



HAL
open science

Secret médical et droit de la preuve

Léa Jalliffier-Verne

► **To cite this version:**

| Léa Jalliffier-Verne. Secret médical et droit de la preuve. Droit. 2013. dumas-00868937

HAL Id: dumas-00868937

<https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-00868937>

Submitted on 2 Oct 2013

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

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

UNIVERSITE PIERRE MENDES FRANCE

SECRET MEDICAL ET DROIT DE LA PREUVE

Mémoire de dernière année de master de droit

présenté par

Léa JALLIFFIER-VERNE

Sous la direction de

Monsieur Etienne Vergès

Soutenu le 09 septembre 2013

TABLE DES ABREVIATIONS

<i>Al.</i>	<i>Alinéa</i>
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>CAA</i>	<i>Cour administrative d'appel</i>
<i>Cass. crim.</i>	<i>Chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
<i>Cass. soc.</i>	<i>Chambre sociale de la Cour de cassation</i>
<i>CE</i>	<i>Conseil d'Etat</i>
<i>CEDH</i>	<i>Cour Européenne des Droits de l'Homme</i>
<i>Circ. CRIM</i>	<i>Circulaire criminelle</i>
<i>Civ.</i>	<i>Civile de la Cour de cassation</i>
<i>CNAMTS</i>	<i>Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés</i>
<i>CPC</i>	<i>Code de procédure civile</i>
<i>CPP</i>	<i>Code de procédure pénale</i>
<i>CSP</i>	<i>Code de la santé publique</i>
<i>D.</i>	<i>Dalloz (Recueil)</i>
<i>DDHC</i>	<i>Déclaration des droits de l'homme et du citoyen</i>
<i>D. fam.</i>	<i>Droit de la famille (Revue)</i>
<i>DP</i>	<i>Recueil périodique Dalloz</i>
<i>Dr pénal</i>	<i>Droit pénal (Revue)</i>
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
<i>IPP</i>	<i>Incapacité permanente partielle</i>
<i>JCP</i>	<i>Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)</i>
<i>Jur.</i>	<i>Jurisprudence</i>
<i>Req.</i>	<i>Requête</i>

<i>Resp. civ. et assur.</i>	<i>Responsabilité civile et assurance (Revue)</i>
<i>Rev. sc. Crim</i>	<i>Revue de science criminelle</i>
<i>RJF</i>	<i>Revue de jurisprudence fiscale</i>
<i>S.</i>	<i>Sirey (Recueil)</i>
<i>Sem. Jur.</i>	<i>Semaine juridique</i>
<i>T. corr.</i>	<i>Tribunal correctionnel</i>

SECRET MEDICAL ET DROIT DE LA PREUVE

SOMMAIRE

INTRODUCTION

Chapitre 1 : A la recherche d'une preuve, l'obstacle du secret médical

I - Le secret médical, limite à l'obligation de coopération à la manifestation de la vérité

II - Le secret médical obstacle à une mesure d'instruction

Chapitre 2 : Lors de la production d'une preuve, la réalisation d'un compromis

I - La preuve produite par le titulaire

II - La preuve produite par un tiers au secret

INTRODUCTION

« [] *Un secret, ce n'est pas quelque chose qui ne se raconte pas. Mais c'est une chose qu'on se raconte à voix basse et séparément* »¹.

1. Le secret n'existe donc que dans l'ombre, fuyant la multitude pour ne se révéler qu'individuellement, au gré de ses dépositaires. Et pourtant, à observer tous nos grands moyens de communication, il n'est plus rare aujourd'hui que la révélation de données personnelles en fassent la une, certaines parmi elles, de par leur caractère médical, touchant le cœur de l'intimité, révélant bien plus sur leur titulaire que tout ce que ce dernier consent même à partager avec ses proches. Et alors que, véritable tabou, ces informations médicales cohabitaient entre les êtres, manifestant insidieusement leur présence sans jamais dire leur nom, voilà que celles-ci, qui jusqu'alors n'existaient qu'entre le médecin et son patient, comme autant de symboles d'appivoisement entre deux êtres, témoignage du difficile aboutissement d'un lien de confiance, viennent à être exposées au grand jour. Et parce que bien souvent l'existence d'un procès et la nécessité d'une preuve aura été la cause de l'ouverture de la boîte de Pandore, laissant échapper ce que leurs auteurs avaient mis tant d'énergie à recouvrir de silences et de chuchotements, l'étude des liens qu'entretiennent secret médical et droit de la preuve apparaît tout à fait intéressante. Mettant à jour la fragilité d'un lien qui, si nécessaire soit-il, va devoir se confronter pour sa défense aux exigences de l'intérêt général.

2. Ainsi, après avoir été qualifié de flexible², notre droit, aime-t-il tellement les paradoxes, qu'au-delà des mots et sur le fond celui-ci admet que la preuve puisse résider dans le secret. Et comment parler encore de secret lorsque celui qui en assure le respect admet également d'en assumer la révélation lorsque celle-ci paraît tendre dans son intérêt. Faut-il alors rejoindre la pensée de Pascal lorsque ce dernier affirme que le monde est « *un hôpital de*

¹ PAGNOL (M.) « César »

² CARBONNIER (J.), « Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur », 10e éd., LGDJ, Paris, 2001.

fous »³ produisant des normes irrationnelles au gré de l'intérêt des législateurs du moment. Autant d'interrogations que soulève la confrontation entre secret médical et droit de la preuve.

