

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Vie privée - propriété intellectuelle

Omrani, Feyrouze

Published in:
Revue du Droit des Technologies de l'information

Publication date:
2010

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Omrani, F 2010, 'Vie privée - propriété intellectuelle: l'affrontement est-il possible dans un contexte médical ?', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 38, pp. 31-53.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

DOCTRINE

Vie privée – Propriété intellectuelle. L'affrontement est-il possible dans un contexte médical ? »¹

Feyrouze Omrani²

Le point de départ de cette note est, d'une part, le constat selon lequel la collecte par un médecin d'informations complètes et exactes quant à son patient est essentielle à l'exercice de son art et, d'autre part, la circonstance selon laquelle le champ d'application de la propriété intellectuelle ne cesse de s'élargir lorsqu'il est question de contrôler, d'utiliser ou de transmettre des données médicales. Dans ce contexte, cette note pose plusieurs questions importantes. Les droits de propriété intellectuelle peuvent-ils être appliqués à des données médicales? Dans l'affirmative, comment arbitrer les conflits pouvant exister entre, d'une part, la propriété intellectuelle et, d'autre part, le droit de l'individu à l'égard des données à caractère personnel relatives à sa santé? La méthode se veut pluridisciplinaire par le biais des prismes de la vie privée, de la propriété intellectuelle et du prisme médical. Il est conclu que le conflit entre le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée suppose que le professionnel de la santé viole préalablement ses obligations résultant de sa qualité de médecin, ce qui entache d'illégalité tout traitement de données à caractère personnel relatives à la santé.



The starting point of this paper is, on the one hand, the fact that the collection by doctors of complete and exact patient's data is essential for the exercise of their art and, on the other hand, the circumstance according to which the scope of intellectual property right keeps widening when it comes to the control, the use or the transmission of medical data.

In this context, this paper discuss several current issues. Can the intellectual property right be applied to medical data? If so, how should be arbitrated conflicts between intellectual property right and right of individuals on their health-related data?

The method aims at a multidisciplinary approach by means of privacy, intellectual property and medical angles.

It is concluded that conflicts between intellectual property right and privacy right suppose that health-care professionals have beforehand violated their obligations resulting from their capacity as doctors. As a consequence, the processing of health-related data becomes unlawful.

¹ Recherches effectuées dans le cadre du Master complémentaire en Droit des Technologies de l'Information et de la Communication, FUNDP (2008-2010). Nous remercions chaleureusement le professeur Cecile DE TERWANGNE pour sa relecture et ses précieuses remarques. Les erreurs qui subsistent sont évidemment les nôtres.

² Avocate au barreau de Bruxelles et chercheuse au Centre de recherches informatique et droit (CRID). Les propos doivent être considérés comme propres à l'auteur et n'engagent pas le CRID.

INTRODUCTION

1. Dans un récent article³, Philippe Laurent et Laura Vilches Armesto posent la question de la hiérarchie et des conflits potentiels entre, d'une part, le droit de l'individu quant aux données médicales qui le concernent et, d'autre part, la propriété intellectuelle. Ils se demandent si la propriété intellectuelle est concevable lorsqu'elle est appliquée à des données médicales. Ils identifient ensuite quatre hypothèses à l'occasion desquelles un conflit entre les droits précités surgit. La présente note a pour vocation de poursuivre l'intéressante réflexion amorcée par Ph. Laurent et L. Vilches Armesto. Notre réflexion se limitera pareillement au contexte restreint arrêté par ces derniers, à savoir le contexte où coexistent le droit de propriété intellectuelle et le droit au respect de la vie privée. Pour ne pas réinventer la roue, nous avons pris le parti d'une approche qui se veut pluridisciplinaire, incluant des règles ressortissant aussi du droit médical.

2. Notre réflexion s'articule en deux temps. Dans une première partie, plus théorique, nous rappellerons les principes respectifs du droit au respect de la vie privée, du droit médical et du droit de la propriété intellectuelle. À cette occasion, nous nous attacherons à trancher la question de la propriété des données à caractère personnel. À cet égard, nous verrons pourquoi la notion d'exploitation publique semble plus pertinente. Nous tenterons ensuite de mettre en lumière la position de la Cour de justice des Communautés européennes confrontée à un conflit entre deux droits fondamentaux. Aussi aborderons-nous certaines problématiques singulières, telle la protection post mortem des données à caractère personnel.

Dans un second temps, nous tenterons d'appliquer ces principes en arbitrant *in concreto* les conflits relevés par Madame Vilches Armesto et Monsieur Laurent.

I. REPÈRES THÉORIQUES

3. La première question que l'on se pose est de savoir si des données à caractère personnel en tant que telles peuvent faire l'objet d'une appropriation. Existe-t-il un sujet de droit pouvant se prévaloir d'un droit de propriété sur ces données? Pour tenter de répondre à cette première question, nous nous proposons d'examiner les différents titulaires possibles (la personne concernée, le patient, le responsable de traitement, le professionnel de la santé, l'auteur) de ce droit et d'examiner les contours précis des droits subjectifs dont ils pourraient éventuellement se prévaloir à travers trois prismes, à savoir le prisme de la vie privée, celui de la propriété intellectuelle et le prisme médical.

A. La personne concernée

1. Prisme de la vie privée

4. Bien que la personne concernée soit titulaire de droits subjectifs qui lui permettent d'exercer certaines prérogatives sur *des* données qui la concernent, il n'est pas certain que *ces* données puissent être considérées comme *ses* propres données. La personne concernée est-elle titulaire d'un droit de propriété portant sur les données à caractère personnel et partant jouit-elle de ses attributs, à savoir *l'usus*, le *fructus* et *l'abusus*? De manière très explicite, les textes pertinents font toujours référence aux données qui concernent une personne. Ainsi la Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ci-après la «Convention n° 108») a pour but «de garantir, sur le territoire de chaque partie, à toute personne physique,

³ Ph. LAURENT et L. VILCHES ARMESTO, «The intellectual property of medical data: copyrights to patient's records and database rights to biobanks?», in *La protection des données médicales – Les défis du XXI^e siècle*, Anthemis, 2008, pp. 153-185.

quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé *des données à caractère personnel la concernant* ("protection des données") (article 1^{er})⁴. Une terminologie semblable est retrouvée dans la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil européen relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après la «directive vie privée» ou «D.V.P.») puisque les «données à caractère personnel» sont définies comme étant toute information *concernant une personne* physique identifiée ou identifiable (personne concernée) (article 2, a)⁵. C'est donc assez logiquement que la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après la «loi vie privée» ou «L.V.P.»), transposant la directive précitée, en emprunte les termes⁶. Le soin avec lequel les différents législateurs ont évité l'emploi d'une périphrase simple – telle «les données à caractère personnel d'une personne» ou «la personne dont les données» – ne peut certes être ignoré⁷. En outre, et au-delà de l'argument linguistique, le droit de propriété porte, par essence, sur des choses corporelles – qu'elles soient meubles

ou immeubles⁸. Or, les données à caractère personnel n'ont pas, par elles-mêmes, de *corpus*: elles sont immatérielles, bien qu'elles puissent être incorporées à une chose. Pour ces raisons, il nous semble qu'il faille répondre par la négative à cette première question.

5. Si elle n'est pas propriétaire des données qui la concerne, la personne concernée ne serait pour autant pas dépourvue de droits. Les droits concédés à la personne concernée ont notamment pour objet de garantir son droit au respect de la vie privée et familiale⁹, au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme. À cet égard, citons le droit à l'information, le droit d'accès, le droit de rectification, le droit d'opposition, le droit à ne pas être soumis à une décision automatisée¹⁰.

6. Le fait même du traitement de données à caractère personnel constitue un impératif économique et est, par principe, licite. Il faut effectivement garder à l'esprit que l'objectif premier de la directive vie privée, et partant des lois nationales qui la transposent, est de garantir la libre circulation de celles-ci tout en assurant leur protection¹¹. Le législateur, selon les cas national et supranational, a, en réalité, «uniquement» pris le parti d'anticiper un arbitrage inéluctable entre, d'une part, des intérêts économiques et, d'autre part, le droit au

⁴ Nous soulignons.

⁵ Nous soulignons.

⁶ L'article 1^{er}, § 1^{er} de la loi vie privée stipule que «pour l'application de la présente loi, on entend par «données à caractère personnel» toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, désignée ci-après «personne concernée»; 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».

⁷ Périphrase qui en outre aurait eu le mérite d'alléger considérablement les textes.

⁸ L'article 544 du Code civil dispose, en effet, que «la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements». Nous soulignons.

⁹ Il n'est pas possible d'aborder ici les autres droits garantis, tels le droit au crédit, le droit de postuler ou encore le droit à la vie sociale.

¹⁰ Voy. les articles 9 et suivants de la loi vie privée.

¹¹ L'intitulé de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil européen relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données est explicite quant à son objectif. Nous soulignons.

respect de la vie privée en fixant d'ores et déjà certaines règles de base.

7. Dans le cadre volontairement limité de cet article, la personne concernée par les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement, le plus souvent, a en outre la qualité de patient. Nous nous attacherons donc à présent à énoncer brièvement les principaux droits du patient.

2. Prisme médical – Droit du patient

a. Droit du patient à l'information qui le concerne

8. Le patient, acteur considéré comme faible dans sa relation avec le professionnel de la santé¹², s'est vu reconnaître le droit de recevoir du praticien toutes les informations qui le concernent et qui peuvent lui être nécessaires pour comprendre son état de santé et son évolution probable (loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, ci-après la «loi relative aux droits du patient» ou «L.D.P.», article 7). Cette information doit être prodiguée dans une langue claire et éventuellement par écrit lorsque le patient en fait la demande (article 7, § 2).

