

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Une première mise à l'épreuve de la plate-forme eHealth, note d'observations sous Cour const., 18 mars 2010

Herveg, Jean

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 published version (HARVARD):
Herveg, J 2010, 'Une première mise à l'épreuve de la plate-forme eHealth, note d'observations sous Cour const., 18 mars 2010', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, numéro 41, pp. 23-52.

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.

JURISPRUDENCE

attribuée suppose nécessairement que le législateur décréteil puisse, dans sa réglementation, prendre en compte certains aspects de cette relation.

B.42. Par application de la compétence réservée au législateur fédéral en matière de réglementation de l'exercice de l'art de guérir, l'article 35*duodecies* de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 dispose que le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des ministres et après concertation avec le comité de concertation, les règles concernant la structure et l'organisation de la pratique des médecins. En exécution de cette disposition, l'arrêté royal du 3 mai 1999 règle la composition du dossier médical général du patient et, entre autres, la communication à ce sujet.

B.43.1. Les dispositions en cause tendent essentiellement à faire en sorte que la communication d'informations entre praticiens visée aux articles 13 et 14 de l'arrêté royal n° 78 s'effectue désormais par voie électronique. À cet égard, elles ne sauraient porter atteinte au droit des communautés d'exercer leurs compétences en matière de politique de santé ou de développer une vision ou une stratégie en ce qui concerne le contenu de la politique des soins de santé.

L'exposé des motifs de la loi attaquée précise à cet égard :

« Il va de soi que la mission de la plate-forme eHealth porte uniquement sur les aspects de la politique de la santé qui relèvent des compétences des autorités fédérales. Le cas échéant, la prestation de services au profit des diverses communautés devra faire l'objet d'un accord de coopération avec ces communautés » (*Doc. parl., Chambre, 2007-2008, DOC 52-1200/001, p. 88*).

B.43.2. Dans sa réponse à la question posée par la Cour dans l'ordonnance de mise en état du 17 décembre 2009, le Conseil des ministres a fait savoir qu'aucun accord de coopération n'avait, à ce jour, été conclu avec les communautés. Toutefois, il ne peut se déduire de l'absence d'un tel accord de coopération que le législateur fédéral aurait excédé ses compétences.

B.44. Le septième moyen n'est pas fondé.

Par ces motifs,

La Cour

Rejette le recours.

Note d'observations

Une première mise à l'épreuve de la plate-forme eHealth

Le modèle de la banque-carrefour prospère en Belgique. Appliqué à la sécurité sociale², aux entreprises³ et aux véhicules⁴, il a également servi de canevas pour créer la plate-forme

eHealth⁵. Il s'agit d'une institution publique dotée de la personnalité juridique, doublée d'une institution publique de sécurité sociale⁶, qui a été créée afin d'organiser un échange sécurisé de données à caractère personnel relatives à la santé entre les acteurs des soins de santé⁷. Elle remplace la plate-forme Be

² Loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une banque-carrefour de la sécurité sociale.

³ Loi du 16 janvier 2003 portant création d'une banque-carrefour des entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions.

⁴ Loi du 19 mai 2010 portant création de la banque-carrefour des véhicules.

⁵ Loi du 21 août 2008 relative à l'institution et à l'organisation de la plate-forme eHealth.

⁶ Article 2 de la loi du 21 août 2008.

⁷ C. const., 19 mars 2010, n° 29/2010, B.1.

Health, un service de l'État à gestion séparée créé à la fin du mois de décembre 2006 au sein du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement, en vue de la gestion d'une plate-forme électronique de services relative à l'échange de données de soins de santé⁸.

La Chambre syndicale des médecins des Provinces du Hainaut, de Namur et du Brabant wallon, ainsi qu'une patiente, se sont émus de cette initiative fédérale et ont saisi la Cour constitutionnelle d'un recours en annulation de la loi du 21 août 2008 relative à l'instauration et à l'organisation de la plate-forme eHealth, en arguant d'une violation du droit au respect de la vie privée, d'une atteinte au libre choix d'une activité professionnelle et à la liberté de commerce et d'industrie, du fait que le financement de la plate-forme eHealth constituerait une aide d'État prohibée, ainsi que du non-respect des règles répartitrices de compétence entre l'État fédéral et ses entités fédérées.

Par arrêt du 18 mars 2010, la Cour constitutionnelle a rejeté ce recours, ce qui appelle les observations suivantes en matière de protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

A. LES FINALITÉS ET MISSIONS DE LA PLATE-FORME EHEALTH

1. Les requérants reprochaient à la loi du 21 août 2008 la formulation étendue, générale et vague des finalités et missions confiées à la plate-forme eHealth dans la mesure où, ce faisant, elle aurait autorisé à leur estime le traitement de presque toutes les données

collectées sur la base des dossiers médicaux, portant ainsi atteinte au droit des patients au respect de la vie privée. Ce reproche revenait à dénoncer le non-respect de l'exigence de collecter les données à caractère personnel pour des finalités déterminées et explicites.

Si la crainte avait été que la plate-forme poursuive des finalités autres que celles indiquées dans la loi, c'est l'exigence de traiter loyalement les données qui aurait été en cause. Ici, l'obligation de loyauté impose à la plate-forme de se limiter aux finalités annoncées dans la loi. Elle lui interdit de traiter des données pour d'autres finalités qui n'auraient pas été déclarées. Cette obligation rejoint le droit de la personne concernée à l'information sur le traitement de données à caractère personnel ainsi que l'obligation du responsable du traitement de déclarer les traitements de données à la Commission de la protection de la vie privée.

La Cour constitutionnelle a brièvement répondu au grief formulé par les requérants en considérant que la plate-forme eHealth n'avait été instaurée que pour organiser l'échange sécurisé de données existantes⁹. Elle a rappelé que la plate-forme eHealth n'était pas compétente pour acquérir de nouvelles données relatives à la santé, pas plus que pour procéder à l'enregistrement de données médicales existantes¹⁰, tout en précisant que la mission de la plate-forme eHealth de convenir d'une répartition des tâches en matière de collecte, de validation, d'enregistrement et de mise à disposition de données ne pouvait pas conduire à un accord dans lequel l'enregistrement de données serait assuré par la plate-forme eHealth. La Cour constitutionnelle a indiqué que le contrôle de cette dernière exigence

⁸ Article 4 de la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses. Il appartenait au Roi par arrêté délibéré en Conseil des ministres de fixer les missions et les modalités de gestion et d'exploitation de la plate-forme Be Health.

⁹ C. const., 19 mars 2010, n° 29/2010, B.13.1.