*

* *

3. Considéré comme l'un des plus anciens secrets proclamés, le secret médical, est formulé dès l'origine au travers du serment d'Hippocrate. Toujours prêté par les médecins, ceux-ci déclarent actuellement, lors de leur prestation de serment : « *Admis(e) dans l'intimité des personnes, je tairai les secrets qui me seront confiés. Reçu(e) à l'intérieur des maisons, je respecterai les secrets des foyers et ma conduite ne servira pas à corrompre les mœurs.* » Ainsi, le secret médical recouvre le fait, pour tout professionnel de la santé, de taire les informations relatives à une personne dont il a eu connaissance au travers de l'exercice de sa profession. Et ce bien avant que le droit ne l'ait intégré en temps qu'obligation, ni même que la médecine n'ait eu les moyens de ses ambitions.⁴

Aussi, sous-tendu par des intérêts divergents, entre vie privée et obligation professionnelle, un tel secret, plus qu'un droit du patient, représente un devoir pesant sur les professionnels, institué en temps que continuité de la morale médicale, émanation de l'ordre public, dans le but de préserver la confiance que doit légitimement pouvoir avoir tout citoyen dans le corps médical, protégeant également ces derniers dans l'exercice de leur profession.

4. Secret aujourd'hui repris par le droit, ce dernier en définit les contours et en assure le respect. D'abord grâce à son insertion au sein du code pénal qui sera le premier à prendre en considération le secret médical, en sanctionnant dès 1810⁵ la violation du secret professionnel. Ensuite, et plus récemment, par son introduction dans le code de la santé publique qui vient préciser quant à lui, l'objet que recouvre un tel secret, ainsi que l'ensemble des personnes y étant tenues et celles pouvant en demander le respect. C'est ainsi qu'actuellement l'article 1110-4 de ce dernier code, présente les conséquences du respect du secret en se plaçant sous l'angle de son titulaire et énonce que, de façon générale : « *Toute personne prise en charge*

³ PASCAL « Pensée »

⁴ KAHN (A.). « Le secret médical : d'Hippocrate à Internet ». *Recueil Dalloz* 2009 p. 2623

⁵ Art. 378 du code pénal de 1810.

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

par un professionnel, un établissement, un réseau de santé ou tout autre organisme participant à la prévention et aux soins a droit au respect de sa vie privée et du secret des informations la concernant. » De sorte que par cette présentation le rapprochant du droit au respect de la vie privée, le secret médical apparaît désormais comme un droit subjectif dont doit pouvoir se prévaloir tout patient en plus de continuer à constituer un devoir du médecin. C'est ce que reprend en outre l'article R 4127-4, toujours du Code de la santé publique, également article 4 du Code de déontologie médicale, lorsqu'il énonce que : « *Le secret professionnel institué dans l'intérêt des patients s'impose à tout médecin dans les conditions établies par la loi* », réaffirmant ainsi le caractère obligatoire du secret pour le professionnel et ajoutant que : « *Le secret couvre tout ce qui est venu à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession, c'est-à-dire non seulement ce qui lui a été confié, mais aussi ce qu'il a vu, entendu ou compris.* » Précisant de la sorte que l'étendue de cette obligation au secret, ne se limite plus uniquement à ce que le patient a pu confier à son médecin mais recouvre en plus l'ensemble des informations sur une personne arrivées à la connaissance du médecin en raison de sa profession.

Ainsi, notre droit a-t-il pris parti depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des patients, de ne plus seulement rattacher le secret médical à une exigence d'ordre publique, dont la violation serait seule de nature à entraîner des conséquences pénales, mais de l'intégrer en tant que véritable droit du patient, composante du droit au respect de la vie privée. Sa place au sein des premiers articles du Code de la santé publique est ainsi révélatrice de l'importance devant lui être accordée. De telle sorte que, peu à peu, le respect du secret médical tend à intégrer de nombreux domaines, tant à l'égard des professionnels de santé que de celui qui en fait l'objet.

5. Cherchant à expliquer la cause d'un tel accroissement législatif devant permettre une meilleure protection du secret, plusieurs justifications semblent pouvoir être avancées. A ce titre, on relève d'une part, l'émergence de nouveaux moyens de communication des données, notamment informatisées, d'autre part le développement du secret partagé⁶, lequel rend nécessaire l'élaboration d'un cadre strict, propre à éviter une trop grande divulgation des informations.

Cependant, et paradoxalement, ces lois ont également contribué à un affaiblissement dudit secret en permettant d'accroître les possibilités d'appropriation des données médicales

⁶ SICARD (D.). « Quelles limites au secret médical partagé ? ». *Recueil Dalloz* 2009 p. 2634

par le patient et par conséquent l'utilisation qu'il peut en faire à son profit, de sorte que, si le droit se veut garant du respect de l'intimité de chacun, veillant à la préservation du silence devant entourer les informations d'ordre médical - parce qu'elles se rapportent à une personne déterminée, intimement liées à cette dernière - il doit désormais compter avec les choix réalisés par le titulaire. Dès lors, devançant les débats actuels sur la remise en cause de l'indisponibilité du corps humain au travers des questions sur la gestation pour autrui ou la recherche sur les embryons, par ces différentes évolutions législatives, le secret entourant l'état de santé d'une personne devient pour sa part régi par la seule volonté de son titulaire. Un tel mouvement vient s'inscrire dans celui plus large tendant à protéger l'autodétermination de l'individu en temps qu'être unique, sujet de droit, face à une vision collective où son appréhension comme simple objet de la concrétisation d'une société, n'amène à assurer sa défense que de manière indifférenciée grâce au respect de l'ordre public. Aussi observe-t-on corrélativement un certain recul de la part de ce dernier⁷.