9. Le Code de déontologie médicale établi par l'Ordre (belge) des médecins reconnaît au patient des droits similaires¹³. Ainsi, le médecin est-il tenu, à la demande ou avec l'accord du patient, de communiquer, dans un délai rapide, à un autre praticien traitant, toutes les informations utiles et nécessaires pour compléter le diagnostic ou pour poursuivre le traitement (Code de déontologie médicale, article 41). À cela s'ajoute que lorsqu'il l'estime utile ou lorsque le malade lui en fait la demande, le

médecin peut remettre au patient, dans la mesure où son intérêt l'exige, les éléments objectifs du dossier médical, tels que les radiographies et les résultats d'examens (Code de déontologie médicale, article 42)¹⁴. Enfin, il est précisé que le médecin n'a aucun droit de rétention sur les éléments médicaux du dossier, en cas de non-paiement des honoraires (Code de déontologie médicale, article 45).

10. Rappelons ici que le Code international d'éthique médicale adopté par la 35^e Assemblée médicale mondiale le 1^{er} octobre 1983 stipule que le médecin devra respecter les droits des patients, des collègues et des autres professionnels de la santé, et préservera les confidences de son patient.

b. Refus du professionnel de la santé de fournir l'information au patient

11. De manière tout à fait remarquable le praticien professionnel peut, à titre exceptionnel, ne pas divulguer au patient les informations précitées si la communication de celles-ci risque de causer manifestement un préjudice grave à la santé du patient. Cette faculté est conditionnée à la consultation par le praticien professionnel d'un autre praticien professionnel. Dans ce cas, le praticien professionnel ajoute une motivation écrite dans le dossier du patient et en informe la personne de confiance éventuellement désignée par le patient (article 7, § 4 de la L.D.P.). Cette exception à la communication des informations cesse au moment où disparaît le risque de préjudice grave à la santé du patient¹⁵.

12. Le refus par le professionnel de la santé de communiquer au patient des informations pourrait constituer une ingérence au droit

¹² Voy. en ce sens J.-M. VAN GYSEGHEM, «Droits du patient: quelques réflexions», *R.G.A.R.*, 2006, pp. 14132(1) à 14132(5), n° 4.

¹³ Il est remarquable que ces droits soient reconnus depuis le 1^{er} janvier 1975.

¹⁴ Aujourd'hui, le plus souvent, le médecin remet sans en avoir été requis ces éléments au patient.

¹⁵ Le Code de déontologie médical (belge) ne prévoit pas une faculté similaire de refus d'information du patient.

au respect de la vie privée – laquelle garantit notamment la maîtrise par une personne de son image informationnelle. Toute forme de traitement de données à caractère personnel constitue, en effet, une atteinte à la vie privée. Comme l'indique Romain Marchetti, la seule question qu'il revient, en conséquence, à examiner est le respect des conditions fixées par le second paragraphe de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶.

13. En effet, et ce dès 1983¹⁷, naît l'idée que la maîtrise par une personne de son image informationnelle est un droit fondamental de l'homme. Certes, le concept même de données à caractère personnel fait son apparition dans certaines législations nationales européennes¹⁸ fin des années septante et sera consacré dans la Convention n° 108.

14. Toutefois, avec l'arrêt de la Commission européenne des droits de l'homme du 6 juillet 1988 opposant Madame Hilton au Royaume-Uni¹⁹, le droit à la maîtrise informationnelle se voit attribuer une filiation avec le droit à la vie privée et familiale garanti notamment par l'article 8 de la Convention européenne des

droits de l'homme²⁰ et à laquelle tous les États membres du Conseil de l'Europe sont parties. Bien que la Commission conclut *in specie* à l'irrecevabilité de la demande de Madame Hilton, la question constitue une formidable occasion pour elle de prendre position quant à ce.

15. Les faits soumis à la Commission sont les suivants. Madame Hilton dépose sa candidature pour un poste à la BBC. Après de longs mois, la BBC l'informe qu'elle n'a pas été retenue pour le poste. Bien des années plus tard, Madame Hilton apprend par la presse, d'une part, qu'elle a fait l'objet d'une enquête et, d'autre part, que c'est en raison de son affiliation à une association culturelle chinoise dénommée Scotland-China Association qu'elle n'a pas été retenue. Les autorités britanniques confondent cette association culturelle, pacifique et apolitique avec une association supportant le régime chinois.

16. Madame Hilton saisit la Commission et se plaint, en substance, d'une double violation de l'article 8 de la Convention.

La première ingérence alléguée par la requérante a trait au fait qu'elle s'est vu refuser un poste à la BBC en raison d'un contrôle dont elle a fait l'objet sur la base d'informations personnelles la concernant et dont elle ne pouvait contester le bien fondé.

À cela s'ajoute le fait qu'elle était victime d'une collecte systématique d'informations personnelles la concernant et, partant, potentiellement victime d'un usage subséquent desdites informations.

¹⁶ R. MARCHETTI, « L'arrêt du 19 janvier 2005 de la Cour d'arbitrage : une application du principe de proportionnalité dans le cadre de la législation sur la protection de la vie privée », *R.D.T.I.*, n° 22/2005, p. 142. Voy. dans le même sens O. DE SCHUTTER, « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des données à caractère personnel », note sous Cour eur. D.H., 4 mai 2000, *Rev. trim. D.H.*, 2001, p. 165.

¹⁷ Voy. en ce sens l'arrêt de la Cour constitutionnelle allemande BVerfG, Urteil v. 15.12.1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, <http://www.telemedicus.info/urteile/88-1-BvR-209.html> – Rechts auf « informationelle Selbstbestimmung ».

¹⁸ C'est notamment le cas en Allemagne, en France, en Autriche, au Danemark et en Norvège.

¹⁹ Comm. E.D.H., arrêt du 6 juillet 1988, n° 12015/86, aff. *Hilton c. Royaume-Uni*; <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=23&portal=hbk&action=html&highlight=&sessionid=28066582&skin=hudoc-fr>.

²⁰ L'article 8, alinéa 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme stipule que « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

17. Après avoir dit pour droit qu'en l'espèce les violations alléguées n'étaient, dans les faits, pas établies, la Commission ajoute aussitôt qu'elle considère qu'il pourrait être possible dans certains cas d'invoquer avec succès une violation du respect de la vie privée. Ceci a été confirmé par la Cour de justice saisie sur question préjudicielle dans le cadre de la demande formulée par un ressortissant autrichien visant à la radiation des données qui le concernent dans le registre central allemand des étrangers²¹.

18. Le fondement de la protection des données à caractère personnel ne fait du reste plus aucun doute. L'expression «vie privée» apparaît pas moins de quatorze fois dans la directive vie privée. Mieux, elle figure dès le deuxième considérant de la directive et son article premier (article 1.1) dispose que les États membres assurent, conformément à la présente directive, la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel²².

19. En 1998, suite au décès de la princesse de Galles, le Conseil de l'Europe rappelle que le droit au respect de la vie privée, garanti par l'article 8 de la Convention, a déjà été défini par l'Assemblée dans la déclaration sur les moyens de communication de masse et les droits de l'homme contenue dans la Résolution 428 (1970) comme «le droit de mener sa vie comme on l'entend avec un minimum d'ingérence» (point 4). Il proclame ensuite que «pour tenir compte de l'apparition des nouvelles technologies de la communication permettant de stocker et d'utiliser des données personnelles, il convient d'ajouter à cette définition le droit de contrôler ses propres données» (point 5)²³.

20. Le droit à la vie privée n'étant pas absolu, l'article 8 de la Convention prévoit des restrictions à ce droit lorsque «l'ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui». La possibilité pour le professionnel de la santé de refuser de fournir l'information au patient répond donc aux exigences de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

c. Droit du patient de ne pas savoir

21. Le droit du patient d'obtenir des informations connaît un pendant négatif puisqu'il lui est reconnu le droit de ne pas savoir.

En effet, l'article 7, § 3, de la loi relative aux droits du patient, précise que les informations ne sont pas fournies au patient si celui-ci en formule expressément la demande à moins que la non-communication de ces informations ne cause manifestement un grave préjudice à la santé du patient ou de tiers et à condition que le praticien professionnel ait consulté préalablement un autre praticien professionnel à ce sujet et entendu la personne de confiance éventuellement désignée.

Ce droit négatif participe indubitablement à l'autodétermination informationnelle du patient²⁴.

²¹ C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Heinz Huber c. e. Bundesrepublik Deutschland*, C-524/2006, *Rec.*, 2008.

²² Nous soulignons.

²³ Conseil de l'Europe, Résolution 1165 (1998) relative au droit au respect de la vie privée, texte adopté

par l'Assemblée le 26 juin 1998 (24^e séance) – <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta98/FRES1165.htm>, point n° 1.

²⁴ Voy. en ce sens J.-M. VAN GYSEGHEM, *op. cit.*, pp. 14132(1) à 14132(5), n° 8.

d. Droit du patient à la protection de sa vie privée et au respect de son intimité

22. Bien que la loi vie privée bénéficie à toute personne, le législateur a estimé utile de stipuler ce droit spécifiquement à l'égard du patient. Ainsi l'article 10 de la loi relative aux droits du patient énonce que :

« § 1^{er}. Le patient a droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du praticien professionnel, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé.

Le patient a droit au respect de son intimité. Sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre de services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements.

§ 2. Aucune ingérence n'est autorisée dans l'exercice de ce droit sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers ».

