proposée par la directive : "tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique."⁹⁵.

Dés lors dès qu'un traitement entre dans le champ d'attraction de la loi, une série de règles précises ayant toutes pour but la protection de la vie privée, va lui être imposé.

Les droits sont tournés vers les personnes fichées alors que les obligations pèsent sur le détenteur du fichier.

Néanmoins il convient de remarquer que droits et obligations sont ici extrêmement imbriqués dans la mesure où, bien souvent, le droit de la personne fichée constitue le corollaire de l'obligation du maître du fichier. Pour un droit déterminé on retrouve des modalités dans les obligations du maître du fichier.

L'affirmation de droits bénéficiant aux personnes fichées, est la manifestation de la volonté d'associer la dite personne à la protection de sa vie privée, d'en faire un collaborateur et ainsi de le sensibiliser encore d'avantage.

⁹⁴ Cass. com., 3 novembre 1987

⁹⁵ Article 2 c) de la directive du 24 octobre 1995

Chapitre I

De nouvelles règles de protection quant à la collecte des données personnelles

Pour être légaux, les traitements de données nominatives doivent respecter certaines règles bien précises. En premier lieu, puisque les traitements de données nominatives ne sont pas interdits en tant que tels, mais que pour autant leur prolifération est susceptible de porter atteinte à la vie privée, le législateur a opté pour un contrôle préalable opéré par la C.N.I.L. Afin de rendre possible ce contrôle, tout projet traitement de données nominatives doit être soumis à la C.N.I.L

Ensuite, la personne qui fait l'objet d'un traitement doit être informée de ce projet. C'est la condition sine qua non à l'effectivité du droit d'opposition. Car par ailleurs tout traitement doit respecter un principe générale de loyauté dans la collecte des données nominatives.

Afin d'assurer l'effectivité de ces règles, le législateur a prévu un important appareil de sanctions pénales reprises dans le Code pénal.

Section I : La mise en place de formalités préalables

Tout projet de traitement de données nominatives doit respecter des règles précises avant même de procéder à la collecte de ces informations.

C'est d'une part l'obligation de soumettre le projet à la C.N.I.L, et d'autre part l'obligation d'informer les personnes dont les données sont amenées à être recueillies.

& I : L'obligation de déclaration préalable

La loi du 6 janvier 1978 dispose que tout traitement automatisé d'informations nominatives doit, avant sa mise en œuvre, être déclaré ou soumis à l'avis de la CNIL.

C'est un préalable indispensable pour permettre à la CNIL d'effectuer son contrôle.

Celle-ci précise d'ailleurs que cette formalité a comme objectifs " de responsabiliser les utilisateurs de données nominatives et d'assurer, grâce à la publicité à laquelle elle donne lieu, la transparence nécessaire à l'exercice des droits des personnes concernées par les traitements⁹⁶."

Seulement la loi a entendu distinguer les traitements automatisés du secteur public et ceux du secteur privé

A proprement parlé, les traitements du secteur public ne sont pas soumis à une obligation de déclaration préalable puisque l'article 15 de la loi dispose que :

"hormis les cas où ils doivent être autorisés par la loi, les traitements automatisés d'informations nominatives opérés pour le compte de l'Etat, d'un établissement public ou d'une collectivité territoriale, ou d'une personne morale de droit privé gérant un service public, sont décidés par un acte réglementaire pris après avis motivé de la commission nationale de l'informatique et des libertés.

Si l'avis de la commission est défavorable, il ne peut être passé outre que par un décret pris sur avis conforme du conseil d'Etat ou, s'agissant d'une collectivité territoriale, en vertu d'une décision de son organe délibérant approuvée par décret pris sur avis conforme du conseil d'Etat.

Si, au terme d'un délai de deux mois renouvelable une seule fois sur décision du président, l'avis de la commission n'est pas notifié, il est réputé favorable."

En revanche les traitements de données nominatives ne sont eux soumis qu'à une déclaration préalable. Sans entrer dans les détails de la déclaration, il convient de remarquer que celle-ci doit mentionner la finalité du traitement et les personnes responsables de ce dernier, ainsi que les mesures prises pour assurer la sécurité des données. Il s'agit en fait des informations qui permettront d'assurer l'effectivité des règles imposées par la loi.

On remarquera que l'avis favorable de la CNIL n'exonère en aucun cas le maître du fichier de sa responsabilité. Celui-ci reste responsable du fichier qui doit rester conforme à la déclaration et à toute la loi.

Notons également l'existence d'un régime de déclaration simplifiée pour les traitements les plus courants des secteurs privé et public.

Enfin, il faut relever qu'avec la loi du 1^{er} juillet 1994 qui a ajouté un chapitre V bis à la loi du 6 janvier 1978, un sort particulier a été réservé aux traitements automatisés de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé. Pour l'essentiel, cette

⁹⁶ www.cnil.fr

loi crée un nouvel organisme concurrent de la C.N.I.L : le "comité consultatif sur le traitement de l'information en matière de recherche dans le domaine de la santé".

Ces précautions seraient rester vaines si la loi du 6 janvier 1978 n'avait instaurer un délit de mise en œuvre d'un traitement automatisé d'informations nominatives clandestin. Par ce biais le législateur se dotait des moyens appropriés pour assurer le respect des déclarations préalables.

L'article 226-16 du Code pénal, anciennement article 41 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que :

"le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements automatisés d'informations nominatives sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévue par la loi, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende".

On remarquera que seuls sont concernés les traitements automatisés et non les fichiers manuels. De plus l'article 31 de la loi de 1978 fait échapper à la sanction de l'article 226-16 du Code pénal, les églises et les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical qui tiennent registre de leurs membres ou de leurs correspondants sous forme automatisée, puisque "aucun contrôle ne peut être exercée, de ce chef, à leur encontre".

De même, les traitements à usage exclusivement privé ne sont pas concernées par la déclaration préalable et par conséquent non plus par la sanction pénale qui lui est attachée.

Point n'est besoin de rentrer plus avant dans le détail, il suffit de dire que cette soumission à des modalités précises est le point de départ des règles régissant la circulation des données personnelles.

& 2 : L'obligation d'information

Avant que la collecte ne puisse débuter, le maître du fichier doit informer les personnes dont les données sont recueillies.

Le texte de l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 encadre ce droit. La directive européenne de 1995 y fait également référence dans ses articles 10 et 11. Celle-ci fait d'ailleurs référence aux collectes directes et indirectes.

Le texte français dispose que:

"Les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées :

- du caractère obligatoire ou facultatif des réponses ;
- des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse ;
- des personnes physiques ou morales destinataires des informations ;
- de l'existence d'un droit d'accès et de rectification

On peut noter que ce droit à l'information constitue en réalité une véritable obligation pour le maître du fichier. C'est à lui de mettre en œuvre la transparence des traitements.

Quand les données sont recueillies par le biais d'un questionnaire, l'article 27 de la loi du 6 janvier 1978 impose qu'il soit fait mention de ces prescriptions.

Même quand il s'agit d'une collecte indirecte, la directive du 24 octobre 1995 impose cette information. Néanmoins l'article 11 2) prévoit une exception quand des efforts disproportionnés doivent être faits pour retrouver la personne.

Par ailleurs, l'article 22 de la loi du 6 janvier 1978 vient renforcer cette exigence

La commission met à la disposition du public la liste des traitements qui précise pour chacun d'eux :

- la loi ou l'acte réglementaire décidant de sa création ou la date de sa déclaration ;
- sa dénomination et sa finalité ;
- le service auprès duquel est exercé le droit d'accès prévu au chapitre V ci-dessous ;
- les catégories d'informations nominatives enregistrées ainsi que les destinataires ou catégories de destinataires habilités à recevoir communication de ces informations.

Il faut relever enfin que la loi du 1^{er} juillet 1994 a instauré des règles spécifiques en ce qui concerne les traitements de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé. Il est tenu compte de la particularité des données traitées⁹⁷ quant à l'accomplissement formel du devoir d'information. De plus le non respect du devoir d'information est ici constitutif d'un délit pénalement sanctionné⁹⁸.