6. En outre, en tant qu'exemple du caractère purement personnel de ces données, il est possible de relever que même entre les membres d'un couple marié, les informations relatives à la santé de chacun d'eux n'ont pas à être partagées et que, sauf graves conséquences pour l'autre époux⁸, un tel silence ne pourra constituer une faute comme manquement au devoir de loyauté institué par la jurisprudence⁹. C'est pourquoi dans un arrêt rendu en 1928, le tribunal correctionnel de la Seine punira en tant que violation manifeste du secret professionnel le fait pour un médecin d'avoir dévoilé par une lettre à un mari ayant intenté une procédure de divorce, que sa femme avait fait une fausse couche avant le mariage¹⁰. Objet d'individualisme, le secret entourant le corps, désormais disponible pour le patient, devient donc plus fragile.

⁷ Pour exemple en matière pénale : le code pénal révolutionnaire intégrait déjà la décriminalisation du suicide ; plus récemment arrêt CEDH, 17 fevr. 2005, KA et AD c./ Belgique requêtes nos 42758/98 et 45558/99 réaffirme la libre disposition de son corps, l'ordre public n'ayant vocation à venir y apporter une limite que dans les cas les plus graves.

Pour un autre exemple en matière civile : Civ. 1^{ère}, 4 nov. 2011, n°10-20114 respectant le choix fait par une personne dans l'intimité de sa vie privée, en n'admettant pas de déclarer nul car contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, un contrat de courtage matrimonial conclu par une personne mariée.

⁸ CA Rennes, 12 nov. 1997, Juris-Data, n°049536, qui considère que le fait pour la femme d'avoir caché à son mari ses troubles graves de la personnalité ayant nécessité des hospitalisations avant le mariage, en milieu spécialisé constitue une faute.

⁹ SERRA (G.) et WILLIATTE-PELLITTERI (L.). « Droit du divorce ». Recueil Dalloz 2009 p. 832

¹⁰ T. corr. Seine, 4 janv. 1928 : *Sem jur.* 1928. 401, note Perraud-Charmantier

*

* *

7. Néanmoins et de tout temps, le secret médical, ne présentant pas un caractère absolu, a été confronté à d'autres impératifs justifiant sa révélation, que cela soit dû à un contexte conflictuel, gracieux ou contentieux, comme non conflictuel. A ce titre, la loi introduit certaines dérogations possibles au secret tel que, pour exemple hors du domaine contentieux, les déclarations de maladies contagieuses imposant « *une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire par les médecins et les responsables des services et laboratoires d'analyse de biologie médicale publics et privés*¹¹. » Et il convient de souligner à ce sujet que le Conseil d'Etat veille à l'interprétation stricte de ces exceptions en adoptant dès 1989 une position restrictive laquelle n'admet, par l'expression « dérogation légale au secret médical », que les dispositions issues d'une loi ou se présentant comme la conséquence nécessaire d'une disposition législative¹² ; excluant les dispositions de nature réglementaire¹³.

Mais c'est dans le domaine contentieux, et face à l'émergence actuelle d'un droit à la preuve, dont l'existence autonome fait de moins en moins de doutes pour une importante partie de la doctrine¹⁴, que le respect du secret médical est le plus remis en question car les intérêts justifiants de sa levée sont aujourd'hui également d'ordre privé si on admet que le droit à la preuve est devenu un droit subjectif, obligeant la jurisprudence à résoudre un nouveau conflit opposant nécessité de preuve et respect de la vie privé.

8. D'abord considéré comme inviolable au sein du conflit l'opposant au droit de la preuve, le secret médical ne pouvait en aucun cas être trahi, la jurisprudence criminelle sanctionnant dès 1885 dans son célèbre arrêt dit Watelet¹⁵, toute violation du secret médical fût-elle non intentionnelle. En l'espèce, et dans le seul but de mettre fin aux rumeurs l'accusant de ne pas avoir correctement soigné son patient, le médecin du peintre orientaliste Bastien-Lepage avait publié suite au décès de l'artiste, l'explication de la maladie dont il souffrait, ainsi que les traitements mis en œuvre. Saisis par les héritiers du défunt arguant d'une violation du secret médical, les juges répondront de manière très explicite, que toute révélation même sans

¹¹ Article L.3113-1 du code de la santé publique

¹² CE 8 février 1989 - Conseil national de l'Ordre des médecins et autres, req. n°54494.

¹³ CE, 31 mai 1989, Roujansky, Gaz. Pal., Rec. 1990, somm. p. 57, Rec. p. 135.

¹⁴ Voir notamment : BERGEAUD (A.) . « Droit à la preuve » thèse Bordeaux 2007 ou encore VERGES (E.) . « Chronique de procédure civile ». *Revue Lexbase Hebdo* édition privée n°506 du 22 novembre 2012

¹⁵ Cass. crim., 19 déc. 1885, Watelet : *Bull. crim.* 1885, n°363 ; S. 1886, p. 86.

intention de nuire se doit d'être punie afin de garantir le respect de l'objectif d'ordre public que constitue la confiance accordée au corps médical par les patients. Le dispositif était clair, « *en imposant à certaines personnes, sous une sanction pénale, l'obligation du secret comme un devoir de leur état, le législateur a entendu assurer la confiance qui s'impose dans l'exercice de certaines professions et garantir le repos des familles* », réfutant ainsi l'argument tiré de l'existence d'un quelconque motif légitime propre à justifier la révélation d'une information médicale à caractère secret.