B. Le responsable du traitement

1. Prisme de la vie privée

23. Le responsable du traitement est la personne physique ou morale, l'association de fait ou l'administration publique qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel (article 1^{er}, § 4, alinéa 1^{er} de la L.V.P.).

24. La détermination de la finalité et des moyens est réellement la pierre angulaire de la législation relative à la protection des données à caractère personnel. En effet, elle permet, d'une part, de déterminer le responsable du traitement et, d'autre part, de contrôler la légitimité et la compatibilité du traitement au

regard de la finalité annoncée. Cependant, la détermination de la personne responsable du traitement de données à caractère personnel peut parfois s'avérer être une tâche ardue²⁵.

25. Le responsable de traitement se voit conférer d'importantes prérogatives puisqu'il se voit reconnaître le droit d'effectuer lui-même, ou par l'intermédiaire d'un sous-traitant, toute opération ou ensemble d'opérations effectuées à l'aide ou non de procédés automatisés et appliquées à des données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, ainsi que le verrouillage, l'effacement ou la destruction de données à caractère personnel.

26. D'emblée, il est précisé que comme corollaire de la prise en compte de ses intérêts légitimes, le responsable du traitement voit peser sur ses épaules des obligations²⁶ tout aussi fondamentales que l'obligation de sécurité, l'obligation d'assurer la confidentialité des données ou encore l'obligation de notifier préalablement le traitement à l'autorité de contrôle²⁷.

Cas particulier : les données médicales

27. Posons-nous la question de savoir si toute donnée médicale est nécessairement une donnée relative à la santé au sens de l'article 7 de la loi vie privée. Nous pensons que la réponse ne devrait pas apparaître comme une évidence.

²⁵ Voy. sur cette question les développements ci-après aux paragraphes 64 et suivants.

²⁶ Voy. les articles 17 et suivants de la loi vie privée.

²⁷ Soit en Belgique, la Commission de la protection de la vie privée, ci-après la « C.V.P. ».

28. Mieux, il est même contestable que toute donnée médicale soit nécessairement une donnée à caractère personnel au sens de la loi précitée. Nous songeons, à cet égard, aux données médicales qui ont été « anonymisées » et qui, par définition, ne sont pas des données à caractère personnel.

29. Lorsqu'il est effectivement question de données à caractère personnel relatives à la santé, le traitement est en principe interdit (article 7, § 1^{er}). Dans certains cas spécifiques déterminés au paragraphe 2 de l'article 7 de la loi vie privée, des exceptions sont cependant prévues. Le législateur a, en effet, retenu douze hypothèses où les données relatives à la santé peuvent faire l'objet d'un traitement. À titre d'exemples citons l'hypothèse où la personne concernée a donné son consentement par écrit (article 7, § 2, a) et l'hypothèse où le traitement est nécessaire²⁸ que ce soit pour la personne concernée (article 7, § 2, f et j) ou pour la collectivité dans son ensemble (article 7, § 2, d, e et k).

30. Rappelons ici que pour la Cour de Strasbourg « la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les parties contractantes à la Convention. Il est capital non seulement pour protéger la vie privée des malades mais également pour préserver leur confiance dans le corps médical et les services de santé en général. La

législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (arrêt *Z c. Finlande* du 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions*, 1997-I, p. 347, § 95)²⁹.

2. Prisme de la propriété intellectuelle

31. La question consiste désormais à savoir si les données à caractère personnel peuvent, ou non, faire l'objet d'un droit intellectuel. Les droits énumérés ci-avant ne se résument, ni ne constituent un droit de propriété dans le chef du responsable du traitement sur ces données. Ces droits ont, en réalité, trait à l'exploitation de données qui par essence sont immatérielles et que précisément l'exploitation contraint à fixer sur un support.

32. Cette idée peut paraître saugrenue mais, à y regarder de plus près, elle s'inspire largement du principe de l'autonomie du droit intellectuel³⁰ (ou principe de l'indépendance de la propriété corporelle et de la propriété intellectuelle) qui reconnaît le pouvoir de distinguer conceptuellement et juridiquement dans un même objet les biens intellectuels et matériels qui le composent ainsi que les droits intellectuels et les droits de propriété dont il fait l'objet – ce qui est rendu possible par le fait que le bien immatériel est incorporé (avec un *corpus* donc) à un support matériel.

33. À notre sens, une dichotomie semblable doit, en l'espèce, être retenue et ce à deux

²⁸ Dans son arrêt précité du 16 décembre 2008 (note de bas de page 21), la C.J.C.E. a eu l'occasion de rappeler que le critère de nécessité était un concept autonome de droit communautaire et qui doit recevoir une interprétation de nature à répondre pleinement à l'objet de la directive vie privée (point 52 de l'arrêt).

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt du 27 août 1997, aff. *M.S. c. Suède*, req. n° 74/1996/693/885, ici point 41.

³⁰ Pour un exemple, voy. la loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, article 3, § 1^{er}, alinéa 3: « La cession de l'objet qui incorpore une œuvre n'emporte par le droit d'exploiter celle-ci; l'auteur aura accès à son œuvre dans une mesure raisonnable pour l'exercice de ses droits patrimoniaux ».

niveaux. Le premier niveau est celui du responsable du traitement qui, s'il n'est pas titulaire d'un droit de propriété sur des données à caractère personnel, dispose d'importantes prérogatives qui lui permettent d'utiliser ces données.

34. À la casquette « responsable du traitement » peut, dans certains cas, être adjointe une casquette « titulaire d'un droit intellectuel ». Certes, de simples informations personnelles à caractère médical ne peuvent pas, comme telles, faire l'objet d'une appropriation sous l'angle des droits intellectuels. Toutefois, toute forme qui intègre ou même compile de telles informations peut en revanche l'être³¹. De surcroît, selon le support choisi par le responsable du traitement, des règles différentes trouvent à s'appliquer. Plus particulièrement, lorsque le support choisi est une œuvre multimédia se pose immédiatement la question de la qualification de l'œuvre. Comme l'indique Benjamin Docquir³², « si elle est considérée comme une œuvre littéraire ou artistique l'œuvre appartiendra (...) à son créateur. (...) Si l'œuvre multimédia est qualifiée de logiciel ou de base de données, les droits sur cette œuvre seront présumés cédés au producteur (...). De même, (...) si la qualification d'œuvre audiovisuelle est retenue, le producteur sera également présumé cessionnaire des droits, sauf pour ce qui est des droits sur l'œuvre musicale composée spécialement pour l'œuvre audiovisuelle ». La question est certainement complexe et devient inextricable lorsque se présente, de surcroît, un élément d'extranéité³³.

35. Encore faut-il que les conditions d'existence de cette seconde casquette soient

rencontrées. Pour bénéficier des prérogatives réservées à l'auteur d'une œuvre, celui-ci doit pouvoir se prévaloir d'une œuvre, qu'elle soit littéraire ou artistique, devant prendre une forme, une expression – les idées étant de libre parcours. Pour être protégée, l'œuvre doit être originale et impliquer un effort intellectuel conférant à l'œuvre son individualité avec l'empreinte de la personnalité de l'auteur³⁴. Selon la terminologie d'Alain Berenboom³⁵, l'auteur de l'œuvre est animé par la volonté de communiquer par la mise en forme de sa création originale.

36. L'attention doit être attirée sur le fait qu'aucune formalité n'est requise pour bénéficier de la protection du droit d'auteur – il faut, mais il suffit, que les conditions soient réunies. Ceci permet de distinguer le droit d'auteur d'autres droits intellectuels qui, pour leur reconnaissance/existence, nécessitent l'accomplissement de certains enregistrements – comme en matière de brevets ou de marques.

37. La protection du droit d'auteur est de surcroît conférée au seul auteur ou à ses ayants droit. En matière de droit d'auteur, ce qui est protégé c'est la création en tant que telle. En matière de droits voisins, en revanche, ce qui est protégé c'est l'investissement matérialisé par la première fixation des sons ou films.

38. Les droits principaux reconnus à l'auteur d'une œuvre sont les droits de reproduction (loi du 30 juin 1994 relative au droit d'auteur et aux droits voisins, ci-après la « loi relative au droit d'auteur » ou « L.D.A. », article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 1^{er}) et de communication au public (article 1^{er}, § 1^{er}, alinéa 4) ainsi que certains droits moraux tels le droit de divulgation (article 1^{er}, § 2), le droit

³¹ Voy. toutefois ci-après les conditions aux paragraphes n° 35, 36 et 37.

³² B. Docquir, « Le titulaire du droit d'auteur – Étude de conflits de lois », *Ing.-Cons.*, n° 5, 2003, pp. 416-417, n° 15.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Voy. la Convention de Berne, plus spécialement son article 2.

³⁵ A. BERENBOOM, *Le nouveau droit d'auteur et les droits voisins*, 4^e éd., Larcier, Collection Création Information Communication, 2008, pp. 53 et s.

d'attribution ou de paternité (article 1^{er}, § 2), le droit à l'intégrité de l'œuvre (article 1^{er}, § 2).

39. Avec le professeur Dusollier³⁶, nous nous accordons pour dire que les différents droits reconnus à l'auteur ne peuvent remplir les mêmes fonctions que la propriété et ne peuvent traduire une maîtrise équivalente à celui-ci (*usus, fructus et abusus*).