A la différence des autres règles imposées par la loi, il n'était pas prévu de sanction pénale au non respect de l'obligation d'information. Toutefois beaucoup considéraient que manquer à son obligation d'information revenait à collecter les données nominatives par un procédé frauduleux, déloyal ou illicite, et par la même que ces agissements pouvaient recevoir application de l'article 226-18 du Code pénal. Cet aspect était surtout vrai en ce qui concerne la collecte indirecte des données nominatives, puisque bien souvent, une collecte auprès de tiers ne pourra avoir eu lieu qu'en violation du secret professionnel.

Un décret du 23 décembre 1981 est venu instaurer des contraventions de police pour ce manquement, ce qui semble interdire dorénavant le recours à l'article 226-18 du Code pénal.

⁹⁷ Article 40-5 de la loi du 6 janvier 1978

⁹⁸ article 226-18 du Code pénal

Les règles préalables à la constitution d'un traitement de données nominatives ne sont que les prémices à la mise en œuvre de règles encore plus strictes et donc encore plus favorable à l'objectif de protection de la vie privée.

Section II : L'obligation de respecter un principe de loyauté

Evidemment, en disposant dans son article 25 que "la collecte de données opérée par tout moyen frauduleux, déloyal ou illicite est interdite", la loi de 1978 a institué un principe général de loyauté dans lequel l'obligation d'information aurait pu être intégré. En effet l'obligation d'information conditionne tous les autres droits des personnes fichées.

Cette obligation générale implique le respect de toutes les prescriptions de la loi, mais plus sûrement, le principe de loyauté touche plus particulièrement la collecte proprement dite. C'est ainsi qu'il se décline dans la loi de 1978 de manière très précise selon divers obligations à respecter. C'est en premier lieu le droit reconnu de s'opposer au traitement de ses données personnelles, et c'est en second lieu l'interdiction de collecter certaines informations sensibles.

& 1 : Le droit d'opposition

Si l'article 226-18 du Code pénal est la sanction pénale de la prescription de l'article 25 de la loi de 1978, il l'est également en ce qui concerne le droit accordé à l'article 26 de la même loi : "Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement."

Le droit d'opposition ainsi accordé est dans la droite ligne du principe de loyauté, puisque collecter des informations nominatives malgré l'opposition de l'intéressé est manifestement constitutif d'une conduite déloyale.

Notons dès maintenant que ce droit particulièrement efficace "ne s'applique pas aux traitements limitativement désignés dans l'acte réglementaire prévu à l'article 15", c'est à dire ceux relevant du secteur public. Ce disant c'est reconnaître que des traitements sont

obligatoires. Cela n'a rien de surprenant quand on pense aux fichiers fiscaux et aux fichiers de police notamment.

Pour le reste des traitements, en pratique ceux du secteur privé, toute personne a le droit de s'opposer à sa mise en fichier. Toutefois, pour être parfaite, l'opposition doit être réelle et formulée sans qu'un formalisme particulier soit exigé. De plus, la lettre de l'article 26 de la loi de 1978 subordonne l'opposition à un motif légitime. Cette condition semble restreindre le droit d'opposition, mais en fait, la notion de motifs légitimes est très peu juridique, et en revanche très subjective. Si bien qu'en pratique cette condition ne limite aucunement le droit d'opposition, les juridictions saisies se contentant de relever des raisons qui touchent à la vie privée du demandeur. Aucun responsable de traitement n'osera raisonnablement aller à l'encontre d'une opposition manifestée, en arguant de l'illégitimité des motifs invoqués.

Notons que la loi du 1^{er} juillet 1994 a institué là encore des règles spécifiques en ce qui concerne la recherche dans le domaine de la santé. L'article 226-18 2^o sanctionne en effet le fait de procéder à un traitement automatisé : "malgré l'opposition de la personne concernée ou lorsqu'il est prévu par la loi, en l'absence du consentement éclairé et exprès de la personne, ou, s'il s'agit d'une personne décédée, malgré le refus exprimé par celle-ci de son vivant.". Cette sanction spécifique est la conséquence d'un droit d'opposition particulier en la matière : " Toute personne a le droit de s'opposer à ce que des données nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement visé à l'article 40-1.

Dans le cas où la recherche nécessite le recueil de prélèvements biologiques identifiants, le consentement éclairé et exprès des personnes concernées doit être obtenu préalablement à la mise en œuvre du traitement des données.

Les informations concernant les personnes décédées, y compris celles qui figurent sur les certificats des causes de décès, peuvent faire l'objet d'un traitement de données, sauf si l'intéressé a, de son vivant, exprimé son refus par écrit."⁹⁹. Il faut noter que la nature particulière du traitement a conduit le législateur à exclure la limitation prévue pour le secteur public.

Il faut préciser enfin que le droit d'opposition ne se limite pas au droit de refuser à ce que des données nominatives fassent l'objet d'un traitement. On peut très bien avoir donné son accord sans pour autant accepter que ses données ne soient transmises à un tiers.

Quand le responsable d'un fichier envisage de le transmettre à un tiers, il doit en informer la personne concernée car celle-ci peut très bien s'y opposer. Cette exigence pose parfois problème à certaines entreprises qui font de la vente de fichier leur fonds de commerce. Nous sommes ici en plein conflit entre l'être et l'avoir dans ce qu'il a de plus caricatural.

Il s'agit d'entreprises qui proposent de répondre à des questionnaires extrêmement détaillés. Pour inciter les consommateurs à y répondre, des jeux concours sont fréquemment

⁹⁹ Article 40-4 de la loi du 6 janvier 1978

présentés avec ces questionnaires. Or il est évident que pour être rentabilisées, ces "mégabases" de données doivent être vendues.

Pour éviter tout litige ultérieur et pour permettre l'exercice éventuel du droit d'opposition, ces questionnaires doivent contenir une "case à cocher." Selon les cas, le consommateur va cocher la case soit pour autoriser la transmission de ses réponses à un tiers ou soit pour l'interdire.

On parle alors de "opt in" quand la personne intervient pour donner son consentement et de "opt out" quand elle intervient pour s'opposer.

Le 30 juillet 1997, le conseil d'Etat a donné raison à la CNIL qui avait imposé cette exigence de "case à cocher"¹⁰⁰.

Le droit d'opposition est très efficace, même s'il vrai que la seule véritable liberté aurait consisté à mettre en place le système dit de "l'opt in", pour lequel la directive du 24 octobre 1995 ne prévoit aucune interdiction, une liberté totale de choix est laissé aux Etats membres.

Ce système a tout de même été retenu en matière de données nominatives dites sensibles.

& 2 : La protection accrue offerte aux données sensibles

Si le législateur a choisi d'autoriser le traitement de données nominatives pour peu qu'il respecte la réglementation afférente, en revanche il existe des données pour lesquelles une société respectueuse des droits de l'homme ne saurait tolérer la collecte et le traitement. Il s'agit des données que l'on qualifie de sensibles. Ce vocable manquant de précisions, la loi de 1978 a précisé quelles étaient les informations pour lesquelles a priori aucune "mise en mémoire" n'était possible.

L'article 31 dispose qu' "Il est interdit de mettre ou conserver en mémoire informatisée, sauf accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes."

L'article 30 prévoit que : "sauf dispositions législatives contraires, les juridictions et autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales ainsi que, sur avis conforme de la Commission nationale, les personnes morales gérant un service public peuvent seules

¹⁰⁰ Droit informatique et télécom 1998 n° 2
JCP 1997, II n° 22950.

procéder au traitement automatisé des informations nominatives concernant les infractions, condamnations ou mesures de sûreté."

On notera que le texte de loi ne fait pas mention des données relatives à la santé et à la vie sexuelle, contrairement à la directive du 24 octobre 1995. Pour autant, il serait absurde de ne pas considérer ces données comme sensibles et ne pas ainsi leur offrir une protection adéquate.

Du reste, il est tout à fait possible de considérer que la notion de mœurs recouvre en partie ces données. De plus, la convention 108 du conseil de l'Europe qui est d'applicabilité directe fait rentrer dans la catégorie des données sensibles, celles relatives à la santé et à la vie sexuelle. La loi de transposition devrait remédier à cet oubli formel.