Persistant dans l'affirmation de l'absolutisme du secret médical la même chambre viendra élargir son champ d'application en précisant qu'un tel secret recouvre non seulement les informations transmises au médecin par son patient mais encore toutes celles parvenues à sa connaissance de part l'exercice de sa profession¹⁶. Aussi, bien avant la loi intervenue le 4 mars 2002, la jurisprudence judiciaire reconnaissait déjà au secret la plus vaste étendue, garantissant à l'origine le respect de la confiance nécessaire que doit pouvoir accorder le patient à son médecin, en se référant au caractère général et absolu que revêt le secret¹⁷.

S'inscrivant dans la même idée, la jurisprudence administrative reconnaît elle aussi l'intangibilité du secret des médecins en matière fiscale¹⁸, même si, en matière civile, elle considère que « *c'est du malade seul que dépend le sort des secrets qu'il a confiés à un médecin* »¹⁹, en permettant à ce dernier de disposer des informations le concernant.

9. Cependant, et bien que le secret médical reste encore aujourd'hui l'un des mieux protégés, *référence majeure de notre « vivre ensemble »*²⁰, de telles solutions devaient évoluer, faisant une plus large place au droit de la preuve en phase de devenir un véritable droit à la preuve.

*

* *

10. Ainsi, de même que le secret médical est passé de la sphère publique à la sphère privée, face à l'individualisme présent où chacun veut pouvoir être protégé sous la bannière d'un droit à ..., invocable à tout moment devant un tribunal, la preuve conçue comme moyen

¹⁶ Cass. crim., 8 mai 1947, Decraene *JCP* 1948, II, 4141, note Legal.

¹⁷ Cass. crim., 11 mai 1844, *D. 1844*, I, p. 228 ; Cass. crim., 8 mai 1947, *D. 1948*, jur., p. 109 note P. Gulphe, *JCP éd. G* 1948, II, n° 4141 note A. Légal, *Rev. sc. crim.* 1947, p. 403, obs. Huguency

¹⁸ CE, 12 avril 1957, *D.*, 1957, jur. p. 336, concl. Gazier

¹⁹ CE, 11 février 1972, *D.*, 1972, jur. p. 426, note Le Roy ; *JCP*, éd. G, 1973, II, 17363, note R. Savatier.

²⁰ SICARD (D.). « Quelles limites au secret médical partagé ? ». *Recueil Dalloz* 2009 p. 2634

nécessaire à la manifestation de la vérité²¹ tend actuellement à être reconnue par la jurisprudence civile comme objet d'un nouveau droit subjectif.

En effet, et bien qu'aucun texte n'en fasse mention expressément, la cour de Cassation, après en avoir initié les prémices en instituant un droit à l'expertise génétique en matière de filiation²², est venue dans un arrêt récent du 5 avril 2012²³, consacrer un véritable droit à la preuve, le rattachant à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales relatif au droit à un procès équitable. En l'espèce, il s'agissait d'un des cohéritiers qui, lors du règlement d'une succession, tentait d'établir la réalité d'une donation rapportable faite par le *de cuius* en livrant pour preuve une lettre écrite par ce dernier. Afin de rejeter cette pièce, les autres héritiers mettaient en avant le fait qu'une telle production était contraire au droit au respect de la vie privée et au secret des correspondances en ce que l'auteur n'avait pas consenti à ce que ce courrier soit versé aux débats. Ce à quoi la Cour de cassation répondra « *qu'en statuant ainsi, sans rechercher si la production litigieuse n'était pas indispensable à l'exercice de son droit à la preuve, et proportionnée aux intérêts antinomiques en présence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* ».

Par cet arrêt, la Cour vient donc reconnaître pour la première fois aux parties en litige un véritable droit à la preuve recouvrant le fait pour chacune d'elles de produire librement une pièce au soutien de ses prétentions, les juges du fond devant quant à eux se livrer seulement, à posteriori, à une observation concrète des intérêts en présence afin d'écarter une preuve des débats si l'atteinte aux différents intérêts paraît disproportionnée.

11. Mais si le droit à la preuve comprend la production de celle-ci, permettant à chaque protagoniste de verser aux débats les documents qu'il détient, cet arrêt n'est qu'une illustration de son champ d'application qui, bien plus large, doit pouvoir recouvrir également, outre la production, la recherche de la preuve, grâce à laquelle les parties pourront d'elle-même ou avec le concours du juge, réunir les éléments nécessaires à appuyer leurs allégations. En effet, passant du droit objectif au droit de créance, si le droit de la preuve pouvait se contenter de régir les rapports entre les différentes parties, encadrant le pouvoir de chacune et notamment de l'Etat, le droit à la preuve quant à lui, en tant que droit créance, doit

²¹ Le concept de preuve n'étant pas défini de façon unanime par la doctrine sera retenu ici la conception la plus large regroupant sous le terme preuve les éléments autonomes comme les modes de preuve concourant à emporter la conviction du juge quant à la véracité des faits qui lui sont soumis.

²² Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12.806, *JCP éd. G*, 2000, II, 10 409.

²³ Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012 n° 11-14.177, *Lexbase* : A 1166 IIZ

permettre à son titulaire de revendiquer une action positive de l'Etat afin d'en assurer l'effectivité. Ainsi, la reconnaissance d'un droit à la preuve devrait-elle permettre à son titulaire de se prévaloir des principes gouvernant l'obtention d'une preuve, mais également du respect de ceux relatifs à son exclusion par le juge lors de la phase de production. Le secret médical ayant par nature vocation à intervenir dans les deux cas comme un obstacle, quelle que soit la catégorie de preuve²⁴, constituant un motif légitime, à la fois pour le juge afin de refuser d'ordonner une mesure d'instruction, ou encore d'exclure une preuve produite devant lui, mais aussi pour toute personne sollicitée en vue de transmettre des documents protégés.