¹⁰ Ce qui signifie que la plate-forme eHealth ne peut pas offrir de service d'hébergement de bases de données relatives à la santé.

JURISPRUDENCE

revenait au juge compétent sans toutefois l'identifier expressément¹¹.

Dans cette mesure, elle a jugé que les finalités et missions de la plate-forme eHealth étaient exposées de manière circonstanciée et détaillée par la loi du 21 août 2008¹². Elle écarte ainsi le grief de l'indétermination des finalités tout en coupant court à ce qui aurait pu être un grief sous-jacent de déloyauté.

2. Si la réponse de la Cour constitutionnelle peut, en un sens, apparaître comme astucieuse, un problème surgit néanmoins si l'on cherche à déterminer la base juridique sur laquelle elle se serait appuyée pour trancher ce moyen dès lors que les requérants avaient, à juste titre, combiné le droit au respect de la vie privée avec la réglementation des traitements de données à caractère personnel, le premier fondant la seconde.

Si la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur la base de la réglementation des traitements de données à caractère personnel, elle aurait dû commencer par identifier les traitements de données en cause... ce qu'elle n'a pas fait.

Si elle s'est fondée sur le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 22 de la Constitution lu en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, nous devrions en déduire que la Cour constitutionnelle aurait estimé que la question de la création et du fonctionnement de la plate-forme eHealth tombait dans leur champ d'application, et ce, sans avoir à prendre en compte les traitements de données susceptibles d'advenir grâce à cette nouvelle infrastructure¹³. Ce faisant, elle aurait jugé que

la détermination des finalités et missions de la plate-forme eHealth faisait partie des éléments intervenant dans l'appréciation de la justification de l'interférence que constituerait cette infrastructure dans l'exercice du droit au respect de la vie privée¹⁴. Il ne s'agissait dès lors pas de soumettre formellement la structure de la plate-forme eHealth à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel comme semble le suggérer l'avis de la Commission de la protection de la vie privée, mais bien de lui faire passer le test de l'article 22 de la Constitution à lire en lien avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le cas échéant en s'inspirant des principes existants pour la protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Il faudrait alors noter que la Cour constitutionnelle n'aurait examiné qu'une partie des critères permettant d'évaluer la justification de pareille ingérence.

3. D'autant que, lors des premières réflexions sur la création de ces autoroutes de l'information dans le secteur des soins de santé, l'idée avait été avancée qu'il fallait soumettre ce type de système d'information à double étage au test des critères de nécessité, de transparence, de sécurité, de confidentialité, et de qualité, afin d'évaluer la compatibilité de ce genre d'infrastructure avec le droit au respect de la vie privée. Ce contrôle de conformité de l'infrastructure à ces cinq critères impose

l'avis n° 1/2010 du Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », adopté le 16 février 2010).

¹¹ C. const., 19 mars 2010, n° 29/2010, B.13.1.

¹² C. const., 19 mars 2010, n° 29/2010, B.13.2.

¹³ Ce qui pourrait faire surgir la question de la détermination du véritable responsable des traitements à venir comme dans l'affaire *Swift* (voy. en tout cas

¹⁴ Cette réflexion serait à rapprocher de celle à laquelle fait référence la Commission de la protection de la vie privée dans son avis n° 14/2008 du 2 avril 2008 sur la notion « d'intégrateur de services » et non de données (considérons 23 et suivants de l'avis).

de prendre en compte les finalités des traitements de données que le système d'information permet (fut-ce potentiellement), ainsi que la sensibilité du contenu informationnel des données qui transiteraient par l'infrastructure¹⁵. Les requérants et la Commission de la protection de la vie privée semblent avoir pris en compte la nécessité de ce test, même s'ils l'ont fait à des degrés divers, mais pas la Cour constitutionnelle. Or, le potentiel d'ingérence de la plate-forme eHealth dans l'exercice du droit au respect de la vie privée est conséquent.

D'abord, il faut noter que la plate-forme eHealth est chargée de la gestion d'un réseau offrant plusieurs services de base¹⁶, auquel tous les acteurs du secteur des soins de santé¹⁷ seront progressivement raccordés, pour qu'ils puissent s'échanger des informations par voie électronique et offrir des services électroniques à valeur ajoutée comme les prescriptions électroniques de médicaments, la transmission électronique des évaluations

médicales des personnes avec un handicap, la demande électronique d'accords des médecins-conseils en vue de l'administration de certains soins, l'échange par la voie électronique entre les prestataires de soins et leurs patients de données enregistrées dans leurs dossiers médicaux électroniques.

Ensuite, il faut envisager la relation entre la plate-forme eHealth et d'autres institutions comme la banque-carrefour de la sécurité sociale. Le Conseil d'État avait déjà soulevé la question du rapport entre la plate-forme eHealth et la banque-carrefour de la sécurité sociale, soulignant le fait que plusieurs éléments donnaient l'impression que la plate-forme eHealth n'en serait qu'une composante¹⁸. Le Gouvernement y a répondu en conférant une double casquette à la plate-forme eHealth: c'est une institution publique dotée de la personnalité juridique doublée d'une institution publique de sécurité sociale. Si cette réponse était de nature à répondre formellement à la remarque du Conseil d'État, elle laissait en suspens celle du lien entre les deux institutions. Or, cette question est d'autant plus aigüe que la banque-carrefour de la sécurité sociale a, parmi ses missions, celle de coordonner les relations entre les institutions de sécurité sociale entre elles, d'une part, et entre ces institutions et le registre national, d'autre part. Elle a aussi pour mission de soutenir les institutions de sécurité sociale afin de leur permettre au moyen des nouvelles technologies d'exécuter d'une manière effective et efficace leurs missions au profit des utilisateurs de leurs services, avec un minimum de charges administratives et de frais pour les intéressés et, dans la mesure du possible, de leur propre initiative. Elle a encore pour mission de recueillir

¹⁵ J. HERVEG et Y. POULLET, «Which Major Legal Concerns in Future eHealth?», in *The Information Society: Innovation, Legitimacy, Ethics and Democracy in Honor of Professor Jacques Berleur s.j.*, Boston, Springer, International Federation for Information Processing (IFIP), vol. 233, 2007, pp. 159-170. Cette publication est le support écrit d'un exposé réalisé lors de la Conférence de haut niveau eHealth 2006 organisée par la Commission européenne à Malaga du 9 au 12 mai 2006.

¹⁶ Comme la gestion des utilisateurs et des accès, l'orchestration des processus d'échange de données, un répertoire de références, un environnement portail, un système de datation électronique indépendante, un système de codage et d'anonymisation des informations, un service de sécurité, une boîte aux lettres électronique personnelle pour chaque prestataire de soins, etc. (projet de loi portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001).