En réalité,

« Ces droits s'apparentent à un droit d'exploitation publique de la chose incorporelle. Même dans la conception synthétique que le droit d'auteur continental a de ces prérogatives, leur étendue ne couvre pas la notion d'*usus* dans son ensemble. En outre, l'auteur ne dispose pas de l'exclusivité de l'*usus*, dans la mesure où l'œuvre, une fois divulguée, est susceptible d'être utilisée par le public. En somme, là où le droit de propriété est "le droit le plus complet qui puisse exister sur une chose", le droit d'auteur n'est qu'un droit limité, s'attachant au contrôle de certaines utilités, de certains usages d'un bien incorporel »³⁷.

Il faut impérativement garder à l'esprit que, par essence, le contenu du droit intellectuel est lié à la notion d'exploitation qui s'explique par l'idée d'un accès au marché³⁸.

40. À cet égard, il est remarquable que l'Ordre (belge) des médecins considère, d'une part, que l'invention de procédés diagnostiques ou thérapeutiques ou le perfectionnement de ceux-ci, ne confère aucun droit d'usage exclusif³⁹ et, d'autre part, que toute invention susceptible d'être exploitée dans l'industrie ou le commerce à des fins de santé peut faire

l'objet, dans le respect des lois et de l'éthique, d'un brevet de la part d'un médecin (Code de déontologie médicale, article 176)⁴⁰.

3. Prisme médical – Règles déontologiques et secret médical

41. En contrepartie du privilège d'exercer l'art de guérir, le professionnel de la santé est soumis au respect d'un certain nombre d'obligations. Brièvement, nous exposerons ici celles qui entretiennent un lien fort avec le droit au respect de la vie privée, ayant pour l'essentiel trait au secret professionnel.

42. Il est utile de rappeler, à titre liminaire, certains passages du serment d'Hippocrate :

« Je dirigerai le régime des malades à leur avantage, suivant mes forces et mon jugement, et je m'abstiendrai de tout mal et de toute injustice. (...) Je passerai ma vie et j'exercerai mon art dans l'innocence et la pureté. (...) Dans quelque maison que je rentre, j'y entrerai pour l'utilité des malades, me préservant de tout méfait volontaire et corrupteur (...). Quoique je voie ou entende dans la société pendant l'exercice ou même hors de l'exercice de ma profession, je tairai ce qui n'a jamais besoin d'être divulgué, regardant la discrétion comme un devoir en pareil cas »⁴¹.

43. Le secret médical y occupe déjà une place de choix. C'est assez naturellement qu'il est également proclamé aux termes du Code

³⁶ S. DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2008, p. 319, n° 401.

³⁷ *Ibidem*, pp. 319 et 320, n° 401 et références citées.

³⁸ *Ibidem*, p. 323, n° 407.

³⁹ Nous soulignons.

⁴⁰ Notons toutefois que l'article 53 de la Convention sur le brevet européen (1973) dispose que « Les brevets européens ne sont pas délivrés pour les inventions dont la publication ou la mise en œuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ». Cette même interdiction figure à l'article 4, § e de la loi belge du 28 mars 1984 sur les brevets d'invention.

⁴¹ Extrait du serment d'Hippocrate traduit par Émile Littré cité par G. VLADIMIROVITCH GRIGORIEFF, « L'O.P.A. de la médecine sur le droit contré par l'éthique », in *Médecine et Droit – Questions d'actualité en droit médical et en bioéthique*, Anthemis, 2007, p. 171.

international d'éthique médicale adopté par la 35^e Assemblée médicale mondiale le 1^{er} octobre 1983 :

«Le médecin devra préserver le secret absolu sur tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier.»

44. La déclaration de Genève de mai 2005 prévoit qu'au moment de la prestation de serment du (futur) médecin à l'occasion de son admission en qualité de membre de la profession médicale, celui-ci prête notamment le serment suivant :

«Je respecterai les secrets qui me seront confiés, même après la mort du patient.»

45. L'Ordre (belge) des médecins accorde une attention particulière au secret professionnel⁴². Ainsi, le Code de déontologie médicale précise que «le secret professionnel auquel le médecin est tenu est d'ordre public. Il s'impose dans quelque circonstance que ce soit aux praticiens consultés par un patient ou amenés à lui donner des soins ou des avis» (Code de déontologie médicale, article 55). *Ratione materiae*, le secret professionnel du médecin comprend aussi bien ce que le patient lui a dit ou confié que tout ce que le médecin pourra connaître ou découvrir à la suite d'examens ou d'investigations auxquels il procède ou fait procéder (Code de déontologie médicale, article 56). Il s'étend à tout ce que le médecin a vu, connu, appris, constaté, découvert ou surpris dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de sa profession (Code de déontologie médicale, article 57).

46. La violation du secret professionnel est érigée en délit par l'article 458 du Code pénal, lequel punit d'une peine correctionnelle :

42 Selon les termes du Conseil national de l'Ordre des médecins «le secret professionnel du médecin est une clé de voûte du système des soins de santé» (voy. l'avis du 7 juin 2008 relatif à la constitution et de l'organisation de la plate-forme e-Health).

«Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires, par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés (...)».

47. S'agissant des rapports entretenus par les professionnels de la santé et la propriété intellectuelle, on relève que le Code de déontologie médicale établi par l'Ordre (belge) des médecins prévoit que le médecin peut se servir des dossiers médicaux pour ses travaux scientifiques, à condition de ne faire paraître dans ses publications, aucun nom ni aucun détail qui puisse permettre l'identification des malades par des tiers (Code de déontologie médicale, article 43). Guidé par l'intérêt scientifique, le médecin peut communiquer à des tiers, certains renseignements provenant des dossiers médicaux, dont il a la responsabilité, pour autant que le respect du secret médical soit assuré et que l'interprétation de ces renseignements soit faite sous le contrôle d'un médecin (Code de déontologie médicale, article 44).

48. Le Code international d'éthique médicale précité abonde dans le même sens, puisqu'il dispose que le médecin devra faire preuve de beaucoup de prudence lorsqu'il divulguera des découvertes ou des techniques nouvelles par des voies non professionnelles.

C. L'affaire *Promusicae c. Telefonica*

49. Dans le contexte médical auquel la portée de cet article est limitée, nous sommes d'avis que le droit de propriété se conçoit difficilement appliqué à des données à caractère personnel. Il semble que le conflit potentiel entre les droits de la personne concernée et les

droits du responsable du traitement s'inscrirait davantage dans le cadre d'une exploitation publique des données par le responsable du traitement ou la personne qu'il aura désignée. Le législateur européen a, on l'a dit, anticipé certains aspects de l'affrontement entre le droit du responsable de traitement et les droits de la personne concernée, en plaçant en amont du conflit des garde-fous. Bien sûr tous les conflits ne peuvent être anticipés et les magistrats ont et auront pour tâche de départager les droits concurrents des justiciables en procédant à une balance des intérêts en présence.

50. Parmi ceux-ci, attardons-nous sur le conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée⁴³. Le professeur Pollaud-Dulian se pose la question de savoir s'il existe un équilibre ou une hiérarchie entre les droits fondamentaux en présence soit, d'une part, le droit au respect de la vie privée⁴⁴ et, d'autre part, la propriété intellectuelle⁴⁵.

1. Les faits

51. Le point de départ de sa réflexion est l'arrêt prononcé par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Promusicae contre Telefonica*⁴⁶. Les faits soumis à la Cour sur question préjudicielle peuvent être résumés comme suit : Promusicae, une association sans but lucratif regroupant des producteurs et des éditeurs d'enregistrements musicaux ainsi que d'enregistrements audiovisuels, sollicite auprès du tribunal de commerce de Madrid, qu'il soit

ordonné à Telefonica, société commerciale qui a pour activité, notamment, la fourniture de services d'accès à l'Internet, de révéler l'identité et l'adresse physique de certaines personnes auxquelles cette dernière fournit un service d'accès à l'Internet et dont l'adresse ainsi que la date et l'heure de connexion sont connues au motif que ces personnes méconnaissent les droits de propriété intellectuelle en utilisant le programme «P2P»⁴⁷, dénommé «KaZaA». Promusicae entend avec ces informations engager des procédures civiles contre les intéressés.

2. La question préjudicielle

52. Le tribunal de commerce de Madrid décide de surseoir à statuer en demandant à la Cour de justice si le droit communautaire impose aux États membres de prévoir, en vue d'assurer la protection effective du droit d'auteur, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel dans le cadre d'une procédure civile (point 41).

53. La Cour de justice, après avoir rappelé que le droit de propriété intellectuelle fait partie du droit fondamental de propriété constituant un principe général du droit communautaire au même titre que le droit fondamental à une protection juridictionnelle effective (point 62)⁴⁸, constate «que la situation litigieuse à propos de laquelle la juridiction de renvoi pose cette question met en présence, en

⁴⁷ *Peer to Peer* ou entre utilisateurs (de pair à pair).

⁴⁸ Voy. également en ce sens C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, aff. C.479/04, *Rev. trim. dr. comm.*, 2007, pp. 80 et s.; C.E.D.H., 29 janvier 2008, *Balan c. Moldavie*, n° 19247/03; C.E.D.H., 11 octobre 2005, *Anheuser-Busch c. Portugal*, n° 73049/01. Mentionnons ici l'article 1^{er}, du premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme : «Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international».

⁴³ Voy. sur le sujet F. POLLAUD-DULIAN, «Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée», *A&M*, 2008/4, pp. 264-272.

⁴⁴ Garanti notamment par les directives 95/46 et 2002/58.

⁴⁵ Garantie notamment par les directives 2000/31, 2001/29 et 2004/48.

⁴⁶ C.J.C.E. (gr. ch.), 29 janvier 2008 (aff. C.275/06 *Promusicae c. Telefonica*), *R.D.T.J.*, n° 30/2008, pp. 63 à 76.

plus des deux droits susmentionnés, un autre droit fondamental, à savoir celui qui garantit la protection des données à caractère personnel et, donc, de la vie privée» (point 63).