12. Aussi peut-on relever dès à présent l'étendue des différents domaines d'expression du droit à la preuve auxquels le secret médical va venir s'ériger comme limite, expression du caractère illicite de l'obtention, ou de la production, de la preuve, mettant ainsi à jour le conflit existant entre secret médical et droit de la preuve. Car si le secret a pour principe de garder caché ce qui ne veut pas être révélé, la preuve quant à elle n'est efficace uniquement si elle permet d'attester de la réalité d'un fait contesté, laquelle réalité voudra bien souvent être maintenue à l'abri des regards de l'adversaire. Ou comme a pu l'exprimer M. Raynaud : « *La justice veut la vérité ; la vérité est une découverte et le secret l'étouffe* »²⁵. De sorte que si la multiplication des droits subjectifs emporte autant de prérogatives pour le titulaire, un tel accroissement nécessite corrélativement de régler leur articulation ; ce que s'attache à faire la jurisprudence en l'absence de textes.

13. C'est pourquoi à l'interrogation consistant à penser l'existence réciproque du secret médical et du droit à la preuve, faudra-t-il apporter une réponse faisant état de l'ensemble des possibilités de concrétisation de ces différents droits. D'une part dans le cadre de l'obtention de la preuve, où, à la recherche de celle-ci, le secret médical s'érige comme un obstacle (Chapitre I) et d'autre part lors de sa production, étape au cours de laquelle la jurisprudence tend à établir un compromis entre les droits en présence (Chapitre II).

Outre le caractère pratique lié à la prévisibilité juridique tant appréciée des parties ou potentiels requérants, l'intérêt de résoudre ce conflit permet d'observer dans un domaine particulier les limites que s'impose le droit dans son propre système de fonctionnement face à ses titulaires. Car en effet, si le droit de la preuve a vocation à permettre la mise en évidence

²⁴ VERGES (E.). « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé », *Lexisnexis*

²⁵ Raynaud (P.), « Secret et procédure », in *Le secret et le droit, Travaux de l'association H. Capitant*, Tome XXV, Dalloz, 1974, p. 711.

d'un autre droit, invoqué par une partie, il n'en reste pas moins que dans cette quête de la vérité tous les moyens ne sont pas bons et que respecter la partie au litige dans ce qu'elle a d'humain, défendant son droit à voir conservés secrets certains éléments touchant au plus privé de sa vie, constitue également une victoire de notre système juridique dans un Etat de droit.

Chapitre I A la recherche d'une preuve, l'obstacle du secret médical

14. S'inscrivant dans la logique du procès, chaque partie aura comme intérêt de réunir suffisamment d'éléments au soutien de ce qu'elle avance afin d'emporter la conviction du juge. En effet, conformément à ce qu'énonce la lettre de l'article 9 du Code de procédure civile²⁶, la charge de la preuve pèse sur celui qui, alléguant une prétention, souhaite soutenir ce qu'il invoque. Dès lors, il lui appartiendra de mettre en œuvre tout ce dont il dispose afin de se procurer une preuve soutenant ses dires, s'il ne la détient pas.

Cependant la loi, comme la jurisprudence, est venue encadrer cette recherche, imposant des règles générales de loyauté entre les parties, ainsi que d'autres particulières selon les contentieux. Tel est le cas, à titre d'exemple particulier, en matière contractuelle, où au-delà d'une certaine valeur, fixée actuellement par décret à 1500 euro, seul un écrit pourra venir prouver utilement l'existence d'une obligation. Les règles générales, quant à elles, imposent aux parties de respecter les principes régissant le procès équitable lors du déroulement de leurs investigations. Parmi eux, l'article 10 du Code civil introduit un devoir de coopération entre les parties, les obligeant à verser au débat les éléments qu'elles détiennent utiles à la manifestation de la vérité. Dès lors, et au soutien de cette injonction, il sera possible pour le juge souhaitant obtenir une preuve, d'ordonner une mesure d'instruction, faisant suite à la demande d'une partie, ou d'office selon les contentieux, afin notamment de palier à l'éventuelle inertie opposée par l'adversaire. De sorte que, finalement, au stade de la recherche les acteurs sont multiples.

15. Cependant si cette étape n'est plus synonyme de solitude, elle ne pourra aboutir favorablement qu'en l'absence de motif légitime propre à permettre à la partie adverse de refuser de coopérer. Or le respect du secret médical en fait partie, constituant un rempart derrière lequel pourra se retrancher la personne sommée de coopérer, il crée de ce fait une limite à l'obligation de coopération à la manifestation de la vérité (I). Mais également un obstacle à une mesure d'instruction (II) en ce que, devant être pris en considération par le juge lorsqu'il ordonne et que se déroule ladite mesure il vient limiter l'efficacité de celle-ci.