C'est l'article 226-19 du Code pénal qui vient sanctionner la violation de ces interdits : "le fait, pour les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée, sans l'accord exprès de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement, font apparaître les origines raciales, ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2.000.000 F d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, pour les cas prévus par la loi, de mettre ou de conserver en mémoire informatisée les informations concernant des infractions, des condamnations ou des mesures de sûreté."

La protection offerte paraît donc très efficace, mais comme en matière de secret professionnel des exceptions sont prévues à la règle.

En premier lieu, le texte même de l'article 31 pose comme exception le consentement exprès de l'intéressé. Si on devait raisonner en terme de fondement juridique, on ne pourrait s'empêcher de se remémorer le débat houleux et séculaire relatif au secret professionnel. Il semble ici que la loi consacre le fondement d'intérêt privé puisque le fondement d'ordre public aurait interdit une telle exception. Mais le consentement doit être entendu strictement. L'écrit semble être exigé. A défaut, la preuve de l'autorisation peut apparaître difficile à apporter.

De plus en exerçant son contrôle, la CNIL porte une attention particulière à ce type d'information. Elle les considérera comme illicites si on ne lui fournit pas les autorisations de collecte.

Il faut noter que la directive du 24 octobre 1995 autorise les Etats à ne prévoir aucune exception à l'interdit de "collecte" des informations sensibles.

En second lieu une série d'exceptions spécifiques viennent restreindre l'interdit de principe :
- L'article 31 alinéa 2 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que les églises ou les groupements à caractère religieux, philosophique, politique ou syndical peuvent tenir des registres de leurs membres ou de leurs correspondants.

Mais sur cette notion de correspondants, il doit s'agir de contacts réguliers.

- L'article 30 de la loi dispose que les juridictions et les autorités publiques agissant dans le cadre de leurs attributions légales peuvent effectuer un traitement automatisé des données relatives aux condamnations pénales.
- L'article 33 de la loi dispose que l'interdiction ne s'applique pas aux organismes de presse écrite ou audiovisuelle, dès lors que l'exercice de la liberté d'expression est menacé.
- L'article 31 alinéa 3 de la loi prévoit également que la CNIL peut donner son avis conforme dès lors que des motifs d'intérêt public justifient le traitement de données sensibles.
- L'utilisation du numéro national d'identification des personnes physiques (NIR) est autorisée sur décret du conseil d'Etat pris après avis de la CNIL (Art 18 de la loi du 6 janvier 1978.)
- Quand le traitement est nécessaire à la défense d'intérêts vitaux de la personne, quand cette personne ne peut manifester son consentement (Art 7 d de la directive du 24 octobre 1995.)
- Quand le traitement est nécessaire au droit du travail. L'article 8 b de la directive prévoit cette exception pour éviter que l'interdiction ne paralyse la gestion des entreprises.

Tout comme le secret professionnel, des intérêts estimés prédominants mettent en échec le principe d'interdiction. Rien n'empêche le législateur de prévoir d'autres exceptions suivant ses priorités. A ce titre, le débat sensible régnant autour du numéro de sécurité sociale (NIR) est très révélateur. Si la C.N.I.L lutte contre son utilisation généralisée par l'administration, en revanche les pouvoirs publics et notamment les administrations fiscales et douanières militent activement pour la mise en place d'un tel identifiant. Dans cet affrontement aux enjeux ô combien philosophique, il n'es pas sûr que la C.N.I.L puisse résister longtemps à ce qui paraît inéluctable.

Chapitre II

De nouvelles règles de protection quant au traitement et à la conservation des données

Parce qu'un traitement de données nominatives comporte des risques non seulement relativement à la collecte de l'information, mais aussi et surtout serions-nous tenter de dire, en ce qui concerne l'exploitation de ces données, la loi de 1978 a posé un certain nombre de règles à respecter par le maître du fichier. De plus, toujours dans l'esprit d'associer la personne concernée à la protection de ses données personnelles, des droits très concrets et efficaces ont été reconnus aux personnes fichées.

Section I : Les obligations du maître du fichier

Nous examinerons ici deux obligations essentielles de la loi de 1978 en différant l'étude d'une troisième car spécifique à la protection contre la divulgation des données personnelles.

Nous verrons donc successivement les obligations tenant au respect de la finalité du traitement et à la conservation des données

& 1 : Le respect de la finalité du traitement

Alors que le principe de finalité n'apparaît que très peu de façon explicite dans le texte même de la loi de 1978, puisque ce n'est qu'aux articles 19 et 20 de la loi que le terme est employé, la C.N.I.L n'hésite pourtant pas à parler de ce principe comme du pilier de loi de 1978.

D'ailleurs, c'est en toute logique que l'article 6 de la directive du 24 octobre 1995 reprend ce principe dans ses paragraphes b) et c). Ce texte dispose que les données à caractère

personnel doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités. Ces données doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard de ces finalités.

C'est dans le Code pénal qu'il faut orienter les recherches pour trouver une affirmation explicite du principe de finalité dans la législation nationale. En effet, l'article 226-21 du Code pénal dispose que :

" Le fait pour toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou de toute autre traitement, de détourner ces informations de leur finalité telle que définie par la disposition législative ou l'acte réglementaire autorisant le traitement automatisé ou par la décision de la Commission nationale de l'informatique et des libertés autorisant un traitement automatisé ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé ou par les déclarations préalables à la mise en œuvre de ce traitement, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2.000.000 F d'amende."

Le fait que la violation du principe de finalité soit sanctionné pénalement démontre l'importance de cette obligation; au soutien de quoi il faut ajouter que cette infraction est sans doute l'une de celle qui est susceptible de recevoir application le plus fréquemment. En effet, l'étude de ses éléments constitutifs montre combien son champ d'application est vaste.

Seuls les fichiers manuels semblent de prime abord ne pas être visés par l'infraction. En fait, il faut considérer par la force des choses que les traitements automatisés clandestins sont également exclus du domaine de l'infraction puisque par hypothèse on ne pourra se référer à la finalité déterminée par les modalités préalables.

De plus, si le texte de loi évoque le détournement des informations de leur finalité, il semble qu'il ne faut se montrer par trop exégète et plutôt prendre en considération l'esprit de la loi. Ainsi, comme l'affirme M. Frayssinet, il ne faut pas s'arrêter au pluriel utiliser à propos des informations : " A notre sens, le détournement d'une seule information nominative suffit à caractériser l'infraction même si le Code pénal utilise le mot au pluriel.....Le détournement de finalité d'une seule information peut être plus grave dans ses effets pour l'individu concerné et protégé que le détournement de plusieurs informations."¹⁰¹.

De la même manière, en visant toute personne détentrice d'informations nominatives à l'occasion d'une série d'opérations précisées par le texte de loi, ce dernier semble prévoir que n'entrent pas dans son champ d'application les personnes qui ont acquis la détention de l'information en dehors des actes cités par lui. Ainsi les personnes qui ne prennent part qu'à la collecte, opération non visée expressément par le texte, ne pourraient être sanctionnées au titre du détournement de finalité.

¹⁰¹ M. Jean Frayssinet dans *Juris-Classeur pénal : Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques*".

Ce serait absurde évidemment. En fait, l'infraction n'est pas déracinée de sa terre nourricière d'origine, elle doit être mise en perspective au regard de la loi de 1978. La notion de "tout autre traitement" ne doit pas être entendue stricto sensu, mais en considération de la définition très large donnée par l'article 5 de la loi de 1978. Par ce biais, un ensemble vaste d'opérations entreront sans le champ d'attraction de l'article 226-21 du Code pénal, et notamment la collecte des données.

Ensuite, afin de caractériser le délit, il convient de confronter la finalité déterminée dans les modalités préalables (déclaration, acte réglementaire.....) et l'acte incriminé. C'est de cette confrontation qu'il apparaîtra s'il y eu détournement de finalité ou non. A ce titre la rigueur juridique nous enjoint à considérer que si le détournement est trop important au point que le traitement n'a plus de rapport avec celui déclaré ou autorisé, alors il s'agit d'un nouveau traitement, de fait clandestin. En revanche si le détournement bien que réel, ne rompt pas toute filiation avec le traitement originel, c'est l'article 226-21 du Code pénal qui a vocation à donner sa pleine mesure.

La C.N.I.L, dans son appréciation des détournements, adopte une position pragmatique, dans la mesure où elle admet certaines extensions de finalité quand l'esprit, la philosophie qui sous-tend le traitement est conservé.