¹⁷ Comme les prestataires de soins, les établissements de soins, les mutualités, le SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement, l'INAMI, les services publics des communautés et des régions, les patients...

¹⁸ Projet de loi portant des dispositions diverses, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001, pp. 284 et s.

JURISPRUDENCE

des données sociales¹⁹ auprès des institutions de sécurité sociale, de les enregistrer, de les agréger et de les communiquer aux personnes qui en ont besoin pour la réalisation de recherches pouvant être utiles à la connaissance, à la conception et à la gestion de la sécurité sociale²⁰. La seule protection qui existe à ce sujet résulte du fait que la plate-forme eHealth ne peut pas acquérir de nouvelles données à caractère personnel relatives à la santé, pas plus que procéder à leur enregistrement. Par voie de conséquence, elle ne pourrait pas répondre à une demande de communication de données sociales qui émanerait de la banque-carrefour de la sécurité sociale.

De la même façon se pose la question du lien entre la plate-forme eHealth et la Structure multipartite²¹, la Cellule technique²², le Centre fédéral d'expertise des soins de

santé²³, l'Agence inter-mutualiste²⁴, la Fonda-

²³ Loi-programme (I) du 24 décembre 2002, articles 259 à 300. Il s'agit d'un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique dont l'objectif est de collecter et fournir des éléments objectifs issus du traitement de données enregistrées et de données validées, d'analyses d'économie de la santé et de toutes autres sources d'informations, pour soutenir de manière qualitative la réalisation des meilleurs soins de santé et pour permettre une allocation et une utilisation aussi efficaces et transparentes que possible des moyens disponibles de l'assurance soins de santé par les organes compétents et ce, compte tenu de l'accessibilité des soins pour le patient et des objectifs de la santé publique et de l'assurance soins de santé. Parmi ses tâches, il doit procéder à l'analyse des données relatives aux hôpitaux, c'est-à-dire la combinaison des informations du Résumé Clinique Minimum et des informations relatives à la facturation aux organismes assureurs, respectivement transmises par le SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement et par l'INAMI, à la Cellule technique. Le SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement, le SPF Sécurité sociale et l'INAMI doivent fournir au centre d'expertise toutes les informations et mettre à sa disposition toutes les données dont il a besoin dans l'exercice des missions.

²⁴ Article 278 de la loi-programme (I) du 24 décembre 2002. C'est une association d'unions nationales de mutualités qui a pour but « (...) d'analyser dans le cadre des missions des organismes assureurs les données qu'ils collectent et de fournir les informations à ce propos ». L'Agence peut être autorisée à constituer un échantillon représentatif de 1/40^e des assurés sociaux affiliés ou inscrits auprès des organismes assureurs, complété par 1/40^e des assurés de 65 ans et plus, ainsi qu'un fichier de référence indiquant quels assurés font partie du ménage pour lequel le maximum à facturer est appliqué par les organismes assureurs. Cet échantillon comporte toutes les données sociales à caractère personnel concernant l'assuré et qui sont à la disposition des organismes assureurs. Toutefois, l'échantillon ne peut pas contenir de donnée sur le nom de l'assuré, sa date de naissance ou son adresse, et le numéro d'inscription au registre national ou le numéro d'identification de la sécurité sociale de l'assuré ne sont disponibles dans l'échantillon que par voie doublement cryptée. Le Centre fédéral d'expertise des soins de santé, l'INAMI, le SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement, le SPF Sécurité sociale, et le bureau fédéral du Plan, ont un accès permanent à cet échantillon via une connexion sécurisée.

¹⁹ Les données sociales sont toutes données nécessaires à l'application de la sécurité sociale (article 2, 4^e de la loi du 15 janvier 1990).

²⁰ Voy. les articles 3, 3bis et 5 de la loi du 15 janvier 1990.

²¹ Voy. le chapitre XII de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales. La structure multipartite a été instituée en 1996 auprès du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement et de l'INAMI, en matière de politique hospitalière. Parmi ses missions, elle prodigue des conseils au profit des ministres qui ont la Santé publique et les Affaires sociales dans leurs attributions sur des sujets qui touchent à l'activité hospitalière. Elle assure aussi un rôle d'évaluation et d'information en ce qui concerne la pratique médicale dans les hôpitaux, pour autant que celle-ci génère des dépenses.

²² Article 155 de la loi du 29 avril 1996 portant des dispositions sociales. La Cellule technique a été créée en 1996 au sein du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement et de l'INAMI. Sa tâche consiste à collecter, relier, valider et anonymiser les données relatives aux hôpitaux, et de les rendre disponibles.

tion du Registre du Cancer²⁵ et Pharmanet²⁶.

²⁵ Article 45quinquies de l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions de soins de santé, inséré par l'article 39 de la loi du 13 décembre 2006. Cette fondation a été créée par l'État avec les organismes assureurs pour réaliser des études en matière de cancers. À cette fin, elle collecte et enregistre notamment le NISS du patient, les données cliniques collectées dans le cadre de la participation obligatoire à l'enregistrement du cancer, les données des laboratoires d'anatomie pathologique et de biologie clinique/hématologie, les données de survie, et de localisation géographique. Les organismes assureurs complètent les données par la date de décès, un géocode ou code géographique, et d'autres données, dont des indicateurs socio-économiques, des données de traitement et des prestations de l'assurance maladie-invalidité. La fondation convertit les informations cliniques au moyen des formulaires standardisés, rapproche les données sur la base du NISS du patient, analyse les données non codées, le code NISS du patient, contrôle la qualité des données collectées, recueille des données personnelles auprès de patients atteints de cancer lorsqu'elles sont destinées à être couplées avec celles de la fondation, transmet la copie codée des données en matière d'enregistrement du cancer au Centre fédéral d'expertise des soins de santé, à l'INAMI, à l'Agence inter-mutualiste, à l'Institut scientifique de Santé Publique, et à d'autres instances à des fins de recherche. Elle met aussi à disposition des rapports et résultats comportant des données agrégées, destinés au ministre qui a la Santé publique dans ses attributions, au ministre qui a les Affaires sociales dans ses attributions, aux Communautés et au Collège d'oncologie.