²⁶ Art. 9 CPC « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention. »

I. Le secret médical, limite à l'obligation de coopération à la manifestation de la vérité

16. Alors que les règles gouvernant la preuve, présentes dans les différents Codes de procédure, tendent à en faciliter la mise en évidence, le secret quant à lui vise à protéger certaines informations de part leur nature, dressant pour ce faire des limites à leur divulgation. Et c'est ainsi qu'une partie au litige pourra s'opposer à la demande de son adversaire, formulée si besoin par requête du juge, l'enjoignant de transmettre des documents couverts par le secret médical qu'elle détient, qu'elle en soit le titulaire ou tierce. Le secret médical constitue alors une limite à la demande de communication de pièces ou informations, protégeant contre la révélation écrite du secret (A). De même, le témoignage du médecin, contrairement au principe général dans ce domaine, sera soumis à des exigences particulières, et, s'il doit se présenter, le professionnel ne pourra révéler les informations soumises au secret, que sous certaines conditions strictement délimitées. Ces règles protégeant quant à elles contre la révélation orale du secret (B).

A. Demande de communication de pièces ou informations et protection contre la révélation écrite du secret

17. Bien que cela puisse paraître paradoxal au regard d'une lecture individualiste du procès, l'article 10 du Code civil, ainsi que l'exigence de loyauté que doivent observer les parties l'une envers l'autre, leur impose de concourir à la manifestation de la vérité impliquant que celles-ci se transmettent l'ensemble des documents qu'elles détiennent et qui sont susceptibles d'intéresser la résolution du litige. Et ce quand bien même le document en question desservirait leurs intérêts.

Aussi, en l'absence de versement automatique d'un élément de preuve aux débats, l'intéressé peut en demander la transmission à son adversaire sachant qu'il le détient, la demande étant alors formée par une partie (1) et au besoin solliciter un magistrat afin que celui-ci ordonne une mesure d'instruction, pour en obtenir la communication, la demande étant alors formulée par le juge (2).

Dés lors, si l'Etat est venu remplacer la violence privée dans le règlement légitime des conflits, ce n'est pas sans un certain nombre des règles impératives, formalisées en grande

partie au travers des dispositions régissant la preuve. Et si certains conçoivent encore le procès comme un moyen de faire la guerre à son voisin, ce doit donc être dans le respect de ces dernières, levant ainsi le caractère paradoxal de l'exigence de coopération en tant que la raison remplace la spontanéité.

18. C'est dans ce contexte que certains ont poursuivi la remise de documents couverts par le secret médical, qu'ils soient détenus par la personne concernée ou conservés par un tiers, amenant le juge à se prononcer sur la résolution du conflit d'intérêts engagé. Conflit qui au regard des différentes décisions rendues, privilégie de manière générale le respect du secret médical au travers de la protection de son inviolabilité, bien que celle-ci ne soit pas absolue.

1) La demande formée par une partie

19. Jean Cocteau écrivait que « *on ne risque rien à livrer le secret professionnel car on ne livre pas la façon de s'en servir* »²⁷, mais lui parlait d'art et de poésie. Au travers de cette partie, nous verrons donc que, à la lumière des différentes prises de position judiciaires s'agissant du secret médical, si une telle affirmation tend actuellement à se vérifier, dans la mesure où celui qui livre est également celui sur qui porte le secret, celle-ci est en revanche largement contestée lorsque la révélation provient d'un tiers, surtout si ce dernier est un professionnel. Et ce, au moins en ce que le risque est autre que purement financier.

20. En effet, lors du procès, en présence d'une demande faite par une partie à un médecin, l'article 76 du Code de déontologie médicale interdit à ce dernier de révéler une information couverte par le secret médical concernant une personne déterminée. Aussi le médecin sollicité devra-t-il refuser de livrer les informations portant sur son patient, que ce soit oralement ou par la transmission d'un document particulier, et ce quelle que soit la qualité du requérant, partie elle-même comme son représentant. Le secret médical, recouvrant les données convoitées, fait ainsi obstacle à leur communication, quand bien même une telle information serait nécessaire à la manifestation de la vérité. Par conséquent, est punie toute révélation volontaire du secret professionnel fut-elle faite sans intention de nuire.

A ce titre dans un tout autre contexte, dès 1901, la chambre criminelle de la Cour de cassation sanctionnerait le médecin qui avait fait connaître à un tiers des constatations faites

²⁷ COCTEAU (J.). « Le secret professionnel »

sur une personne, en vertu de sa seule qualité, et ce même si ces constatations étaient seulement négatives²⁸. Réaffirmant cette position, la jurisprudence postérieure ajoute que, peu importe également si les dispositions révélées ne permettent pas de connaître la nature de l'affection dont souffre le patient²⁹, ou encore que le fait révélé puisse être connu d'une façon différente³⁰.

21. De même, cette fois en matière civile, l'article 10 du Code civil, bien que support de cette obligation de coopération, réserve lui-même l'hypothèse d'un motif légitime propre à justifier le refus de communication de pièces que pourra opposer le médecin répondant à la demande d'une partie. Un tel motif recouvrant le secret médical comme tout secret professionnel. Ainsi, quelle que soit le fond du litige, sollicité par l'adversaire qui souhaiterait se constituer une preuve en sa faveur, en l'absence de consentement de son patient, le professionnel de santé se devra de refuser de dévoiler les informations qu'il détient.

22. Aussi, comme il vient d'être démontré, le principe interdit au médecin, et, de façon générale, à tout professionnel ayant accès aux informations concernées, de trahir le secret médical à la demande d'un tiers autre que le titulaire. Néanmoins, il est quelques exceptions où, confronté au contexte particulier du procès et afin de satisfaire à la recherche de preuves par l'adversaire, le médecin sera tenu de délivrer certaines informations médicales qu'il détient au sujet de son patient.