Enfin, à titre d'illustration, citons la décision de la C.N.I.L intervenue à propos du détournement du fichier de gestion du personnel d'EDF-GDF. Le détournement est ici flagrant puisque si le dit fichier pouvait être communiqué à la caisse centrale des activités sociales avec pour finalité la gestion des œuvres sociales, en revanche la C.N.I.L a considéré que la transmission du fichier à un parti politique constituait un détournement de finalité.¹⁰². Remarquons que c'est la communication à des tiers non autorisés qui constitue le fait punissable, cela n'est pas sans rappeler l'infraction de violation du secret professionnel. Nous y reviendrons ultérieurement.

& 2 : L'obligation de conservation

Quand un traitement a été autorisé, le maître du fichier doit garantir que le fichier ou les données qu'il contient ne seront pas conservées au-delà d'un certain délai qui doit en principe être déterminé dès la demande d'avis de déclaration.

Le traitement de données nominatives est potentiellement néfaste à la vie privée des personnes. Il est dès lors légitime de vouloir limiter la conservation des données à la durée strictement nécessaire au regard de la finalité du traitement

L'article 28 de loi du 6 janvier 1978 qui vient consacrer cette obligation :

¹⁰² CNIL, Délib. 20 novembre 1984. Cité par M. Jean Frayssinet : op. cit.

"Sauf dispositions législatives contraires, les informations ne doivent pas être conservées sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration, à moins que leur conservation ne soit autorisée par la commission."

Il existe des normes simplifiées qui fixent la durée de conservation de données déterminées.

En voici une liste non exhaustive :

- Dans les bibliothèques, à la fin du quatrième mois qui suit la restitution d'un prêt.
- Dans une entreprise privée, les informations relatives aux motifs d'absence ne doivent être conservées au-delà de la période nécessaire à l'établissement des bulletins de paye.
- Pour les fichiers de clients, la durée est fixée par le code de commerce et est de dix ans.

L'article 226-20 du Code pénal vient sanctionner la violation de cette obligation :

"Le fait, sans l'accord de la Commission de l'informatique et des libertés, de conserver des informations sous une forme nominative au-delà de la durée prévue à la demande d'avis ou à la déclaration préalable à la mise en œuvre du traitement informatisé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300.000 F d'amende."

Notons très vite que son champ d'application est limité puisque il résulte du texte même que seuls sont visés les traitements informatisés, et parmi ces derniers, seulement ceux qui ont fait l'objet d'une demande d'avis ou de déclaration préalable à leur mise en œuvre à la C.N.I.L. Cette désignation limitative écarte donc de la répression les traitements clandestins, les fichiers manuels ou mécanographiques mais aussi les traitements de données nominatives ayant pour fin la recherche dans le domaine de la santé puisque faisant l'objet d'une autorisation de la C.N.I.L et non d'une demande d'avis ou d'une déclaration préalable. Des raisons identiques produisant toujours les mêmes effets, les traitements automatisés créés par la loi ne sont pas concernées par ces dispositions. Ce que la rigueur juridique nous force à admettre peut tout de même être déploré, car on éprouve des difficultés à discerner les raisons justifiant une telle restriction du domaine d'application de l'infraction, surtout en ce qui concerne les traitements de données prévus par la loi du 1^{er} juillet 1994.

L'infraction de l'article 226-20 du Code pénal vient consacrer en fait ce que l'on appelle le "droit à l'oubli" et qui lui est préexistant.

Ce dernier renforce l'obligation de conservation dans la mesure où la conservation implique seulement de fixer une limite temporelle et de la respecter, alors que le droit à l'oubli a comme autre finalité d'éviter qu'à l'issue d'une longue conservation, les informations ne soient erronées, dépassées ou périmées. La CNIL semble vouloir toujours se référer à ce droit puisqu'elle le mentionne expressément dans ses avis et rapports.

En pratique, le droit à l'oubli ne signifie pas exclusivement la radiation des données. Très souvent sa mise en œuvre consiste à rendre anonymes les personnes concernées (ex: études statistiques.)

L'effacement des vidéo-surveillances en est également une bonne illustration. Dans une délibération du 10 novembre 1992 la CNIL a imposé un délai d'un mois.

La commission a précisé que ce droit devait bénéficier en priorité aux populations les plus dépendantes (enfants et adolescents.¹⁰³)

Une difficulté a pu apparaître quand il y a conflit entre le droit à l'oubli et la mémoire obligée, à savoir la loi sur les archives¹⁰⁴

Une délibération du 10 mai 88 est venue affirmer la position de la C.N.I.L : La loi informatique et liberté doit primer, dès lors que l'information est sans intérêt pour l'histoire. Elle suggère d'ailleurs d'être consultée le cas échéant. Mais ce n'est que son avis.

L'obligation de conservation ne se limite à sa dimension temporelle. Elle implique également pour le maître du fichier, une rigueur quant au contenu des informations.

Il doit veiller à leur intégrité et à leur exactitude. C'est ainsi qu'une obligation de mise à jour est mise à sa charge par l'article 37 de la loi de 1978 :

"Un fichier nominatif doit être complété ou corrigé même d'office lorsque l'organisme qui le tient acquiert connaissance de l'inexactitude ou du caractère incomplet d'une information nominative contenue dans ce fichier."

Dès lors qu'il a connaissance de l'inexactitude il se doit de corriger l'information.

La mise à jour peut également être à l'initiative de la personne fichée.

Quand une donnée a changé ou quand elle est tout simplement erronée depuis sa collecte, l'intéressé dispose d'un droit de rectification qui n'est qu'une des finalités du droit d'accès dont il dispose.

Mais parfois, le fichier peut avoir été communiqué à un tiers avec l'accord de la personne fichée. Dans cette hypothèse la rectification doit être également effectuée.

L'article 38 de la loi du 6 janvier 1978 dispose que c'est au maître du fichier d'en informer le tiers. Cette règle doit d'ailleurs s'appliquer quand une information a été supprimée

Section II : Les personnes fichées associées à la protection des données personnelles

¹⁰³ voir la norme simplifiée numéro 29 conçue dans le souci d'éviter la pérennisation de l'échec scolaire.

¹⁰⁴ L. n° 79-18, du 3 janvier 1979

Le législateur a souhaité associée la personne fichée à la protection de ses données personnelles. Cela passe d'abord par la reconnaissance d'un droit d'accès aux données personnelles traitées, puis par celle d'un droit de rectification de ces données.

& 1 : Le droit d'accès

Il est le prolongement de l'obligation d'information en même temps que la manifestation de la volonté du législateur d'associer la personne fichée à la protection de ses données personnelles.

Le droit d'accès permet à la personne fichée de contrôler le respect des règles de traitement de données personnelles.

Ce droit est indispensable. La CNIL évoque un droit de curiosité. Il est vrai que la curiosité peut être la raison qui amène une personne à consulter un fichier dans lequel des données la concernant y sont traitées. Mais satisfaire la curiosité, n'est bien sur pas l'objectif premier du droit d'accès. Il doit en réalité permettre à toute personne de vérifier l'existence ou non de données la concernant dans un fichier automatisé.

Il permet aussi de contrôler l'exactitude des données traitées. Sans droit d'accès, il ne pourrait y avoir un droit de rectification.

L'article 34 de la loi du 6 janvier 1978 dispose ainsi que :

"Toute personne justifiant de son identité a le droit d'interroger les services ou organismes chargés de mettre en œuvre les traitements automatisés dont la liste est accessible au public en application de l'article 22 ci-dessus en vue de savoir si ces traitements portent sur des informations nominatives la concernant et, le cas échéant, d'en obtenir communication."

L'article 12 de la directive du 24 octobre 1995 dispose que cette communication doit être faite sous une forme intelligible.

Dans cette hypothèse l'organisme détenteur du fichier doit communiquer toutes les informations "données nominatives" qu'il détient sur le demandeur.

En revanche cette communication peut être facturée en raison des frais de copie engendrés par la demande d'accès. Le tarif est fixé par un arrêté du 23 septembre 1980. Il est plafonné à 20 francs pour le secteur public et à 30 pour le secteur privé. Mais cette redevance est

remboursée quand la communication des données conduit à une modification des informations.