²⁶ Sur ce point, voy. l'article 165 de la loi du 14 juillet 1994. Les offices de tarification sont tenus de fournir aux organismes assureurs des données concernant les fournitures pour lesquelles ils effectuent des opérations de tarification. Ces données sont transmises aux organismes assureurs par les offices de tarification au moyen d'un fichier intégré. Les organismes assureurs transmettent les données en question, les données qui sont obtenues après tarification des documents «paiement au comptant» et les données des autres fournitures pour lesquelles ils effectuent des opérations de tarification dans le cadre des réglementations spécifiques, à l'INAMI après qu'elles aient été codées quant à l'identité du bénéficiaire d'une manière qui ne permette pas sa ré-identification par l'INAMI. La communication de ces données vise à permettre le remboursement des médicaments prescrits de lait maternel, d'aliments diététiques à des fins médicales, d'alimentation parentérale et de dispositifs médicaux

Enfin, la question de la nécessité de la plate-forme eHealth doit aussi être résolue. En effet, plusieurs réseaux organisant l'échange sécurisé de données médicales existaient déjà tant en Communauté flamande qu'en Communauté française et rien n'indiquait qu'une intervention au niveau fédéral était nécessaire²⁷. De plus, la loi du 21 août 2008 n'offre pas de mesurer l'apport de la plate-forme eHealth à cet échange sécurisé de données médicales. Or, en règle, il faut pouvoir prouver aussi *a posteriori* la réalité de la nécessité de ce type de système d'information notamment par la mise en place d'un système d'évaluation à intervalles réguliers pour mesurer la plus-value au regard de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée des citoyens. Cette mesure s'impose d'autant plus que la plate-forme eHealth va permettre de réaliser des traitements de données qui présentent assurément des risques particuliers pour les droits et libertés des personnes concernées. La Cour constitutionnelle n'a pas non plus fait de lien entre les mesures de sécurité à mettre **réellement** en œuvre pour le répertoire des références et les «log-ins», d'une part, et, d'autre part, la légitimité des traitements de

à l'exception de ceux visés à l'article 34, 4° de la loi du 14 juillet 1994, ainsi que, d'une part, à organiser la surveillance des fournitures prescrites et facturées, et, d'autre part, à fournir à l'autorité compétente des informations relatives à la politique à suivre, notamment afin de permettre l'évaluation de la pratique médicale en matière de médicaments. Des données relatives aux médicaments autorisés non remboursables prescrits et délivrés dans une officine ouverte au public doivent aussi être collectées et transmises aux offices de tarification. Ces données sont transmises par les offices de tarification aux organismes assureurs et à l'INAMI. La communication de ces données vise à permettre d'avoir accès aux coûts supportés par des bénéficiaires pour les médicaments autorisés non remboursables qui sont prescrits et délivrés et en particulier pour des bénéficiaires atteints d'une maladie chronique, en vue de prendre en considération les coûts de certains de ces médicaments dans le maximum à facturer.

²⁷ Voy. *infra* le projet «hub et metahub».

données à intervenir. Elle ne dit rien non plus sur l'ampleur de l'information aux personnes concernées. La plate-forme eHealth va-t-elle se contenter d'une information minimaliste ou prendre l'option d'une information complète consolidant la légitimité des traitements de données à intervenir? Il faut aussi rappeler que plus les données traitées sont sensibles, plus les finalités doivent être précises et plus leur légitimité doit être strictement appréciée.

4. Par ailleurs, il est difficile de comprendre comment la plate-forme eHealth, en qualité d'organisme intermédiaire, va réaliser sa mission de recueillir, agréger, coder ou anonymiser et mettre à disposition des données utiles à la connaissance, à la conception, à la gestion et à la prestation de soins de santé, à la demande d'une Chambre législative, d'une institution de sécurité sociale, de la Fondation du Registre du Cancer, de l'Agence inter-mutualiste, du Centre fédéral d'expertise des soins de santé, d'un SPF ou d'une institution publique dotée de la personne juridique qui relève des autorités fédérales (comme la banque-carrefour de la sécurité sociale)²⁸, puisque la Cour constitutionnelle a affirmé que la plate-forme eHealth ne pouvait pas acquérir de nouvelles données relatives à la santé, ni procéder à l'enregistrement de données médicales existantes. Or, il n'est pas possible d'agréger des données sans les enregistrer... Il faut aussi noter que dans ce cas, la plate-forme eHealth n'agirait plus en tant que sous-traitant, mais bien en tant que responsable de traitement.

Quoi qu'il en soit, cette mission fait inévitablement penser à la mission de la banque-carrefour de la sécurité sociale de recueillir des données sociales auprès des institutions de sécurité sociale, de les enregistrer, de les agréger et de les communiquer aux personnes qui en ont besoin pour la réalisa-

tion de recherches pouvant être utiles à la connaissance, à la conception et à la gestion de la sécurité sociale, et d'utiliser ces données sociales pour déterminer des groupes cibles de recherches à réaliser sur la base d'une interrogation des personnes de l'échantillon²⁹.

Une différence entre ces deux missions réside dans le fait que la plate-forme eHealth ne peut conserver les données à caractère personnel traitées dans le cadre de cette mission que pour la durée nécessaire à leur codification ou anonymisation. Elle peut cependant conserver le lien entre le numéro d'identification réel d'une personne concernée et le numéro d'identification codé qui lui a été attribué, si le destinataire des données à caractère personnel codées en fait la demande d'une façon motivée, moyennant une autorisation de la section santé du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé. L'expérience nous dira si les protagonistes du secteur éprouveront des scrupules à demander le maintien de ce lien... La seule protection existant à cet égard résidera dans la nécessité de justifier strictement la nécessité de conserver ce lien entre le numéro d'identification réel d'une personne concernée et le numéro d'identification codé qui lui a été attribué, et ce, autrement que par

²⁹ Voy. le chapitre II de la loi du 15 janvier 1990. Il convient de rappeler qu'une autorisation de principe de la section sécurité sociale du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé n'est pas requise pour la communication des données codées par la banque-carrefour de la sécurité sociale dans le cadre de sa mission de recueillir des données sociales auprès des institutions de sécurité sociale, de les enregistrer, de les agréger et de les communiquer aux personnes qui en ont besoin pour la réalisation de recherches pouvant être utiles à la connaissance, à la conception et à la gestion de la sécurité sociale, lorsque cette communication est destinées aux ministres qui ont la Sécurité sociale dans leurs attributions, aux Chambres législatives, aux institutions publiques de sécurité sociale, au Conseil national du travail, au Conseil supérieur des indépendants et des petites et moyennes entreprises ou au bureau du Plan (article 15 de la loi du 15 janvier 1990).

²⁸ Article 5, 8° de la loi du 21 août 2008.

une simple motivation formelle mais bien par des éléments mesurables objectivement.