Tel est tout d'abord le cas en matière d'accident du travail et de maladie professionnelle. En effet, dans cette situation, le Code de la sécurité sociale impose aux praticiens soignant la victime, d'établir un certificat médical en plusieurs exemplaires, indiquant l'état de celle-ci, la nature de la maladie ainsi que les conséquences de l'accident ou ses suites éventuelles, « *en particulier la durée probable de l'incapacité de travail, si les conséquences ne sont pas exactement connues* »³¹. Ainsi, en cas d'arrêt de travail et en vue de faire respecter le principe du contradictoire, l'article R. 441-13 Code de la sécurité sociale prévoit que l'un des volets du « *dossier constitué par la caisse primaire* », devra être transmis, à sa demande, à l'employeur ou à son mandataire, et dresse la liste des pièces qu'il doit contenir. A ce titre, l'article fait mention des divers certificats médicaux établis ainsi que

²⁸ Cass. crim. 9 nov. 1901 : *DP 1902 I. 235*

²⁹ Cass. crim. 27 juin 1967 *Bull crim n°194*

³⁰ Versailles, 30 avril 1990 : *D. 1990. IR. 178*

³¹ Articles L.441-6 et L.461-5 du Code de la sécurité sociale

de l'éventuel « *rapport de l'expert technique* » qui pourront donc se voir directement transmis au médecin conseil de l'employeur, et ce sans préjudice dû au respect du secret médical.

23. Aussi, à première vue, loin de constituer un secret, les informations médicales sont ici l'objet même de l'obligation de communication imposée par le législateur entre les parties. C'est donc dans ce contexte, fournissant automatiquement et sans recherche les éléments de preuve nécessaires à l'adversaire, que l'exigence de respect du secret médical est à l'origine de l'émergence d'un contentieux ayant conduit la jurisprudence à venir préciser l'étendue des informations à caractère médical se devant d'être transmises à l'employeur.

24. Dans un premier temps, afin de favoriser l'approche consistant à privilégier l'accès aux données permettant à l'employeur de contester sa prise en charge, dans le respect du principe du contradictoire, et donc corrélativement la recherche de la preuve pour celui-ci, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation étendra largement la qualification de « *documents devant être communiqués à sa demande à l'employeur* », incluant l'avis du médecin-conseil et les conclusions du médecin agréé³².

Poursuivant dans cette même logique d'ouverture, et à l'occasion là encore d'un litige opposant un employeur à la caisse primaire d'assurance maladie, dans le cadre de la prise en charge d'un accident professionnel, les magistrats de la Cour de cassation interprètent la liste de l'article R 441-13 du Code de la sécurité sociale comme n'étant pas limitative, et les dispositions de l'article R. 441-11 comme valant autorisation au sens de l'article 226-14 du Code pénal, instaurant un fait justificatif à l'infraction de violation du secret professionnel. Et ce, alors même que rédigé à l'impératif, le texte n'indique pas de réserver la possibilité d'ajouter des éléments à la liste constituant le dossier social pouvant être communiqué à l'employeur. Pourtant, la jurisprudence fera le choix de privilégier le respect du contradictoire, parce qu'il constitue un élément essentiel à la poursuite d'un procès équitable.

25. C'est encore sur ce fondement que les magistrats de la Cour de cassation, à l'occasion d'un autre arrêt rendu le 22 février 2005³³, déclarent inopposable à l'employeur la décision de la CPAM mettant à sa charge les frais engagés suite la maladie professionnelle contractée par le salarié décédé, en raison du défaut de communication de l'entier rapport d'autopsie de son

³² Civ. 2^{ème}, 16 novembre 2004, *RJS 2005*, n°222, 2^e espèce.

³³ Civ. 2^{ème}, 22 février 2005, pourvoi n°03-30.308, *JurisData* n° 2005-027084, *TPS 2005*, n°185, 1^{ère} espèce.

salarié à celui-ci. Quatre mois plus tard la même année³⁴, la deuxième chambre civile ajoutera, toujours sur le fondement du respect nécessaire du principe du contradictoire, que « *la Caisse doit aussi communiquer à l'employeur le ou les éléments médicaux qui lui ont permis de faire remonter la première constatation médicale de la maladie à la date considérée* », augmentant à nouveau la liste des documents qui, bien que couverts par le secret médical, pourront être révélés à l'employeur par l'intermédiaire de son médecin conseil. L'intervention de ce tiers se voulant protectrice de ce qui reste alors du secret médical.

Réitérant toujours cette logique en défaveur du secret médical, lorsqu'il s'agit pour l'employeur de contester la teneur de sa prise en charge d'un accident du travail dont a été victime son salarié, dans un arrêt rendu le 14 février 2007³⁵, la Cour ajoute cette fois-ci le compte-rendu d'arthroscanner au titre des documents devant être communiqués, lorsqu'ils existent. A défaut, et toujours dans cet arrêt, les magistrats indiquent que les pièces non communiquées devront être déclarées irrecevables, réaffirmant ainsi la position de la Cour de cassation quant au régime applicable en cas d'irrespect du contradictoire.

26. Dans un tout autre domaine, la loi prévoit également implicitement une obligation de coopération entre les parties obligeant celle en possession de documents protégés par le secret médical à les fournir à son adversaire, et cette fois-ci sans l'intermédiaire de son médecin conseil. Ainsi en est-il d'une part dans le cadre des accidents de la circulation, pour lesquels l'article R. 211-37, 5° du Code des assurances, impose à la victime de transmettre un certain nombre de documents directement à l'employeur et d'autre part, de la procédure de règlement amiable des accidents médicaux, des affections iatrogènes et des infections nosocomiales. L'article R. 1142-17 du Code de la santé publique impose quant à lui à ce que, outre son avis et le rapport d'expertise, la commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI) transmette « *à l'assureur ou à l'office, selon le cas, l'ensemble des documents communiqués par le demandeur afin de leur permettre d'établir une offre* ». Document comprenant en grande partie des certificats médicaux afin de pouvoir fixer l'étendue des dommages subis ainsi que leurs conséquences à court et long terme. C'est pourquoi cet article poursuit en précisant que les informations à caractère médical devront être transmises dans le respect du secret médical.