54. En d'autres termes, la «demande de décision préjudicielle soulève la question de la conciliation nécessaire des exigences liées à la protection de différents droits fondamentaux, à savoir, d'une part, le droit au respect de la vie privée et, d'autre part, les droits à la protection de la propriété et à un recours effectif» (point 65)⁴⁹.

3. La position de l'avocat général

55. Madame l'avocat général, Madame Juliane Kokott, pose «en pétition de principe que le droit fondamental que constitue le droit d'auteur a une valeur moindre ou subordonnée par rapport au droit fondamental au respect de la vie privée»⁵⁰. Selon cette dernière, «la protection des droits et des libertés d'autrui que prévoit l'article 13, paragraphe 1, sous g), de la directive 95/46 ne peut pas justifier la communication de données à caractère personnel relatives au trafic» (point 89). À l'appui de cette thèse, Madame l'avocat général se prévaut notamment de ce que «le législateur communautaire n'a encore à ce jour pris aucune décision correspondante qui limiterait la protection des données de manière à permettre de poursuivre les violations du droit d'auteur» (point 110).

4. La réponse de la Cour de justice des Communautés européennes

56. La Cour de justice insistera davantage sur la nécessaire balance des intérêts en présence et considère que la conciliation nécessaire entre ces droits concurrents incombe aux États membres qui ont la tâche de transposer les

différentes directives⁵¹. Partant de cette considération, elle répond négativement à la question préjudicielle.

5. Regards critiques

57. On ne peut que se réjouir des propos plus nuancés de la Cour qui considère que les législateurs et juges nationaux devraient veiller à assurer un juste équilibre (balance des intérêts) entre les droits fondamentaux en présence – ce qui est conforme avec l'objectif du législateur européen. Le droit de la vie privée connaît des limites et peut subir des ingérences répondant au prescrit du paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et, partant, nécessaire à la protection des droits et libertés d'autrui. Or, précisément, le droit d'auteur est un droit fondamental.

58. Cette nécessaire balance d'intérêts entre la vie privée et la propriété intellectuelle figure effectivement à plusieurs reprises dans la directive vie privée⁵².

59. Dans un même ordre d'idées, rappelons qu'en 1998, l'Assemblée du Conseil de l'Europe réaffirmait l'importance du droit au respect de

⁵¹ Point 68 de l'arrêt qui se lit comme suit: «Cela étant, il incombe aux États membres, lors de la transposition des directives susmentionnées, de veiller à se fonder sur une interprétation de ces dernières qui permette d'assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire. Ensuite, lors de la mise en œuvre des mesures de transposition de ces directives, il incombe aux autorités et aux juridictions des États membres non seulement d'interpréter leur droit national d'une manière conforme auxdites directives, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation de celles-ci qui entrerait en conflit avec lesdits droits fondamentaux ou avec les autres principes généraux du droit communautaire, tels que le principe de proportionnalité (voy., en ce sens, arrêts *Lindqvist*, précité, point 87, et du 26 juin 2007, *Ordre des barreaux francophones et germanophone e.a.*, C-305/05, non encore publié au *Recueil*, point 28)».

⁵² Voy. son 13^e considérant, son 41^e considérant et son article 1^{er}.

⁴⁹ Nous soulignons.

⁵⁰ F. POLLAUD-DULIAN, *op. cit.*, p. 271.

la vie privée de toute personne et du droit à la liberté d'expression, en tant que fondements d'une société démocratique tout en précisant que ces droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur⁵³.

D. Questions particulières

60. Nous nous penchons à présent sur des questions plus délicates qu'elles n'y paraissent de prime abord. En effet, nous tenterons de faire le point, d'une part, sur la détermination de la personne concernée et du responsable de traitement, sur l'incidence du consentement de la personne concernée, d'autre part, et enfin sur la protection *post mortem* des données à caractère personnel.

1. Détermination de la personne concernée

61. La législation a pour objet de protéger des données à caractère personnel visant toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable appelée «personne concernée» (article 1^{er} de la L.V.P.). Or plusieurs personnes sont susceptibles d'être concernées au sens de la loi par des données, c'est-à-dire identifiées au départ de ces données.

62. Deux conséquences peuvent être déduites de ce constat. La première est que ces données peuvent connaître une pluralité de sujets, tous susceptibles de revendiquer la jouissance des droits reconnus à la personne physique concernée par les données. On pense par exemple aux données génétiques qui sont (nécessairement) partagées par tous les membres d'une famille – en sorte que chaque membre est effectivement concerné par ces données. Dans un autre ordre d'idées, citons également le cas du numéro de téléphone

fixe d'une famille ou le cas d'une adresse de courrier électronique partagée par un couple. Si effectivement le numéro de téléphone ou l'adresse de courrier électronique figure dans un fichier, par hypothèse, uniquement pour l'exécution d'un contrat conclu avec le seul chef de famille, il n'en demeure pas moins que le numéro de téléphone ou l'adresse de courrier électronique constitue une donnée à caractère personnel concernant les autres membres de la famille qui sont, par hypothèse, étrangers à la relation contractuelle. Comme toujours, une balance des intérêts devra alors être faite entre les droits concurrents des personnes concernées en vue d'atteindre un juste équilibre.

63. La seconde conséquence est qu'un individu peut être une personne concernée au sens de la loi vie privée alors qu'objectivement, il est étranger aux données. L'idée est que l'identification d'une personne est un processus qui implique un élément subjectif, à savoir la réflexion intellectuelle d'un tiers aboutissant à une identification. L'erreur est donc possible. On peut, à cet égard, songer notamment aux cas d'homonymie, des sosies voire des personnes atteintes de maladies orphelines. Doit-on reconnaître des droits à cet individu qui se retrouve personne concernée malgré elle? Nous le pensons. En ce cas, il faudrait alors déterminer tout à la fois les droits reconnus à cette personne mais aussi les contours de ceux-ci. Toutefois, cet exercice excède manifestement les limites de cette note.

2. Détermination du responsable du traitement

64. Le responsable du traitement est, on l'a vu, celui qui détermine les finalités et les moyens du traitement. L'identification du responsable du traitement peut, cependant, s'avérer malaisée. Dans la relation classique médecin-patient, il est vrai que traditionnellement, on considère que le médecin est le responsable

⁵³ Conseil de l'Europe, Résolution 1165 (1998) relative au droit au respect de la vie privée, texte adopté par l'Assemblée le 26 juin 1998 (24^e séance) – <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta98/FRES1165.htm>.

du traitement tandis que le patient est la personne concernée.

65. Il est également possible de considérer que le patient qui bénéficie de soins de santé à sa demande est le responsable du traitement – le médecin n'étant plus que le sous-traitant⁵⁴. Une autre analyse de cette même relation, intégrant l'hôpital dans lequel le professionnel de la santé exerce, désignerait les organes de l'hôpital comme responsables du traitement puisqu'il sera bien souvent question de traitement dont les finalités et les moyens du traitement sont déterminés par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance au sens de l'article 1^{er}, § 4, alinéa 2 de la loi vie privée. Cette même multiplicité a été retrouvée lors de la détermination du titulaire d'un droit intellectuel.

3. Incidence du consentement de la personne concernée

66. Aux termes de l'article 1^{er}, § 8 de la loi vie privée, le consentement de la personne concernée vise toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. Trop souvent, il est considéré que si la personne concernée a consenti au traitement, le traitement est *ipso facto*, de ce seul consentement, licite.

67. Ce n'est toutefois pas exact puisque le traitement – au-delà du consentement – doit également répondre à toutes les exigences de l'article 4 et, partant, être légitime, loyal, licite, compatible avec les finalités déterminées *ab initio*. De surcroît, les données doivent être,

quant à elles, adéquates, pertinentes et non excessives, exactes et, si nécessaire, mises à jour et conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont obtenues ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement.

4. La personne décédée – Protection post mortem ?

68. On se pose à présent la question de savoir si les règles précitées trouvent également à s'appliquer lorsque la personne concernée par les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement décède. Spontanément, s'impose l'idée que les données qui bénéficiaient d'une protection du vivant de l'individu doivent continuer à profiter de cette protection. Elle apparaît comme une règle morale voire un droit naturel⁵⁵. Il ne serait effectivement pas concevable que soient sur la place publique les données bancaires ou des données médicales d'une personne au seul motif qu'elle est décédée. « L'on perçoit bien que, dans la société de l'information, la personne ne meurt pas tant que des informations la concernant subsistent »⁵⁶. S'agissant des « secrets confiés » au professionnel de la santé, l'article 458 du Code pénal offre une assise juridique à cette règle de bon sens⁵⁷.

69. À l'appui de la protection *post mortem* des données à caractère personnel, d'aucuns invoquent la dignité des morts ou le respect des morts. Si effectivement la dignité et le respect

⁵⁴ Voy. sur cette question J.-M. VAN GYSEGHEM, *Les modifications de la relation médecin/patient au contact de la télémédecine médicale: quelques réflexions à battons rompus*, Lex Electronica, vol. 10, n° 3, Hiver/Winter 2006, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/vangyseghe.htm>.

⁵⁵ Voy. en ce sens ci-avant, les règles éthiques et déontologiques des professionnels de la santé qui sont tenus au secret professionnel même après la mort de leur patient.

⁵⁶ J. HERVEG, « Une vie privée après la mort ? – Le cas des données relatives au patient », *J.T.*, 2005, n° 45.