Mais, de nouveau, la possibilité de conserver le lien entre le numéro d'identification réel d'une personne concernée et le numéro d'identification codé qui lui a été attribué, est en contradiction avec l'affirmation de la Cour constitutionnelle selon laquelle la plate-forme eHealth ne peut pas acquérir de nouvelles données relatives à la santé, ni procéder à leur enregistrement.

5. En tout état de cause, s'il est acquis que la plate-forme eHealth a pour seule vocation d'organiser l'échange sécurisé de données existantes et qu'elle ne peut pas acquérir de nouvelles données à caractère personnel relatives à la santé, ni procéder à l'enregistrement de données médicales existantes, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de la plate-forme requiert certains traitements de données, ce que la Commission de la protection de la vie privée a confirmé dans son avis. Il s'agit du répertoire des références et des «log-ins».

Le répertoire des références comprend, pour chaque patient qui y consentirait, les informations qui permettent de savoir «chez quels acteurs des soins de santé quels types de données à caractère personnel les concernant sont conservées», sans que ces données ne soient enregistrées par ou sur la plate-forme eHealth. Concrètement, la plate-forme sert à transmettre, via un réseau de télécommunications, une requête de consultation émanant d'un acteur des soins de santé vers un autre et qui porte sur un document référencé dans le répertoire mais qui se trouve physiquement sur le serveur de celui qui en est l'auteur, et d'en assurer la transmission de son auteur vers le requérant. Pour ce faire, le répertoire des références contient la liste des patients et celle des acteurs des soins de santé qui participeront à ce système, ainsi qu'une information sur

le type de données disponibles via le système. Pour le dire autrement, ce répertoire contiendrait en quelque sorte les métadonnées nécessaires pour permettre l'échange d'informations de base (ou de contenu) entre les acteurs des soins de santé, pour reprendre la judicieuse distinction opérée par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt du 7 mai 2009³⁰.

Le «log-in» est le fichier qui contient les éléments d'information qui indiquent quel praticien aurait demandé la consultation de tel document concernant un patient également identifié, sans toutefois que l'on connaisse, sans autre manipulation, les données concernées par la requête de consultation. Il ressort des travaux parlementaires que le patient a le droit de consulter ces «log-ins»³¹, ce qui se déduit aussi de l'arrêt précité de la Cour de justice de l'Union européenne.

B. L'AUTORISATION DE CRÉER UNE ASSOCIATION SANS BUT LUCRATIF

6. La loi du 21 août 2008 autorise l'État et l'INAMI à créer avec les organismes assureurs et les associations de prestataires de soins et d'institutions de soins, une association sans but lucratif dans le but d'appuyer la promotion de la qualité de la pratique médicale et des instances chargées de cette mission par l'organisation de l'échange de données cliniques³².

L'exposé des motifs explique à cet égard qu'il est nécessaire de disposer d'informations afin de pouvoir procéder à une évaluation de certaines activités médicales et qu'il est

³⁰ C.J.U.E., arrêt du 7 mai 2009, C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M. E.E. Rijkeboer*.

³¹ Projet de loi portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001.

³² Article 37 de la loi du 21 août 2008.

plus particulièrement souhaitable de dresser l'inventaire des effets de certaines nouvelles évolutions technologiques³³ ou d'élaborer des registres médicaux³⁴. La collecte de données médicales est également prévue dans le cadre des programmes de soins au sein des établissements hospitaliers et des trajets de soins pour les maladies chroniques prévus dans les accords médico-mutualistes. Ces informations pourront être partagées entre diverses parties, notamment les pouvoirs publics, les organismes assureurs et les associations de dispensateurs de soins. L'association décidera du contenu des flux de données à organiser, définira les droits d'accès des différentes parties et se prononcera sur la mise à disposition de données anonymes ou codées, dans le cadre du support stratégique ou de la recherche scientifique, tout en observant les dispositions en matière de la protection de la vie privée et sous la surveillance du comité sectoriel compétent, étant entendu qu'une large participation des représentants des différents domaines cliniques serait garantie. L'association remplira une fonction de « régisseur » et désignera en fonction de la matière en question, un de ses membres ou la plate-forme eHealth pour le développement et la mise en œuvre opérationnels des flux de données concernés. De nouvelles configurations ne seraient développées que là où cela s'avérerait nécessaire, les configurations existantes étant utilisées de manière optimale (comme par exemple Carenet). Le Gouvernement fédéral a insisté sur le fait que l'association n'avait pas pour mission d'analyser les données ou de se prononcer sur la qualité des soins. Dès lors, elle ne porterait pas atteinte aux compétences des organes existants mais comblerait un vide afin d'organiser des flux de données spécifiques dans le

secteur des soins de santé, de manière transparente, sécurisée et non commerciale³⁵.

7. La Cour constitutionnelle n'a rien trouvé à redire à la création de cette association alors que le Conseil d'État avait pourtant souligné le fait que ce montage soustrayait des missions de l'autorité publique au contrôle parlementaire direct et qu'elle compliquait l'organisation d'un contrôle adéquat de l'association par l'autorité publique, rappelant que c'est pour ce motif que les compétences confiées à une association sans but lucratif ne pouvaient pas concerner des missions essentielles de l'autorité publique et que celle-ci ne pouvait pas se départir de ces mêmes compétences sans restrictions ni d'une manière générale notamment dans la mesure où ces compétences impliquent des choix politiques. Ce point est d'autant plus important que le Conseil d'État avait souligné le fait que l'association en question interviendrait dans le traitement de données médicales collectées suivant les prescriptions obligatoires de l'autorité publique et que le respect des règles relatives à la protection des données ne pouvait pas être garanti dans la même mesure lorsqu'il s'agissait d'une association sans but lucratif créée notamment par des organismes et institutions privées par rapport à ce qui aurait pu être requis d'un organisme public³⁶.

Par ailleurs, l'examen des missions susceptibles d'être confiées à cette association mène de nouveau à songer à la Structure multipartite, à la Cellule technique, au Centre fédéral d'expertise des soins de santé, à l'Agence inter-mutualiste, à la Fondation du Registre du Cancer, ainsi

³³ Comme les implants ou les médicaments onéreux.

³⁴ Comme par exemple en matière de prothèses orthopédiques.

³⁵ Projet de loi portant des dispositions diverses, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001.

³⁶ Projet de loi portant des dispositions diverses, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001.

qu'à Pharmanet, et *in fine* à s'interroger sur sa place dans cette constellation.