Mais le droit d'accès connaît des limites ; c'est d'abord la possibilité pour la C.N.I.L d'octroyer un délai, c'est ensuite la reconnaissance d'une dispense de la communication quand certaines demandes sont manifestement abusives par leur nombre, leur côté répétitif ou systématique, et c'est enfin Le droit d'accès indirect en matière médicale ou quand le traitement intéresse la sûreté de l'Etat.

En effet, lorsque l'exercice du droit d'accès s'applique à des informations à caractère médical, celles-ci ne peuvent être communiquées à l'intéressé que par l'intermédiaire d'un médecin qu'il désigne à cet effet.

Nous avons déjà vu que l'article 40 de la loi de 1978 pose ici une restriction inhérente à la déontologie médicale. Le devoir d'information qui pèse sur un médecin, ne l'oblige pas à communiquer l'ensemble du dossier qu'il détient. Les nécessités thérapeutiques et l'état psychologique d'un patient peuvent en effet justifier que ce dernier ne connaisse pas l'intégralité de son propre dossier médical. De plus, le langage médical étant une spécialité en soi, le patient ne sera pas toujours à même de comprendre les tenants et aboutissants de son dossier médical.

Ce faisant le médecin joue le rôle de "sas de sécurité".

En ce qui concerne la sûreté de l'Etat, On considère que les intérêts supérieurs de la nation doivent primer, ce qui n'a rien de surprenant. Mais l'exception ne signifie pas qu'il est impossible d'accéder à un dossier qui intéresse la sûreté de l'Etat. L'article 39 dispose qu'en ce qui concerne les traitements intéressant la sûreté de l'Etat, la défense et la sécurité publique, la demande est adressée à la commission qui désigne l'un de ses membres appartenant ou ayant appartenu au Conseil d'Etat, à la Cour de cassation ou à la Cour des comptes pour mener toutes investigations utiles et faire procéder aux modifications nécessaires. Celui-ci peut se faire assister d'un agent de la commission. Il est notifié au requérant qu'il a été procédé aux vérifications.

Enfin, notons qu'il existe des règles particulières en ce qui concerne les données des Renseignements Généraux.

Depuis un décret du 14 octobre 1991 les traitements automatisés des renseignements généraux font l'objet d'un droit d'accès spécifique. C'est en réalité un droit d'accès direct aux données qui nous concernent. Mais la demande d'accès passe par le ministre de l'intérieur qui dispose du pouvoir de refuser. C'est un pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire qu'il s'exerce au cas par cas sans aucune justification.

En pratique le ministre refuse deux fois sur dix.

La communication se fait à la CNIL ou à la préfecture pour les personnes habitant la province.

& 2 : le droit de rectification

Ce droit assure l'effectivité de l'implication de la personne fichée à la protection de ses données personnelles. Un simple droit à la curiosité se révélerait évidemment insuffisant.

.C'est un des droits essentiels de la personne fichée. On y a déjà fait allusion dans les développements précédents.

On peut affirmer qu'il demeure indissociable des autres droits et notamment du droit d'accès. Le droit d'accès n'aurait en effet quasiment aucune utilité sil ne s'accompagnait pas d'un droit de rectification. Une personne qui consulte un fichier contenant des données la concernant, doit pouvoir demander une rectification des informations quand celles-ci sont inexactes. Elle peut même en demander la radiation.

C'est à l'article 36 alinéa 1 de la loi de 1978 qu'est accordé ce droit .:

"Le titulaire du droit d'accès peut exiger que soient rectifiées, complétées, clarifiées, mises à jour ou effacées les informations le concernant qui sont inexactes, incomplètes, équivoques, périmées ou dont la collecte, ou l'utilisation, la communication ou la conservation est interdite."

Constitue une contravention de la cinquième classe, tout manquement à l'une des obligations prescrites par le droit à la rectification. L'amende peut donc s'élever à 10.000 francs et à 20.000 francs en cas de récidive.

Dans l'hypothèse rare où le maître du fichier prétend que les informations sont exactes malgré le demande de la personne concernée, l'essentiel du problème repose sur des questions de preuve. L'article 36 de la loi envisage deux régimes pour résoudre le conflit:

D'une part si les données ont été communiquées sans l'accord de la personne ou par un tiers, c'est au maître du fichier d'apporter la preuve de l'exactitude des informations.

En revanche si les données ont été communiquées par la personne ou avec son accord, la charge de la preuve est inversée, c'est-à-dire que la personne qui demande la rectification doit démontrer l'inexactitude des données.

:

Le droit de rectification emporte divers conséquences. En premier lieu, lorsqu'elle est justifiée, la rectification doit être effectuée sans délai et être suivie de la délivrance d'une copie de la rectification au demandeur, sachant que les frais engendrés par la demande d'accès doivent être remboursés.

Enfin, si les données contenues dans le fichier ont fait l'objet d'une communication à un tiers, ce dernier doit être également informé de la modification.

Rappelons en dernier lieu, que si la personne qui détient le fichier s'aperçoit de l'inexactitude ou du caractère incomplet d'une information, elle a l'obligation de procéder d'office à la rectification.

Titre II

L'arsenal contre la divulgation des données personnelles

La loi du 6 janvier 1978 en encadrant la circulation des données personnelles à défaut d'en interdire le traitement, donne l'image d'une législation avant tout très pragmatique. Conscient des dangers que fait courir le traitement des données personnelles à l'encontre de la vie privée, mais en ayant également à l'esprit que le développement de l'informatique est inéluctable parce que représentant un outil formidable, le législateur a régulé toutes les phases composant la circulation des données personnelles, en posant des règles strictes à la charge du responsable quant à la collecte, au traitement et à la conservation de ces données, et en associant de surcroît la personne fichée à la protection de ses données personnelles.

Toutefois la menace la plus sérieuse pesant sur la vie privée consiste en la divulgation des données personnelles à des tiers non autorisés. Cette constatation découle de la notion de finalité qui est devenu, de l'aveu même de la C.N.I.L, la pierre angulaire du dispositif, puisque c'est en fonction de sa finalité qu'un traitement peut être légitime ou en tout cas autorisé. Que des tiers non autorisés aient accès à des données personnelles enlève toute légitimité au traitement et le dénature.

C'est pourquoi la loi de 1978 a instauré un dispositif spécifique pour lutter contre la divulgation des données personnelles, qui entre en concurrence directe avec l'infraction de violation du secret professionnel. Mais si l'efficacité de ce dispositif n'est pas remis en cause, pour autant force est de constater que la loi du 6 janvier 1978 a fourni de manière inattendue au droit positif une arme à l'efficacité encore plus redoutable dans l'optique de protection des données personnelles, c'est l'obligation de préserver la sécurité des informations nominatives.

Chapitre I

L'érection d'un nouveau secret professionnel

La loi du 6 janvier 1978, dans la continuité chronologique de la protection des données personnelles collectées, a prévu à travers son ancien article 43, de sanctionner pénalement leur divulgation illicite.

La filiation avec le secret professionnel où c'est la révélation de secrets par un professionnel qui est prohibée, est évidente : " les délits instaurés par l'article 226-22 du code pénal sont une situation de forte proximité, menant éventuellement au concours d'infraction, avec les règles pénales sanctionnant la violation du secret professionnel si l'information a un caractère secret"¹⁰⁵.

Toutefois, les deux infractions ne recouvrent pas tout à fait la même réalité, la prescription de la loi de 1978 dispose de son domaine propre où il ne sera guère étonnant de respirer la fragrance du pragmatisme.

Ce pragmatisme se vérifiera surtout dans la nature des informations inaccessibles.

Section I : Un domaine d'application autonome

C'est l'article 43 de la loi du 6 janvier 1978 qui institua l'infraction de divulgation illicite d'informations nominatives. Comme d'autres, cette infraction a été insérée dans le Code pénal à l'article 226-22, lequel dispose que :

"Le fait pour toute personne qui a recueilli, à l'occasion de leur enregistrement, de leur classement, de leur transmission ou d'une autre forme de traitement, des informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de

¹⁰⁵ M. Jean Frayssinet dans Juris-Classeur pénal : Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques".

l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée, de porter, sans autorisation de l'intéressé, ces informations à la connaissance d'un tiers qui n'a pas qualité pour les recevoir, est puni d'un an d'emprisonnement et de 100.000 F d'amende.