⁵⁷ Voy. ci-avant, point 46.

s'imposent c'est au nom de la morale et non sur pied d'une règle de droit subjectif⁵⁸.

70. Pour d'autres, cette protection trouverait son fondement dans l'organisation même de l'État et ses valeurs sociales⁵⁹. Aussi noble puisse-t-il être, cet argument n'est pas étayé par une règle de droit positif.

71. Il est parfois question de trouver un fondement à la protection *post mortem* dans le droit au respect de la vie privée – garanti à toute personne. Or précisément une personne décédée n'est plus une personne physique bénéficiant de la personnalité juridique.

72. À cela s'ajoute que le droit au respect de la vie privée est un droit subjectif de nature extrapatrimoniale. Ceci emporte la lourde conséquence que ce droit, n'étant ni transmissible ni cessible, s'éteint au décès de son titulaire⁶⁰. Les ayants droit du défunt peuvent, en réalité, uniquement invoquer un droit propre pour prétendre exercer des droits comparables à ceux qu'exerçait ou pouvait exercer de son vivant la personne concernée (par exemple le droit d'accéder ou de rectifier les données). Ce droit propre pourrait, selon les cas, être le droit à la vie privée lui-même (voy. ci-avant l'hypothèse de la pluralité de «personnes concernées»), le droit à la vie (l'hypothèse où l'information est de type médical de nature à sauver la vie de l'ayant droit), ou tout autre droit.

73. La Commission de la protection de la vie privée ne s'y trompe pas et rappelle⁶¹ que le droit à la vie privée est un droit lié à la personnalité et qui ne peut être transmis aux héritiers. C'est précisément parce que ceux-ci ne peuvent

pas s'arroger le droit du défunt à la protection de la vie privée ni ses droits d'accès et de rectification des données à caractère personnel que la loi relative aux droits du patient dispose en son article 9, § 4 que «après le décès du patient, l'époux, le partenaire cohabitant légal, le partenaire et les parents jusqu'au deuxième degré inclus ont, par l'intermédiaire du praticien professionnel désigné par le demandeur, le droit de consultation pour autant que leur demande soit suffisamment motivée et spécifiée et que le patient ne s'y soit pas opposé expressément».

74. Ces mêmes proches n'ont toutefois pas obtenu le droit d'obtenir une copie du dossier. Pour le professeur Jean Herveg, l'opposition expresse du patient participe à l'autodétermination informationnelle *post mortem* du patient⁶².

75. Aussi les données à caractère personnel ne sont-elles protégées que lorsqu'elles concernent une personne physique identifiée ou identifiable (article 1^{er}, § 5 de la L.V.P.). Puisque les personnes morales sont exclues, de même que les entités non dotées de la personnalité juridique, le même sort doit être réservé aux personnes défuntées.

76. Bien que la Commission de la protection de la vie privée soit également d'avis que la protection de la vie privée prend fin avec le décès⁶³, cette conception plus stricte de la

⁵⁸ J. HERVEG, *ibidem*, n° 37.

⁵⁹ *Ibidem*, n° 41.

⁶⁰ B. DOCQUIR, *op. cit.*, p. 60, n° 76.

⁶¹ Avis d'initiative n° 18/2000 du 15 juin 2000 de la CVP relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt, http://www.privacycommission.be/fr/docs/Commission/2000/avis_18_2000.pdf.

⁶² J. HERVEG, *op. cit.*, 2005, n° 11. Voy. également sur cette question J.-M. VAN GYSEGHEM, *op. cit.*, pp. 14132(1) à 14132(5), n° 14.

⁶³ Voy. l'avis précité du 18/2000 de la Commission de la protection de la vie privée relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt; http://www.privacycommission.be/fr/docs/Commission/2000/avis_18_2000.pdf point 8. Voy. le raisonnement point 2: «Au sens de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel (ci-après, la L.V.P.), on entend par "données à caractère personnel" les données relatives à une personne physique iden-

notion de vie privée n'est, semble-t-il, pas celle retenue par la Commission européenne des droits de l'homme qui, dans une décision du 20 mai 1998⁶⁴, opère un contrôle de proportionnalité entre le droit pour un fils d'accéder au dossier médical de sa mère décédée et la protection des données personnelles de la mère décédée. La Commission conclut au caractère non fondé de la plainte au motif que le fils s'est vu conférer par les autorités helvètes un droit d'accès indirect au dossier médical en ces termes :

«Quant à la question du "juste équilibre" entre les intérêts en présence, la Commission relève que le requérant n'a pas été privé de toute possibilité d'accès aux informations figurant dans le dossier de feu sa mère. (...) Dans ces circonstances, la Commission estime que la position adoptée par les autorités internes quant à la communication des éléments figurant au dossier de feu la mère du requérant

ménage un juste équilibre entre les intérêts en présence⁶⁵ ».

77. Le professeur Jean Herveg retient de cette décision l'enseignement suivant : « si l'article 8 de la Convention (européenne des droits de l'homme) produit des effets *post mortem*, ce qui se déduit de l'affaire *W.B. c. Suisse* en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel, l'article 22 de la Constitution offrira automatiquement la même protection dans l'ordre juridique belge »^{66 67}.

78. Certes la notion de vie privée n'a cessé d'évoluer – la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés européennes ont contribué par leurs jurisprudences innovantes et évolutives à étendre la notion de vie privée⁶⁸. L'idée paraît, de prime

tifiée ou identifiable (article 1^{er}, § 5 de la L.V.P.). La loi du 8 décembre 1992 ne précise pas expressément si cette disposition s'applique ou non aux données à caractère personnel relatives à des personnes décédées. La Commission constate que l'article 1^{er}, § 5 de la L.V.P. peut être interprété de deux manières. Il peut être déduit de cette disposition qu'il est exigé que la personne soit encore une personne physique et qu'elle soit par conséquent encore en vie au moment où la protection des données à caractère personnel est invoquée. Cette interprétation rejoint le concept général de protection de la vie privée. Le droit à la protection de la vie privée peut être défini comme étant le droit d'être laissé en paix et d'organiser sa vie comme on l'entend. Ce droit concerne donc forcément les personnes encore en vie. Les personnes décédées ne peuvent plus prétendre à un droit à la protection de la vie privée. De même, on pourrait présumer que le droit à la protection des données à caractère personnel prend fin avec le décès ».

⁶⁴ Comm. E.D.H., 20 mai 1998, aff. *Willy Brandt c. Suisse*, req. n° 30039/96 <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=SUISSE&sessionid=28119455&skin=hudoc-fr>.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ J. HERVEG, *op. cit.*, 2005, n° 19. Nous soulignons.

⁶⁷ Dans le même sens, Civ. Bruxelles, 25 mars 2005, *J.L.M.B.*, 2006, p. 1197; Mons (1^{re} ch.), 2 mai 2005, *J.L.M.B.*, 2005, p. 1057.

⁶⁸ C.E.D.H., 29 avril 2002, aff. *Pretty c. Royaume-Uni*, req. n° 2346/02, n° 61. En effet, « comme la Cour (de Strasbourg) a déjà eu l'occasion de l'observer, la notion de "vie privée" est une notion large, non susceptible d'une définition exhaustive. Elle recouvre l'intégrité physique et morale de la personne (*X et Y c. Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, série A n° 91, p. 11, § 22). Elle peut parfois englober des aspects de l'identité physique et sociale d'un individu (*Mikulic c. Croatie*, n° 53176/99, § 53, C.E.D.H. 2002-I). Des éléments tels, par exemple, l'identification sexuelle, le nom, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle relèvent de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (voy., par exemple, arrêts *B. c. France*, 25 mars 1992, série A n° 232-C, pp. 53-54, § 63, *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994, série A n° 280-B, p. 28, § 24, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A n° 45, pp. 18-19, § 41, et *Laskey, Jaggard et Brown*, précité, p. 131, § 36). Cette disposition protège également le droit au développement personnel et le droit d'établir et entretenir des rapports avec d'autres êtres humains et le monde extérieur (voy., par exemple, arrêts *Burghartz*, avis de la Commission, *op. cit.*, p. 37, § 47, et *Friedl c. Autriche*, 31 janvier 1995, série A n° 305-B, avis de la Commission, p. 20, § 45). Bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant

abord, louable puisqu'elle semble contribuer à assurer une protection effective des droits de l'homme et non seulement théorique⁶⁹.

79. Il nous paraît toutefois qu'à force d'étendre la notion de vie privée, on risque fort de lui faire perdre tout crédit et substance. La cohérence du système commande que les législateurs européen et national légifèrent et donnent à cette règle naturelle de protection des données au-delà du décès de la personne une assise juridique. En ce cas, le législateur se devra d'examiner successivement des questions précises: « Qu'en est-il alors des données à caractère personnel relatives aux personnes décédées depuis un certain temps, mais pas depuis si longtemps? Une protection illimitée

doit-elle être garantie à ces personnes et ne peut-on déroger à l'application de la loi que lorsqu'il s'agit de personnes publiques? Ou encore le législateur est-il d'avis que la protection des données à caractère personnel prend fin après un certain laps de temps? »⁷⁰. Des règles différentes doivent-elles être prévues pour des figures historiques célèbres tel Napoléon?

II. ÉTUDE DE CAS

80. Nous tenterons, à présent, d'arbitrer *in concreto* un conflit entre, d'une part, le droit de l'individu quant aux données médicales qui le concernent et, d'autre part, la propriété intellectuelle. L'hypothèse de départ doit pouvoir mettre potentiellement, théoriquement, face à face les droits conférés à l'auteur d'une œuvre et le droit de toute personne au respect de sa vie privée. On pense à celle où un médecin ou un hôpital, titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin portant sur les données médicales relatives à un patient, prétendrait, par exemple, avoir des droits exclusifs quant au contrôle de la reproduction et de la communication desdites données.