C. LE CONSENTEMENT DES PATIENTS CONCERNÉS

8. La loi du 21 août 2008 prévoit que l'accord³⁷ des patients est requis pour que le répertoire des références puisse indiquer auprès de quels acteurs des soins de santé sont conservés quels types de données pour quels patients, étant entendu que l'implémentation du répertoire des références ne peut être réalisée qu'après avis de la section santé du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé³⁸.

Les requérants reprochaient à la loi de ne pas requérir le consentement du patient pour les autres missions de la plate-forme eHealth ni pour chaque étape du traitement des données médicales qu'ils concernent.

La Cour constitutionnelle a reconnu que l'accord des patients n'était pas expressément requis pour les autres missions de la plate-forme eHealth mais elle a de suite ajouté que «les banques de données médicales dans lesquelles les données à caractère personnel relatives à la santé sont conservées et pour lesquelles la loi du 21 août 2008 prévoit seulement un système d'échange sécurisé restent intégralement soumises à la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel».

Ce faisant, la Cour a rappelé aux responsables de traitements qu'ils n'étaient pas dispensés de trouver une base de légitimité satisfaisante pour les traitements de données qui interviendraient par le biais de la plate-forme eHealth,

ni de se conformer aux autres obligations tirées de la loi du 8 décembre 1992.

9. Les responsables de la plate-forme eHealth songent maintenant à contourner l'exigence d'obtenir le consentement par écrit du patient dans le cadre de son projet «hub & metahub». Le «metahub» serait une sorte d'organisation faitière qui chapeauterait les différents réseaux d'échange de données existants (les «hubs») afin de permettre l'échange de données entre ces réseaux. La plate-forme eHealth remplirait la fonction de «metahub»³⁹. Elle gèrerait les références sur les «hubs» où seraient disponibles des références relatives aux divers patients. Une consultation du «metahub» de la plateforme eHealth permettrait au prestataire de soins ou à l'établissement de soins de savoir auprès de quel groupement concret de prestataires de soins et d'établissements de soins (ou «hub»), il peut obtenir des informations relatives à un patient. Par le biais des «hubs» concernés (fédérés ou mis en relation?), il pourrait ensuite demander ces informations auprès des prestataires de soins et établissements de soins qui disposent de ces données. Le groupe de travail constitué pour mettre en œuvre ce projet a examiné la possibilité de mettre en place un système d'*opt-out* des patients pour la constitution de ce répertoire de références en se prévalant de l'hypothèse de légitimation lorsque le traitement est nécessaire à la défense des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement ou lorsque le traitement est nécessaire aux fins de médecine préventive, des diagnostics médicaux, de l'administration de soins ou de traitements soit à la personne concernée, soit à un parent, ou de la gestion de services de santé agissant dans l'intérêt de

³⁷ Il convient en réalité de parler de consentement donné par écrit, conformément à la loi du 8 décembre 1992.

³⁸ Article 5, 4^o, de la loi du 21 août 2008.

³⁹ Il est malaisé de faire la différence entre la plate-forme eHealth et ce «metahub» qui lui ressemble.

JURISPRUDENCE

la personne concernée et les données sont traitées sous la surveillance d'un professionnel des soins de santé⁴⁰.

Il paraît évident que ce projet ne peut pas se baser sur la défense des intérêts vitaux ou sur la finalité thérapeutique pour légitimer les traitements de données médicales qui interviendraient dans le cadre du répertoire des références. Dans ce dernier cas, il faut rappeler que, en application de la loi du 8 décembre 1992, le traitement de données à caractère personnel relatives à la santé doit être fait sous la surveillance d'un professionnel des soins de santé qui ne peut être que le praticien professionnel en charge du patient concerné par le traitement des données à caractère personnel relatives à sa santé⁴¹. Il ne reste dès lors que le consentement par écrit de la personne concernée⁴² dans un système d'*opt-in* pour légitimer les traitements de données médicales dans ce nouveau répertoire des références, et ce, malgré les efforts regrettables de la plateforme eHealth pour y échapper.

D. L'UTILISATION DU REGISTRE NATIONAL

10. L'utilisation du numéro d'identification des personnes physiques dans le registre national en lieu et place de numéros d'identification spécifiques figurait en bonne place parmi les controverses les plus vives en matière de déploiement des technologies de l'information et de la communication dans le secteur des soins de santé. Il suffit de rappeler de nouveau

l'existence de la Structure multipartite, de la Cellule technique, du Centre fédéral d'expertise des soins de santé, de l'Agence inter-mutualiste, de la Fondation du Registre du Cancer, de Pharmanet et de la nouvelle association visée par la loi du 21 août 2008, sans compter les résumés cliniques hospitaliers et autres, pour deviner les innombrables couplages susceptibles de menacer le droit au respect de la vie privée de tous les citoyens.

La directive 95/46/CE impose d'ailleurs que «Les États membres déterminent les conditions dans lesquelles un numéro national d'identification ou tout autre identifiant de portée générale peut faire l'objet d'un traitement»⁴³.

La Cour constitutionnelle a clôturé ce long débat en considérant brièvement que «compte tenu des garanties prévues par la loi du 21 août 2008 quant à la confidentialité des données à caractère personnel relatives à la santé au cours de leur traitement par la plateforme eHealth, le choix de recourir au numéro du registre national comme clé d'identification est raisonnablement justifié», sans que ces garanties ne soient autrement explicitées et sans qu'elle ne semble avoir mené la moindre investigation pour forger sa propre opinion⁴⁴.

⁴⁰ Voy. la note du 14 septembre 2010 du Groupe de travail G19 relative au consentement éclairé «*hub & metahub*».

⁴¹ J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POUULLET, «Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique: les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé», *Rev. dr. santé*, 2002-2003/2, pp. 56-84.

⁴² Consentement qui peut être retiré à tout moment sans justification par la personne concernée.

⁴³ Article 8.7 de la directive 95/46/CE 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.