La divulgation prévue à l'alinéa précédent est puni de 50.000 F d'amende lorsqu'elle a été commise par imprudence ou négligence.

Dans les cas prévus aux deux alinéas précédents, la poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit."

Affirmer que cette infraction dispose d'un domaine propre, différent donc de celui du secret professionnel relève de l'évidence puisque ayant été instituée par une loi aux objectifs et aux domaines bien définis.

Ainsi, l'infraction ne semble s'appliquer a priori qu'aux traitements automatisés. Au soutien de cette affirmation, on relèvera la présence du terme "traitement", dont l'utilisation dans le cadre de la loi de 1978 est limitée aux traitements automatisés.

Mais encore une fois, une mise en perspective plus large de ce terme conduit à penser qu'il recouvre également les fichiers manuels et mécanographiques. En effet, l'article 2 b) de la directive du 24 octobre 1995 donne une définition très large du traitement qui englobe les dits fichiers. De plus, les termes "enregistrements", "classement" ou "transmission" sont parfaitement applicables aux fichiers manuels.

Après s'être prononcée en défaveur d'une extension de l'infraction aux fichiers manuels, la jurisprudence a admis cette interprétation :

"Attendu que le texte servant de base à la poursuite (art.43) ne fait effectivement aucune distinction entre la nature et la source de l'information quant à la détermination des fichiers ainsi protégés, les sanctions pénales frappant les manquements constatés doivent s'appliquer indistinctement aux systèmes informatiques, à base du traitement automatisé, comme aux fichiers manuels"¹⁰⁶.

Mais une décision en date du 28 février 1994¹⁰⁷ est de nouveau venue jeter le trouble.

La loi de transposition devrait on l'espère lever définitivement l'incertitude.

Quoiqu'il en soit, le champ d'application de l'article 226-22 du Code pénal est limité aux traitements de données nominatives, mais c'est une restriction qui n'en n'est pas vraiment une, tant ces traitements prolifèrent.

Il reste qu'à ce titre, le secret professionnel est de portée plus générale, mais c'est bien le seul motif qui lui sera laissé de s'enorgueillir, tant il paraît en retrait pour le reste.

¹⁰⁶ Cité par M. Jean Frayssinet : op. cit.

¹⁰⁷ Agen, 28 février 1994

Ensuite, l'objet de la protection ne concerne que les informations nominatives recueillies à l'occasion de diverses opérations visées par le texte. Cette liste semble limitative et donc est susceptible de restreindre le domaine de l'infraction. Mais encore une fois, la présence du terme "tout autre forme de traitement" permet d'élargir les opérations envisagées. En effet, la définition du traitement donnée par la loi de 1978, englobe en pratique toutes les opérations envisageables et notamment la collecte.

Cette restriction n'était pas souhaitable, et elle n'est donc en aucune manière susceptible d'avoir une quelconque incidence.

Pour être complet, les opérations envisagées n'ont pas besoin d'être licites ; en revanche il résulte du texte même que la personne responsable pénalement doit avoir un lien avec elles. On remarquera que le législateur a visiblement retenu les leçons de l'infraction de violation du secret professionnel en visant les informations "recueillies". En effet, on a vu que la réaction de l'ancien article 378 du Code pénal avait limité l'objet de la protection aux secrets confiés. Ce n'est que par une décision jurisprudentielle que cette notion avait été étendue. Ici le choix du terme recueillie ne laisse aucune place au doute.

De même, sont évitées les errements qui ont émaillés le secret professionnel quant à la détermination des professions qui pouvaient être considérées comme des "confidents nécessaires".

Le deuxième temps de l'infraction suppose la divulgation d'informations nominatives. Précisons tout de suite que par divulgation, il faut entendre le fait de porter à la connaissance d'une ou de plusieurs personnes une information. L'infraction suppose donc l'accomplissement d'une action positive.

Citons cette décision de justice qui estime que "la divulgation doit s'entendre comme un acte positif de transmission d'information nominative dont on a connaissance."¹⁰⁸.

Cette divulgation doit avoir été effectuée sans l'autorisation préalable de la personne concernée. Par cette disposition le législateur reconnaissait ainsi à l'intéressé le pouvoir d'autoriser la divulgation, et donc de la rendre licite.

Du reste, c'est de l'essence même de la loi de 1978, puisque si l'on peut s'opposer à la collecte et au traitement de ses données, on peut en toute logique permettre que celles-ci soient transmises. L'esprit de la loi de 1978 est bien de conférer une certaine maîtrise aux personnes sur leurs données.

Ce faisant, la loi de 1978 affirmait expressément le fondement d'intérêt privé de l'obligation de non divulgation illicite. A ainsi été évité que ne se reproduise les débats houleux qui ont empoisonné l'interprétation de l'infraction de violation du secret professionnel, et les incertitudes qui en ont découlées, notamment sur la question de savoir si l'on pouvait

¹⁰⁸ Cité par M. Jean Frayssinet : op. cit.

opposer le secret professionnel au déposant ou si celui-ci pouvait délier le professionnel de son obligation de secret.

Incidemment, cela revenait également à ne pas reconnaître à la confidentialité assurée par l'article 226-22 du Code pénal, le caractère général et absolu.

L'interprétation du texte est donc fortement simplifiée.

A ce titre, il faut aussi remarquer que la "poursuite ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droit", ce qui participe également à l'affirmation du fondement d'intérêt privé de l'obligation. Par opposition, en ce qui concerne le secret professionnel, cette exigence n'étant pas requise, le fondement social avait pu être mis en avant.

Le pragmatisme qui a gouverné à l'élaboration de l'infraction apparaît très visible à l'examen de la destination prohibée de l'information divulguée. En effet, pour être délictueuse, la divulgation doit être faite à un tiers qui n'a pas qualité pour recevoir les informations.

La détermination des personnes qui ont cette qualité requise, peut se faire au regard de la demande d'avis ou de la déclaration à la C.N.I.L qui doivent comporter de telles précisions¹⁰⁹.

Mais en l'absence de telles précisions, ce qui peut être le cas pour les fichiers manuels ou pour les traitements prévus par un acte législatif, cette détermination pourra se révéler complexe.

Il est certain que le juge pénal devra prendre en considération la finalité du traitement, toujours aussi primordiale, mais aussi "la façon de gérer fonctionnellement l'information et le niveau de protection de la considération et de l'intimité de la vie privée de la personne en cause."¹¹⁰

Encore une fois, on est loin ici de la déclaration du caractère absolu et général du secret professionnel. Simplement nous pensons qu'il est préférable, et en tout cas plus honnête de prévoir à l'avance à quelles conditions une information nominative peut être accessible, plutôt que de poser le principe d'une inaccessibilité et de multiplier des dérogations éparpillées afin d'adapter le principe aux réalités et nécessités qui jalonnent l'évolution d'une société.

Le pragmatisme est bien le maître mot de la loi de 1978 en général, et de l'article 226-22 du Code pénal en particulier.

¹⁰⁹ Article 19 de la loi du 6 janvier 1978

¹¹⁰ M. Jean Frayssinet : op. cit.

Enfin, l'article 226-22 du Code pénal prévoit dans son alinéa 2 que l'infraction peut être commise par imprudence, alors que l'obligation au secret imposé aux professionnels n'est sanctionnée quant à elle que par une infraction intentionnelle. Le secret professionnel souffre ici de la comparaison.

Mais bien plus, c'est par le biais de son dernier élément constitutif que l'article 226-22 se démarque en même temps qu'il se fait remarquer.

Section II : La finalité de protection de la vie privée

Là où le secret professionnel a pour finalité la protection des informations à caractère secret, l'article 226-22 offre lui protection "aux informations nominatives dont la divulgation aurait pour effet de porter atteinte à la considération de l'intéressé ou à l'intimité de sa vie privée", ce qui ne recouvre pas tout à fait la même réalité.

En précisant très clairement la finalité que doit avoir la divulgation des informations nominatives pour être punissable, le texte de l'article 226-22 du Code pénal semble enjoindre au juge de procéder à l'examen des éléments litigieux afin de déterminer concrètement s'ils constituent une atteinte à la vie privée.