81. Par hypothèse, les conditions requises par toutes les législations concernées doivent être réunies en sorte que, d'une part, l'œuvre est nécessairement originale et exprimée dans une certaine forme (prisme droit intellectuel), la donnée est une information relative à une personne physique identifiée ou identifiable faisant l'objet d'un traitement automatisé ou non mais appelée à figurer dans un fichier, d'autre part (prisme vie privée), et, enfin, le traitement est conforme aux règles éthiques et déontologiques du professionnel de la santé et est respectueux du secret médical (prisme médical).

que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 ».

⁶⁹ C.J.C.E. (gr. ch.), 13 mars 2007, *Unibet*, n° 37 et 38, C-432/05, <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?where=&lang=fr&num=79929686C19050432&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET>. À cet égard, « il convient de rappeler que, en vertu d'une jurisprudence constante (de la Cour de justice des Communautés européennes), le principe de protection juridictionnelle effective constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres, qui a été consacré par les articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (arrêts du 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, *Rec.*, p. 1651, points 18 et 19; du 15 octobre 1987, *Heylens e.a.*, C-222/86, *Rec.*, p. 4097, point 14; du 27 novembre 2001, *Commission c. Autriche*, C-424/99, *Rec.*, p. I-9285, point 45; du 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, point 39, et du 19 juin 2003, *Eribrand*, C-467/01, *Rec.*, p. I-6471, point 61) et qui a également été réaffirmé à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (*J.O.*, C-364, p. 1). Il incombe à cet égard aux juridictions des États membres, par application du principe de coopération énoncé à l'article 10 CE, d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voy., en ce sens, arrêts du 16 décembre 1976, *Rewe*, 33/76, *Rec.*, p. 1989, point 5, et *Comet*, 45/76, *Rec.*, p. 2043, point 12; du 9 mars 1978, *Simmmenthal*, 106/77, *Rec.*, p. 629, points 21 et 22; du 19 juin 1990, *Factortame e.a.*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, point 19, ainsi que du 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, *Rec.*, p. I-4599, point 12) ».

⁷⁰ Voy. en ce sens l'avis n° 18/2000 précité de la C.V.P. relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt.

82. On ne peut que constater que l'hypothèse – qui est obligatoire – restreint nécessairement les conflits potentiels. L'on dit obligatoire car si la donnée est anonyme, personne ne pourrait se prévaloir d'une violation potentielle du droit au respect de sa vie privée. De même, si les finalités du traitement ne sont pas licites, le traitement est prohibé, ce qui implique que le titulaire d'un droit voisin ne pourrait pas exploiter la donnée à caractère personnel. La situation sera identique si le traitement s'avère incompatible avec les finalités déterminées par le responsable de traitement. Dans un autre ordre d'idées, soulignons ici que la violation par un professionnel de la santé de ses règles éthiques et déontologiques est sanctionnée, à tout le moins⁷¹, par l'Ordre des médecins, par l'avertissement, la censure, la réprimande et, dans les cas les plus graves, la suspension du droit d'exercer l'art médical pendant un terme qui ne peut excéder deux années et la radiation du tableau de l'Ordre des médecins.

83. Compte tenu de cette superposition de législations, chacune précise et exigeante, il peut être difficile de concevoir un cas où le droit au respect de la vie privée serait réellement en conflit avec le droit de propriété intellectuelle, et la question semble de plus en plus théorique. Pour mettre à l'épreuve ce sentiment, nous nous proposons à présent d'étudier les hypothèses mises en avant par Philippe Laurent et Laura Vilches Armesto⁷². Nous examinerons successivement les cas du traitement des données antérieurement à la création d'une œuvre protégée par les droits intellectuels (A), du dossier médical du patient (B), de l'endoscopie (C), du droit du patient

d'accéder à son dossier médical et d'en recevoir une copie (D).

A. Traitement de données à caractère personnel antérieur à la création d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou un droit voisin

84. La première hypothèse envisagée par Philippe Laurent et Laura Vilches Armesto⁷³ vise le traitement de données à caractère personnel antérieur à la création d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou un droit voisin. Avec eux, il faut convenir de ce que la création éventuelle de l'œuvre résulte du choix initial du patient de choisir tel professionnel de la santé, de lui communiquer des données à caractère personnel et de lui permettre de traiter ces données.

85. Les auteurs précités posent alors la question de savoir si le consentement du patient à traiter ces données personnelles implique, ou non, la possibilité pour le praticien de créer avec ces données une œuvre protégée par le droit d'auteur ou un droit voisin. Cette question suscite plusieurs remarques.

86. La première est que la création d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou un droit voisin constitue un traitement. Or le caractère licite du traitement ne résulte pas du seul consentement de la personne concernée. Comme indiqué, le traitement, au-delà du consentement de la personne concernée, doit répondre à toutes les exigences de l'article 4 de la loi vie privée et, partant, être légitime, loyal, licite, compatible avec les finalités déterminées *ab initio*. Deuxièmement, le traitement des données par le professionnel de la santé dans un but purement thérapeutique rentre dans le champ d'application des autres hypothèses de l'article 5 de la loi vie privée.

⁷¹ Nous avons, en effet, relevé précédemment que le secret médical est non seulement une obligation éthique et déontologique mais, de surcroît, une obligation légale (voy. ci-avant point 46).

⁷² P. LAURENT et L. VILCHES ARMESTO, *op. cit.*, pp. 153-185.

⁷³ *Ibidem*, p. 162.

87. À cela s'ajoute que lorsque le traitement ne poursuit pas un but thérapeutique, le plus souvent il poursuit des fins historiques, statistiques ou scientifiques. En ce cas, et moyennant le respect de certaines conditions, le consentement de la personne concernée n'est pas requis. Aussi, soulignons que l'absence de consentement ne constituerait pas un frein à la création d'une œuvre protégée par le droit d'auteur ou un droit voisin. Toutefois, dans cette hypothèse, l'existence d'une œuvre est à vérifier *in concreto*. Le contenu même d'un ouvrage scientifique n'est pas protégé car « dès lors qu'elles se veulent "vérité", les découvertes scientifiques relèvent du domaine de l'idée, de l'histoire ou de la nature, et en tout cas elles appartiennent à tous »⁷⁴. Dans la mesure où « la science n'est pas fiction », « un savant qui expose une découverte ne peut faire protéger celle-ci par la loi sur le droit d'auteur »⁷⁵. Puisque la protection accordée par le droit d'auteur et les droits voisins se fait de manière automatique sans procédure d'agrément aucune, il faut mais il suffit que les conditions soient réunies.

88. Enfin, ce n'est que lorsque le traitement poursuit une finalité non exclusivement thérapeutique, que le praticien décide de faire valoir (en les exerçant) ses droits éventuels (droit d'auteur ou droit voisin) et que le patient s'oppose à l'exploitation publique de ces données que la question se pose. Or cette finalité est une finalité comme les autres et, à ce titre, devra être déterminée, explicite et légitime. On sait que le consentement ne fait pas tout et, inversement, l'absence de consentement n'est pas systématiquement un obstacle au traitement de données à caractère personnel même sensibles. En ce cas, seule une balance des intérêts, appréciée *in concreto*, peut permettre

de départager les titulaires de droits fondamentaux portant, pour l'un, sur le droit de propriété et, pour l'autre, sur le droit au respect de la vie privée⁷⁶. Certains objecteront que l'article 7 de la loi vie privée procède déjà à une balance des intérêts au regard des données sensibles et qu'une seconde balance ne peut se justifier. Nous sommes toutefois d'avis que cette première balance a trait à l'équilibre à trouver entre les impératifs de protection de la vie privée et de libre circulation des données à caractère personnel. Néanmoins, cette balance ne se confond pas et ne se substitue pas avec la nécessaire conciliation du droit au respect de la vie privée et du droit de propriété intellectuelle.

89. En somme, l'hypothèse de départ se distingue uniquement par sa finalité spécifique et par la nature des données qui sont des données sensibles pour être relatives à la santé.

B. Dossier médical et droits d'auteur

90. La seconde question traitée par Philippe Laurent et Laura Vilches Armesto concerne le dossier médical, qui manifestement contient des données à caractère personnel sensibles faisant l'objet d'un traitement (création, tri, structuration, enregistrement, etc.). Le conflit surgirait si le praticien désire exploiter ses commentaires et analyses personnels (étant les seuls éléments susceptibles de constituer une œuvre protégée par le droit d'auteur) figurant au dossier médical. Par application des principes énoncés ci-avant, le praticien doit nécessairement faire usage de données anonymes, en d'autres termes celles qui ne peuvent être mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable et qui ne sont donc pas des

⁷⁴ A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 75, n° 42.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 74, n° 42.

⁷⁶ Voy. en ce sens C.J.C.E. (gr. ch.), 29 janvier 2008 (aff. C-275/06 *Promusicae c. Telefonica*), R.D.T.I., n° 30/2008, pp. 63 à 76, examinée ci-avant.

données à caractère personnel⁷⁷. Rappelons que si le médecin peut se servir des dossiers médicaux pour ses travaux scientifiques, il ne peut faire paraître dans ses publications, aucun nom ni aucun détail qui puisse permettre l'identification des malades par des tiers (Code de déontologie médicale, article 43). Cette nécessité rend donc impossible l'hypothèse d'une atteinte au droit au respect de la vie privée.