⁴⁴ En effet, la Cour constitutionnelle donne l'impression d'avoir pris «pour argent comptant» les affirmations du Gouvernement fédéral comme quoi il existerait un consensus en Europe pour utiliser un numéro unique pour identifier le patient et qu'un numéro dérivé propre au secteur de la santé n'apporterait que peu de valeur ajoutée. Voy. aussi l'avis n° 18/2010 du 9 juin 2010 de la Commission de la protection de la vie privée sur l'insertion d'un nouvel article 8bis dans la loi du 21 août 2008 pour conférer aux professionnels des soins de santé le droit de conserver dans le dossier de leur patient le numéro d'identification du registre national et celui de la banque-carrefour de la sécurité sociale (le Registre bis) et de les utiliser lors

E. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE LES COMMUNAUTÉS ET L'ÉTAT FÉDÉRAL

11. La Cour constitutionnelle a répété que la réglementation de l'exercice de l'art de guérir et des professions paramédicales ne relevait pas des matières concernant la politique de santé qui avaient été transférées aux communautés en tant que matières personnalisables (ce qui expliquait déjà la compétence du législateur fédéral à régler la question du dossier médical général du patient) et que, dans la mesure où la loi du 21 août 2008 tendait à faire en sorte que la communication d'informations entre praticiens s'effectue désormais par voie électronique, cela ne portait pas atteinte au droit des communautés d'exercer leurs compétences en matière de politique de santé ou de développer une vision ou une stratégie en ce qui concerne le contenu de la politique des soins de santé.

Eu égard à l'existence et à la mise en œuvre du décret flamand du 3 mars 2004 relatif aux soins de santé primaires et à la coopération entre les prestataires de soins et de celui du 16 juin 2006 relatif au système d'information Santé, ainsi qu'eu égard à l'existence des réseaux d'échange sécurisé de données médicales créés par des organismes privés comme le Réseau Santé Wallon, il ne semble pas excessif de penser qu'un accord de coopération entre l'État fédéral et les entités fédérées aurait été ou serait le bienvenu. Le Conseil d'État avait indiqué à cet égard que la loi du 21 août 2008 devait s'en tenir aux seuls aspects de la politique de la santé qui relevaient de la compétence fédérale et que si le Gouvernement fédéral entendait aller plus loin, il s'imposait de conclure un accord de coopération avec les

communautés⁴⁵. Le projet «*hubs & metahub*» paraît confirmer la nécessité d'un pareil accord de coopération.

F. LE CONTRÔLE DE LA PLATE-FORME EHEALTH

12. La loi du 21 août 2008 prévoit expressément que toute communication de données à caractère personnel par ou à la plate-forme eHealth requiert une autorisation de principe de la section santé du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé, sauf dans les cas suivants⁴⁶:

- 1° lorsque, conformément à une disposition légale ou réglementaire, la section sécurité sociale du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé ou un autre comité sectoriel institué au sein de la Commission de la protection de la vie privée est compétent pour accorder une autorisation pour la communication;
- 2° lorsque la communication est autorisée ou est exemptée d'une autorisation de principe conformément à une disposition légale ou réglementaire;
- 3° lorsque le Roi a exempté la communication d'une autorisation de principe, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de la Commission de la protection de la vie privée.

Une autorisation de principe du comité sectoriel n'est pas non plus requise pour la communication de données à caractère personnel codées effectué par la plate-forme eHealth en vue de la réalisation d'études statistiques ou scientifiques à l'appui de la politique de santé, à l'attention des ministres et SPF qui ont la Santé publique ou la Sécurité sociale dans

des échanges de données médicales entre professionnels des soins de santé ainsi qu'avec d'autres instances.

⁴⁵ Projet de loi portant des dispositions diverses, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, 2^e session 2007-2008, n° 52-1200/001.

⁴⁶ Article 11 de la loi du 21 août 2008.

leurs attributions, des Chambres législatives, des institutions publiques de sécurité sociale, de l'INAMI, du Centre fédéral d'expertise des soins de santé et des organismes assureurs dans le cadre de leurs missions légales⁴⁷.

13. Mais la question de la conformité de cet organe de contrôle se pose depuis l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 9 mars 2010⁴⁸. En effet, la directive 95/46/CE prévoit que les autorités de contrôle nationales exercent « en toute indépendance les missions dont elles sont investies »⁴⁹. La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé à cet égard que, s'agissant d'un organe public, l'indépendance désignait un statut qui lui assurait de pouvoir agir en toute liberté, à l'abri de toute instruction et de toute pression. Elle a ajouté que l'exigence d'indépendance ne concernait pas exclusivement la relation entre les autorités de contrôle et les organismes soumis à leur contrôle, mais qu'au contraire, la notion d'« indépendance » impliquait un pouvoir décisionnel soustrait à toute influence extérieure à l'autorité de contrôle, qu'elle soit directe ou indirecte⁵⁰.

Elle a aussi souligné que les autorités de contrôle étaient les gardiennes des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel qui les concernent, et qu'à ce titre, elles constituaient un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel⁵¹.

Elle a insisté sur le fait que la garantie d'indépendance des autorités nationales de contrôle visait à assurer l'efficacité et la fiabilité du

contrôle du respect des dispositions en matière de protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et qu'elle devait être interprétée à la lumière de cet objectif, cette garantie ayant été établie non afin de conférer un statut particulier à ces autorités elles-mêmes ainsi qu'à leurs agents, mais en vue de renforcer la protection des personnes et des organismes concernés par leurs décisions. Elle en a déduit que, lors de l'exercice de leurs missions, les autorités de contrôle devaient agir de manière objective et impartiale. À cet effet, elles doivent être à l'abri de toute influence extérieure, y compris celle, directe ou indirecte, en l'espèce, de l'État ou des Länder, et pas seulement de l'influence des organismes contrôlés⁵².

La Cour de justice a conclu son raisonnement en exposant que l'exigence d'indépendance dans le chef des autorités de contrôle nationales devait être interprétée en ce sens que les autorités de contrôle compétentes pour la surveillance du traitement des données à caractère personnel dans le secteur non public devaient jouir d'une indépendance qui leur permette d'exercer leurs missions sans influence extérieure, et que cette indépendance excluait non seulement toute influence exercée par les organismes contrôlés, mais aussi toute injonction et toute autre influence extérieure, que cette dernière soit directe ou indirecte, qui pourraient remettre en cause l'accomplissement, par ces autorités, de leur tâche consistant à établir un juste équilibre entre la protection du droit à la vie privée et la libre circulation des données à caractère personnel.

14. En l'espèce, il conviendrait de débattre au minimum des éléments suivants.

⁴⁷ Article 11 de la loi du 21 août 2008.

⁴⁸ C.J.U.E., arrêt du 9 mars 2010, aff. C-518/07, *Commission européenne c. République fédérale d'Allemagne*, considérant 18.

⁴⁹ Article 28.1, alinéa 2, de la directive 95/46/CE.

⁵⁰ Considérant 19 de l'arrêt du 9 mars 2010.

⁵¹ Considérants 22 et 23 de l'arrêt du 9 mars 2010.

⁵² Considérant 25 de l'arrêt du 9 mars 2010.