Pour ce faire, le juge pourra s'aider de la foultitude de décisions de justice qui ont apportées chacune leur contribution à la délimitation de la sphère de la vie privée. Travail digne du roi Sisyphe en vérité, tant ses contours sont mouvants car étroitement conditionnés par les opinions politiques et philosophiques qui traversent une société.

Il faut ajouter que la notion de vie privée est éminemment subjective, son acception varie grandement d'un individu à l'autre.

De plus, il arrive que l'atteinte à la considération ou à l'intimité de la vie privée soit fonction de la personne qui reçoit les informations en cause.

A dire vrai, cette appréciation qu'impose l'article 226-22 du Code pénal mélange le fait et le droit. Mais il faut préciser que dans le contexte pénal, la détermination de l'effet de la divulgation doit se faire de la manière la plus objective.

Afin d'illustrer cette finalité requise, citons la décision du tribunal correctionnel de Briey en date du 15 septembre 1992 qui a considérée que la diffusion du numéro de

téléphone d'une personne dans des annonces pornographique consultables par le minitel rose, portait atteinte à la vie privée et à la considération.

De même pour la divulgation du nom de clients jugés à risques par un directeur de banque¹¹¹.

En revanche, l'effet requis n'a pas été reconnu dans le fait de signaler à tort au centre régional de la redevance quelqu'un comme ayant acquis un téléviseur. La cour d'appel estimant utile de préciser qu'il ne s'agit là que d'un désagrément de la vie¹¹².

Les exemples sont nombreux, il serait vain de vouloir tous les présenter, il suffira de dire qu'ils illustrent tous l'œuvre de détermination de la sphère de la vie privée au regard de l'article 226-22 du Code pénal.

En conclusion, il apparaît que la détermination du caractère secret d'une information et celle du caractère attentatoire à la vie privée d'une divulgation ne suivent pas tout à fait les mêmes modalités. Il est envisageable qu'une information que l'on considère ne pas avoir le caractère secret, puisse porter atteinte à la vie privée si elle est divulguée. Cela étant, il est vrai que souvent les deux hypothèses coïncideront.

¹¹¹ CA Rennes, 3^e ch., 13 janvier 1992 : Cité par M. Jean Frayssinet : op. cit.

¹¹² CA Angers, ch. Corr., 27 septembre 1990: Cité par M . Jean Frayssinet : op. cit.

Chapitre II

La sécurité des données, renfort inespéré à l'objectif de protection des données personnelles

Toute circulation, qu'elle soit routière, aérienne ou ferroviaire compte des dangers inhérents qui supposent de ce fait l'établissement de mesures de sécurité draconiennes. La circulation de l'information, bien que souvent immatérielle, n'échappe pas à cette règle.

Section I : L'affirmation d'une obligation de sécurité

Au delà de la prolifération inquiétante des traitements de données personnelles, c'est leur sécurité, et spécialement lorsqu'ils sont mis sur les réseaux, qui doit stigmatiser les craintes.

Alors évidemment, la cybercriminalité est sur le devant de l'affiche ; on ne compte plus les affaires de délinquances et autres attaques de virus dont sont victimes les responsables de site. Mais comme le fait fort justement remarquer M. Jean Frayssinet " la cybercriminalité a ses victimes oubliées : les personnes concernées par des données personnelles piratées, divulguées, altérées par les modifications d'un fichier géré par le responsable du site."¹¹³

Effectivement quand il s'agit de certaines d'analyses médicales diffusées par Internet ou de pénétrations frauduleuses aux fins de capture des numéros de carte bancaire comme cela a pu être constaté, c'est bien la personne concernée par ces informations qui subit le plus grand préjudice.

Puisqu' a été permis le traitement des données personnelles, la moindre des choses, si l'on veut garder une certaine relation de confiance, est bien d'exiger des responsables de traitement qu'ils se montrent diligent et prévoyant quant à la sécurité de ces données. Pour établir un parallèle, ils en sont les "dépositaires", et par conséquent ils doivent être les garants de leur sécurité.

¹¹³ M. Jean Frayssinet : " internet et l'obligation de sécurité des données personnelles

Parce que bien souvent c'est un défaut de sécurité qui a permis que soit portée atteinte aux droits des personnes, la loi du 6 janvier 1978 pose en son article 29 une obligation de sécurité très contraignante :

"Toute personne ordonnant ou effectuant un traitement d'informations nominatives s'engage de ce fait, vis à vis des personnes concernées, à prendre toutes les précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations et notamment d'empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés"

Cette obligation est renforcée par l'instauration du délit de manquement à l'obligation de préserver la sécurité des informations nominatives, codifié à l'article 226-17 du code pénal :

"Le fait de procéder ou de faire procéder à un traitement automatisé d'informations nominatives sans prendre toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité de ces informations et notamment empêcher qu'elles ne soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 2.000.000 F d'amende"

Il faut ajouter que la directive du 24 octobre 1995 contient également un article 17 relatif à la sécurité des traitements :

"Les Etats membres prévoient que le responsable du traitement doit mettre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les données à caractère personnel contre la distinction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisé, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que tout autre forme de traitement illicite. Ces mesures doivent assurer, compte tenu de l'art et des coûts liés à leur mise en œuvre, un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le traitement et de la nature des données à protéger".

Le principe est posé, reste à étudier la véritable portée d'une telle obligation.

Section II : L'efficacité redoutable de l'obligation de sécurité

Précisons liminairement que le champ d'application de l'infraction s'étend aussi bien aux traitements automatisés de données personnelles qu'aux fichiers manuels ou mécanographiques, à la seule exception de ceux dont l'usage relève exclusivement de l'exercice du droit à la vie privée¹¹⁴.

Précisons également que les termes utilisés mettent l'obligation de sécurité à la charge du responsable du traitement.

La sécurité des données personnelles a un aspect dual qui participe à son efficacité. En effet l'article 29 de la loi du 6 janvier 1978 impose l'accomplissement d'actes positifs, alors que l'article 226-17 du Code pénal sanctionne un acte négatif, l'abstention dans l'obligation posée à l'article 29. Cette dualité permet à la sécurité des données nominatives d'être envisagée selon deux modalités.

& 1 : Une obligation aux finalités préventives

De manière préventive, dans le cadre des déclarations préalables des seuls traitements automatisés, la C.N.I.L dispose du pouvoir d'examiner scrupuleusement les mesures de sécurité proposées par le responsable du traitement. La C.N.I.L va être amenée à porter une appréciation sur l'efficacité des mesures de sécurité en tenant compte des données traitées et donc du niveau de sécurité qu'il est souhaitable d'exiger, des modalités du traitement dans la mesure où il est évident qu'un traitement mis sur réseau comporte infiniment plus de dangers qu'un traitement en milieu "fermé". La C.N.I.L tiendra également compte de l'organisation interne de l'entité gérant le traitement ; en effet les menaces qui pèsent sur la sécurité des données sont aussi internes.

La C.N.I.L porte un regard aussi rigoureux que possible sur l'efficacité réelle des mesures de sécurité et sur leur adéquation avec l'environnement du traitement. Ici encore pragmatisme est le maître mot.

A titre d'illustration il est évident que la C.N.I.L exigera un haut niveau de sécurité quand le traitement portera sur des données médicales ou sur des informations bancaires. En effet le rôle de la C.N.I.L ne s'arrête pas à la vérification des mesures de sûreté offertes, il appartient à l'autorité administrative d'exiger la mise en œuvre de mesures appropriées, ce qu'elle ne manque jamais de faire.

¹¹⁴ Article 226-23 du Code pénal

Toujours au titre de la prévention, l'article 21 3° de la de 1978 offre à la C.N.I.L la possibilité d'édicter des règlements types afin d'assurer la sécurité des systèmes. L'article précise même qu'en cas de circonstances exceptionnelles la commission peut même prescrire des mesures de sécurité pouvant aller jusqu'à la destruction des supports d'informations.

Allant plus loin encore dans l'objectif de sécurité des informations nominatives, le Code pénal prévoit des sanctions très lourdes à l'encontre de celui qui aura manqué à cette obligation.