91. On peut, toutefois, se demander si cette anonymisation forcée des données porte atteinte à la propriété intellectuelle de l'auteur ou du producteur. Selon nous, la réponse est négative principalement parce que les droits de propriété, en ce compris les droits intellectuels, ne sont pas absolus; ils connaissent des limites proportionnées au but légitime poursuivi. À cela s'ajoute que dans la plupart des cas, l'identification de la personne concernée par les données, lorsqu'elle est possible, n'a tout simplement aucun sens. L'on dit, lorsqu'elle est possible, parce qu'à notre avis il n'y a rien de moins identifiable qu'un gros intestin entre d'autres gros intestins, l'intérêt même de l'exploitation des données étant bien souvent sans lien avec la personne concernée, encore l'anonymisation des données n'altérerait-elle pas « l'œuvre » et, partant, ne serait pas de nature à réduire le droit d'exploiter celle-ci. En effet, si le professeur émérite de l'université Tournesol utilise les clichés d'un gros intestin pour exposer un nouveau protocole médical innovant, la circonstance que le gros intestin soit celui de Madame Linqvist ou celui de Madame Pretty est sans incidence. Ce qui est pertinent ce sont les caractéristiques et de ce gros intestin et de l'état de santé général du patient (même non identifiable).

92. Dans certains cas, toutefois, la personne concernée est identifiable et l'anonymisation

est malaisée voire impossible. Pensons, par exemple, au cliché d'un patient ayant subi une opération de reconstruction faciale. Il faut d'abord examiner si la photographie du visage de la personne concernée est en tant que telle protégée par le droit d'auteur. Or, « une photo est ou non protégeable comme n'importe quelle autre création, selon qu'elle révèle l'empreinte personnelle de celui qui en est l'auteur »⁷⁸. Il nous paraît que les cas où le cliché médical serait effectivement une œuvre protégée seront peu nombreux. Cependant, dans l'affirmative, le médecin pourrait invoquer que la publication est nécessaire à la promotion et à la protection de la santé publique au sens de l'article 7 de la loi vie privée. Au-delà, il faudra, comme précédemment, procéder à une balance des intérêts en présence.

C. Endoscopie et droits voisins

93. Rappelons, dans un premier temps, que l'endoscopie est une méthode d'exploration et d'imagerie médicale ou industrielle qui permet de visualiser l'intérieur de conduits ou de cavités inaccessibles à l'œil. Le plus souvent, l'endoscope est couplé à une caméra vidéo permettant au professionnel de la santé, d'une part, de retransmettre l'image sur un écran, d'autre part, d'enregistrer cette image en tant que séquence filmée voire en tant que rephotographie. L'endoscopie est utilisée tant pour le diagnostic que pour traiter une maladie.

94. Les images résultant de l'endoscopie peuvent être, le cas échéant, protégées par le droit voisin. En matière de droits voisins, l'ayant droit est le producteur, soit celui qui permet la première fixation de l'œuvre⁷⁹. Dans le cas de l'endoscopie, il semble que la détermination du producteur, au sens de

⁷⁷ Au sens de l'article 1^{er}, 5^o de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la loi vie privée.

⁷⁸ A. BERENBOOM, *op. cit.*, p. 87, n^o 46.

⁷⁹ Comme pour les bases de données, c'est l'investis-
sement qui est protégé.

la loi relative au droit d'auteur, soit problématique. Pour certains, le patient serait le producteur puisqu'il subit l'endoscopie et paie l'hôpital et le médecin pour cet examen. Monsieur Laurent et Madame Vilches Armesto sont de cet avis au motif que le patient aurait librement décidé de subir l'examen. Nous ne pouvons partager ce point de vue. D'abord, l'objectif du patient n'est pas d'investir mais d'obtenir des données médicales permettant à son médecin, professionnel de la santé, de poser un diagnostic et de formuler le cas échéant un traitement. Ensuite, le patient n'est pas toujours en mesure de consentir à l'examen parce qu'il n'est pas capable (physiquement ou juridiquement) d'exprimer sa volonté ou qu'il n'a pas de volonté (hypothèse de coma). Il faut admettre cependant que ces deux objections sont critiquables car elles semblent subordonner à des conditions supplémentaires la protection accordée par la loi relative au droit d'auteur.

95. Pour d'autres, l'ayant droit serait la sécurité sociale qui rembourse partiellement le patient pour l'examen. En réalité, les tenants de cette thèse confondent le paiement d'un service (à savoir, l'examen d'endoscopie) avec l'investissement protégé par le droit voisin.

96. De manière plus traditionnelle, l'ayant droit est l'hôpital ou le médecin qui a fait l'acquisition de l'endoscope. À notre sens, l'investissement visé par la loi relative au droit d'auteur consiste en cette acquisition. Dans un cas comme dans l'autre, le praticien qui sera amené à réaliser l'endoscopie est soumis aux règles légales (médicales), éthiques et déontologiques examinées *supra*.

97. Comme dans l'hypothèse précédente et pour les mêmes raisons, il faut conclure que le conflit n'est qu'apparent puisque si le praticien décide d'exploiter le film réalisé à l'occasion

de l'endoscopie, cette exploitation se fera de manière anonyme.

98. Notons que s'il faut admettre que le médecin est producteur au sens de la loi relative au droit d'auteur, rien ne s'oppose à ce que le patient se voie reconnaître la qualité d'artiste-exécutant, au sens des articles 34 et suivants de la loi relative au droit d'auteur, lequel jouit notamment d'un droit moral inaliénable sur sa prestation et du droit de s'opposer à toute déformation, mutilation ou autre modification de sa prestation ou à toute autre atteinte à celle-ci préjudiciable à son honneur ou à sa réputation.

D. Droits d'auteur et droits voisins face au droit du patient à accéder à son dossier médical et à en recevoir une copie

99. Le patient a le droit d'accéder à son dossier et à en recevoir une copie. Posons-nous, à présent, la question de savoir si l'usage de la copie du dossier médical peut, ou non, constituer une atteinte au droit d'auteur. Nous avons admis que les droits conférés à l'auteur d'une œuvre s'apparentent à un droit exclusif d'exploitation publique de la chose incorporelle.

100. Selon les cas, il faudra déterminer si l'usage de la copie entre en conflit avec le droit exclusif d'exploitation publique. Dans l'affirmative, le conflit devra se résoudre par une pondération des intérêts en présence. Il nous est d'avis que dans pareille hypothèse, le droit d'auteur du médecin devrait contraindre le patient (qui désire, par hypothèse, publier son dossier médical) à supprimer les commentaires et analyses personnels du professionnel de la santé faisant l'objet de la protection accordée aux œuvres.

CONCLUSION

101. D'une certaine manière, nous avons voulu poursuivre la réflexion entamée par Philippe Laurent et Laura Vilches Armesto en tentant de répondre aux questions qu'ils avaient volontairement laissées ouvertes.

102. Après avoir conclu que les données médicales ne peuvent en tant que telles faire l'objet d'aucune appropriation selon la volonté des législateurs, nous avons vu que seule la propriété intellectuelle, par opposition au droit de propriété traditionnel, était concevable en ce qu'elle confère à son titulaire, selon une conception largement répandue, un droit d'exploitation publique de la chose incorporelle. Ce droit est en principe exclusif. En matière médicale toutefois, ce droit d'exploitation ne peut être exclusif et ce en raison des règles auxquelles les professionnels de la santé se sont soumis (Code de déontologie médicale).

103. Il existe bien des cas où les règles déontologiques – auxquelles le professionnel de la santé est soumis – sont plus contraignantes que ses obligations légales. Nous avons vu qu'il en allait ainsi du secret professionnel qui subsiste après la mort du patient alors que, de lege lata, les données concernées ne rencontrent plus les conditions pour bénéficier de la protection accordée aux données à caractère personnel.

104. Nous avons tenté de mettre en lumière le fait que la limitation des prérogatives reconvenues au titulaire d'une œuvre résulte, le plus souvent, de la qualité de médecin. En effet, avant même d'être auteur ou producteur, le responsable du traitement est un médecin. Ceci explique que le conflit précité apparaisse comme étant plus virtuel que réel compte

tenu de la kyrielle d'obligations existant dans le chef du praticien de la santé résultant tant de sa qualité de médecin que de son statut de responsable de traitement. En réalité, le conflit est interne puisqu'il oppose davantage l'auteur au médecin que le patient au médecin. À notre sens, le conflit entre le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée suppose que le professionnel de la santé viole préalablement ses obligations résultant notamment du Code de déontologie médicale établi par l'Ordre (belge) des médecins, des règles internationales en matière d'éthique et de la loi relative aux droits du patient. Or précisément cette violation originaire entache d'illégalité tout traitement.

105. Puisque les droits ne sont ni absolus ni hiérarchisés entre eux, étant d'égale valeur, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes, il convient, lorsqu'un conflit entre le droit de propriété et le droit au respect de la vie privée se présente, de vérifier que les ingérences mutuelles sont prévues par la loi, poursuivent un but légitime, sont nécessaires dans une société démocratique et sont proportionnées au but poursuivi. Lorsque l'ingérence ne répond pas à ces conditions, elle viole le droit fondamental visé, et partant ne sera pas permise (tout comme en matière d'abus de droit, on ramène le droit à son usage normal, raisonnable). Dans le cas contraire, il faudra trouver à chaque fois un juste équilibre entre les droits fondamentaux précités. Cette nécessaire pondération tiendra compte, *in concreto*, des règles de l'art existantes, des possibilités d'utiliser différemment son droit, du profit retiré par l'utilisation du droit de même que le dommage causé à autrui.