D'abord, si le comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé⁵³ est bien institué au sein de la Commission de la protection de la vie privée, ses deux sections (sécurité sociale et santé)⁵⁴ sont établies et tiennent leurs réunions au siège de la banque-carrefour de la sécurité sociale⁵⁵.

Ensuite, la banque-carrefour de la sécurité sociale est chargée de rédiger l'avis technique et juridique relatif à toute demande concernant la communication de données sociales à caractère personnel dont elle a reçu une copie de la part de la section sécurité sociale du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé ou de la part de la Commission de la protection de la vie privée⁵⁶, tandis que la plate-forme eHealth est chargée de rédiger l'avis technique et juridique relatif à toute demande concernant la communication de données à caractère personnel relatives à la santé au sens de la loi précitée du 8 décembre 1992, dont elle a reçu une copie de la part de la section santé du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé ou de la part de la Commission de la protection de la vie privée. Le président du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé ou la plate-forme eHealth peuvent décider de faire appel, pour la rédaction

de l'avis technique et juridique, au soutien du SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement, de l'INAMI, du Centre fédéral d'expertise des soins de santé ou de la Fondation du Registre du Cancer⁵⁷.

De plus, les frais de fonctionnement des deux sections du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé sont pris en charge par la banque-carrefour de la sécurité sociale, sauf les indemnités et remboursements de frais alloués à ses membres, qui sont pris en charge par la Commission de la protection de la vie privée et des frais de rédaction des avis techniques et juridiques du Centre fédéral d'expertise des soins de santé ou de la Fondation du Registre du Cancer⁵⁸.

Enfin, l'administrateur général ou l'administrateur général adjoint de la banque-carrefour, ainsi que, le cas échéant, sur invitation du comité, le président du comité général de coordination, assistent, avec voix consultative, aux séances du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé⁵⁹, de même que le fonctionnaire dirigeant de la plate-forme eHealth assiste aux réunions de la section santé du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé avec voix consultative⁶⁰.

15. En effet, l'hébergement du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé par un organisme soumis au contrôle de la Commission de la protection de la vie privée, la rédaction des avis technique et juridique relatif à toute demande concernant la communication de données à caractère personnel par des organismes soumis au contrôle de la même Commission, la prise en charge des frais de fonctionnement des deux sections du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé par

⁵³ Il a pris la place du comité sectoriel des données de santé créé au sein de la Commission de la protection de la vie privée créé par les articles 41 et 42 de la loi du 13 décembre 2006 portant des dispositions diverses en matière de santé, en vertu de la loi du 1^{er} mars 2007 portant des dispositions diverses. Le comité d'origine comprenait trois membres de la même Commission, trois membres externes dont deux médecins, ainsi qu'un observateur désigné par le Parlement de la Communauté française et un autre par le Parlement flamand pour assister aux travaux du comité. Le président de la Commission de la protection de la vie privée présidait le comité et le SPF Santé publique, Sécurité de la chaîne alimentaire et Environnement et l'INAMI en étaient les institutions de gestion.

⁵⁴ Article 37, § 1^{er}, de la loi du 15 janvier 1990.

⁵⁵ Article 41 de la loi du 15 janvier 1990.

⁵⁶ Article 42, § 1^{er}, de la loi du 15 janvier 1990.

⁵⁷ Article 42, § 2, de la loi du 15 janvier 1990.

⁵⁸ Article 43 de la loi du 15 janvier 1990.

⁵⁹ Article 45, alinéa 2, de la loi du 15 janvier 1990.

⁶⁰ Article 45, alinéa 3, de la loi du 15 janvier 1990.

JURISPRUDENCE

la banque-carrefour de la sécurité sociale, ainsi que la présence aux séances du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé, fut-ce à titre consultatif, de membres dirigeants d'organismes soumis au contrôle de la Commission de la protection de la vie privée, ne sont-ils pas autant d'éléments qui portent gravement atteinte à l'indépendance de cette même Commission, d'autant que le fonctionnaire qui dirige la banque-carrefour de la sécurité sociale est lui-même membre de la Commission de la protection de la vie privée? L'argument selon lequel le comité et la Commission se composent d'autres membres paraît quand même bien faible face à ces défauts.

Il ne paraît donc pas excessif de demander l'ouverture d'un débat sur la composition et le fonctionnement de la Commission de la protection de la vie privée et de ses comités sectoriels et plus particulièrement du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé.

Il serait opportun d'en profiter pour résoudre la question du recours contre les décisions de la Commission de la protection de la vie privée (et de ses comités sectoriels) puisque la directive 95/46/CE prévoit que «les décisions de l'autorité de contrôle faisant grief peuvent faire l'objet d'un recours juridictionnel»⁶¹. Or, depuis le rattachement de la Commission de la protection de la vie privée au pouvoir législatif fédéral, il ne semble plus possible d'attaquer ses décisions devant le Conseil d'État ou devant une autre juridiction.

CONCLUSIONS

Au terme de ces quelques développements, il est difficile d'être pleinement satisfait par l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le

18 mars 2010 dans une matière particulièrement sensible. Il n'est pas du tout acquis que, si elle avait mis en œuvre les règles habituelles en matière de justification des ingérences dans l'exercice du droit au respect de la vie privée et de protection des personnes à l'égard des traitements de données à caractère personnel, elle aurait pu aboutir aux mêmes conclusions. Ceci étant, il faut quand même souligner le fait que la plate-forme ne peut pas acquérir de nouvelles données relatives à la santé ni enregistrer des données médicales existantes.

Par ailleurs, il ne paraît plus possible d'échapper à la remise en cause de la composition et du fonctionnement de la Commission de la protection de la vie privée et de ses comités sectoriels et plus particulièrement du comité sectoriel de la sécurité sociale et de la santé. Ce serait aussi l'occasion de résoudre la question du recours contre leurs décisions.

Enfin, la plate-forme eHealth suscite d'autres questions difficiles, comme la compatibilité de cette initiative publique avec les règles du droit de la concurrence au-delà de ce qui a été partiellement abordé par la Cour constitutionnelle, les limites de l'intervention de l'État dans l'organisation du système de la santé publique, le nécessaire équilibre à respecter entre la santé publique et la sécurité sociale, sans parler de la répartition des compétences au sein de l'État belge en matière de technologies de l'information et de la communication dans le secteur des soins de santé.

Il faudra quand même bien débattre un jour de tous ces points qui s'accumulent comme autant de non-dits, et ce, sans fausse pudeur...

Jean Herveg⁶²

⁶¹ Article 28.3, alinéa 2, de la directive 95/46/CE.

⁶² Centre de recherches Informatique et Droit. Faculté de droit de Namur. Avocat au barreau de Bruxelles.