& 2 : La répression efficace de l'obligation

Procéder ou faire procéder à un traitement de données nominatives oblige à prendre toutes les précautions utiles afin de préserver la sécurité des informations nominatives.

L'infraction a une portée très large car si le texte finalise l'objectif de sécurité en prévoyant qu'il doit tendre à empêcher que les données soient déformées, endommagées ou communiquées à des tiers non autorisés, il faut considérer qu'il ne s'agit là que d'éléments à valeur purement indicative ; toutes les atteintes à la sécurité des données nominatives entrent dans le champ d'application de ce texte.

D'autre part, la loi de 1978 en général et la C.N.I.L en particulier s'efforce de faire montre de pragmatisme. Le but n'est pas de poser un principe intangible que l'on sait à l'avance impossible à respecter dans toute sa rigueur. En effet il est de l'essence même de l'outil informatique de n'être pas d'une absolue sécurité. On ne pourra jamais empêcher toute intrusion frauduleuse, aucune mesure de sécurité n'est inviolable..

C'est pourquoi la loi de 1978 et l'article 226-17 du Code pénal n'impose en matière de sécurité qu'une obligation de moyen.

Toutefois, l'on sait d'ors et déjà que les moyens employés sont appréciés rigoureusement. Le responsable doit avoir raisonnablement entrepris toutes les démarches indispensables afin d'assurer autant que faire se peut la sécurité des données. De la même manière que la C.N.I.L et suivant les mêmes critères (notamment la nature de l'information qui commande le degré de sécurité exigé), le juge pénal sera amené à apprécier concrètement si les mesures de sécurité prises étaient de nature à assurer leurs objectifs.

L'infraction de l'article 226-17 est celle qui sans doute est susceptible de recevoir le plus souvent application de par sa grande capacité d'attraction. En effet, le manquement à

l'obligation de sécurité trouvera très souvent à s'appliquer dans des situations où pourtant d'autres infractions auraient a priori vocation à s'appliquer.

C'est le cas du délit de divulgation illicite d'informations nominatives.

Par hypothèse, s'il y a eu divulgation illicite c'est que très souvent toutes les précautions utiles n'auront pas été prises. On est ici en face d'un choix de qualification. Or il apparaît que ce choix bénéficiera tout naturellement à l'infraction de l'article 226-17 du Code pénal. En effet, d'une part les peines encourues sont bien plus lourdes. Ensuite le manquement à l'obligation de sécurité n'est pas un délit de résultat contrairement à celui de divulgation illicite. La poursuite de l'infraction ne suppose que les informations aient été effectivement divulguées ou même déformées.

Dans le même ordre d'idée, nous avons vu que l'infraction de l'article 226-22 supposait la divulgation illicite d'informations nominatives qui auraient pour effet de porter atteinte à la considération ou à l'intimité de la vie privée. Nul restriction de cet acabit en matière d'obligation de sécurité.

Enfin, l'argument le plus déterminant est à chercher dans le domaine de la preuve. En ce qui concerne l'infraction du secret professionnel et par analogie en matière de divulgation illicite, d'une manière générale la preuve de la révélation et donc la possibilité de déclencher des poursuites dépend de l'existence d'un document. Aussi il est raisonnable de penser que de nombreuses divulgations restent impunies, faute pour la victime de démontrer la réalité de la divulgation.

En matière de manquement à l'obligation de sécurité, si la preuve est toujours à la charge de la victime (la personne concernée ou la société en générale), l'obligation étant de moyen et non de résultat, sa production sera en revanche facilitée. En effet, il ne s'agira pas ici de prouver la divulgation mais simplement de démontrer que la sécurité offerte était en inadéquation avec la confidentialité exigée.

Enfin, pour finir de convaincre du fort potentiel de l'obligation de sécurité au regard de l'objectif de protection des données personnelles, nous remarquerons que c'est bien cette notion de sécurité qui a été au cœur des négociations sur les flux transfrontaliers de données.

En dernière analyse, on ne pouvait raisonnablement organiser la circulation des données personnelles par le seul truchement du secret professionnel, tant ce principe est

marqué du sceau de l'incertitude. De plus il n'était pas très élégant de multiplier les dérogations au principe prétendument général et absolu du secret afin d'adapter la législation aux nécessités de l'époque. Le secret professionnel méritait plus d'égard au regard de sa longue tradition. Du reste, s'il a fallu abandonner l'idée que certaines professions seulement bénéficiaient d'un privilège, en ayant l'insigne honneur d'être soumises au secret professionnel, dans une optique sociologique du droit, la vénérable institution a valeur d'exemple, elle est le parangon de l'honneur de la charge de ces professions séculaires, pour qui elle représente u sacerdoce, une profession de foi et à ce titre elle continue de marquer les esprits.

Seulement, il était effectivement nécessaire de repenser la circulation des informations nominatives au regard de l'impérieux objectif de protection des données personnelles; à cet égard la loi du 6 janvier 1978 ainsi que la directive du 24 octobre 1995 font preuve d'un pragmatisme qu'il est difficile de critiquer dans la mesure où la vie privée n'est plus ce bastion inviolable devant lequel les indiscretions doivent rendre les armes.

Les appétits commerciaux, les nécessités policières et médicales mettent la vie privée à mal. Dans cette optique, la législation de 1978 est un moindre mal, surtout quand on considère le fort potentiel de protection dont est dotée l'obligation de préserver la sécurité des données personnelles. Il reste à faire connaître au plus grand nombre la portée et la rigueur d'une telle obligation, ce sera le gage sans doute d'une meilleure protection de la vie privée.

Bibliographies

Chroniques

- "La C.N.I.L et la protection de la vie privée" : Sophie Vulliet-Tavernier. Gaz. Pal. 5 Août 1999
- "Secret et Citoyen" : M. Herbert Maisl. Gaz. Pal. 1997 (1^{er} sem.)
- "Le secret médical" : Dictionnaire Permanent Bioéthique et Biotechnologies. Feuilles 21
- "La loi du 1^{er} juillet 1994 relative au traitement des données nominatives" : M. Jean Frayssinet et M. Philippe Pedrot. JCP 1994 n°3810
- "Fichiers médicaux et information de la personne fichée" : Dominique Thouvenin. Rev. Dr. Sanit III-1984
- "Atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques" : M. Jean Frayssinet. Editions du Juris-Classeur (pénal)
- "Révélation d'une information à caractère secret" : Dominique Thouvenin. Editions du Juris-Classeur. Fascicule 10
- "Secret médical et assurance des personnes" : Bernard Beignier.
- "Le secret professionnel" : André Damien. Gaz. Pal. 16 mars 1982. Doctrine 136
- "La révélation médicale" : Michèle-Laure Rassat. Recueil Dalloz Sirey 1989. chronique XIV
- "Secret professionnel et liberté de conscience : l'exemple des ministères des cultes" : Hugues Moutouh. Le dalloz, 2000, n°28
- "A propos du secret professionnel" : Mireille Delmas-Martry Recueil Dalloz Sirey, 1982, 38^e cahier. Chronique XXXIX
- "La protection pénale de la vie privée" : Levasseur. Mélanges Kayser T2. p.107
- "La protection pénale de la vie privée" Roger Nerson et Jacqueline Rubellin-Devichi. RTDC 1983. p.103
- "informatique et liberté en 1997 : vers où allons nous?". Louise Cadoux Gaz. Pal 1997 I Doctrine p.642
- "Secret professionnel, confidentialité et nouvelles technologies d'informations" : Philippe Lafarge. Gaz. Pal. 1998 (1^{er} sem.)

- "La carte de santé : aspects juridiques" : Catherine Chabert-Peltat. Gaz. Pal. 1994 (1^{er} sem.)
- "Internet et l'obligation de sécurité des données personnelles" : M. Jean Frayssinet. Expertises Août-septembre 2000.

Manuels et rapports

- "informatique, fichiers et libertés" : M. Jean Frayssinet. 1992. Litec
- "Droit pénal spécial" : Michèle-Laure Rassat. Précis Dalloz.
- "Droit pénal général" : Michèle-Laure Rassat. PUF. 2^e édition mise à jour
- "Rapport Braibant". Documentation Française. 1998

Documentation en Ligne

- <http://www.cnil.fr>
- <http://crequy.free.fr/>
- <http://www.legifrance.org>