Aussi, pour de tels accidents, l'assuré victime, ou son médecin, se verra dans l'obligation de transmettre à sa demande à la commission les documents nécessaires afin

³⁴ Civ. 2^{ème}, 21 juin 2005, *RJS 2005*, n° 1045 et 21 février 2008, pourvoi n° 07-11.027

³⁵ Civ. 2^{ème}, 14 février 2007, pourvoi n° 06-11.479.

d'apporter la preuve du préjudice dont il demande réparation, sachant que ceux-ci seront ensuite transmis aux assureurs, qui eux sont parties au litige, afin de leur permettre de contester utilement la décision fixant le montant des dommages qu'ils prennent en charge. Certains auteurs³⁶ parlent d'ailleurs de véritable exception instaurée par ces textes, en faveur de l'obtention d'un élément de preuve et au détriment du secret médical car, en ces cas uniques, l'information ne passe pas par l'intermédiaire du médecin conseil de l'assureur mais est directement transmise à ce dernier.

Cependant dans cette hypothèse, en faisant mention du fait que les documents médicaux devront être transmis dans le respect du secret médical, la loi continue cette fois-ci à préserver le respect du secret. Cela aura notamment pour conséquence de limiter le contenu des documents transmis, en ce que le médecin dépositaire des informations ne devra faire mention dans le certificat qu'il établit que des constatations les plus objectives possibles quant à l'état de la victime.

27. Ainsi, jusqu'en 2007, il est possible de relever dans le cadre de certains litiges, portant principalement sur des données protégées par le secret médical, que ce dernier ne constitue plus un obstacle à l'obtention d'une preuve par la partie adverse. Les documents, supports desdites informations, devant même lui être directement transmis de droit, la Cour de cassation faisant prévaloir le respect du contradictoire.

28. Cependant, en dehors des divers certificats médicaux visés dans l'article R. 441-13 du Code de la sécurité sociale qui constituent une exception, le secret médical est opposable à l'employeur comme à n'importe quel tiers réclamant sans recourir au juge que lui soient transmises des pièces médicales, tel qu'un rapport d'IPP.

Actuellement, et contrairement au mouvement initié antérieurement, la Cour de cassation s'emploie à restreindre strictement les hypothèses prévues par la loi permettant une communication directe des informations couvertes par le secret médical à l'employeur, adoptant une interprétation à la lettre du Code de la sécurité sociale. Néanmoins les juges du droit ne se contentent plus de constater l'absence de débat contradictoire, lorsque qu'invoqué par l'adversaire le secret médical lui permet de refuser de révéler un document sur lequel il se fonde, mais privilégient l'appréciation du bien fondé de son utilisation, au cas par cas par les magistrats du fond qui tireront toutes les conséquences du refus.

³⁶CERVEAU (B.). « Assurance et secret médical : un cadre juridique précis, une jurisprudence bien établie » *Gazette du Palais*, 13 février 2010 n° 44, P. 15 - Assurances terrestres

De sorte que, après avoir réitéré la solution selon laquelle « *le secret médical doit interdire toute communication directe à l'employeur des pièces médicales, tel qu'un rapport d'IPP, autres que les divers certificats médicaux visés dans l'article R. 441-13 du Code de la sécurité sociale*³⁷ » toujours au visa de cet article, la même chambre vient, préciser dans plusieurs autres arrêts intervenus en 2008³⁸ que l'examen tomodensitométrique, mentionné au tableau n° 30 B des maladies professionnelles, constitue un élément du diagnostic et à ce titre il ne peut être examiné que dans le cadre d'une expertise. Par conséquent ne figurant pas dans les pièces du dossier constitué par les services administratifs de la caisse, la Cour de cassation aura l'occasion de réaffirmer, à l'occasion d'arrêts plus récents³⁹, que l'employeur ne peut en demander la communication directe. De plus, dans la continuité de cet état d'esprit, l'arrêt rendu le 17 décembre 2009⁴⁰ vient ajouter quant à lui que l'avis du médecin spécialiste consulté par le médecin-conseil, dans le cadre de la détermination de l'affection touchant un salarié, n'a pas à figurer dans les pièces du dossier dont l'employeur peut solliciter la communication.

29. Ainsi, en dehors des cas expressément prévus par la loi, à défaut d'accord de la personne sur la communication de documents portant sur des informations médicales la concernant, ceux-ci ne pourront être révélés à un tiers cherchant à obtenir un moyen de preuve.

De plus, la jurisprudence ainsi que la loi s'attachent actuellement à limiter la portée de ces exceptions légales, les interprétant strictement, afin de préserver le respect du secret médical. En revanche, dans le cadre d'une expertise ordonnée en justice, attachée au principe du contradictoire la jurisprudence veille à l'effective transmission des documents sur lesquels se fondent chacune des parties pour soutenir leurs prétentions dans le cadre du procès et si elle ne peut contraindre à livrer l'information, elle accepte de tirer toutes les conséquences d'un refus⁴¹.

30. En outre, en l'absence de toute obligation légale le salarié qui transmettrait volontairement des informations couvertes par le secret médical à son assureur ou à sa mutuelle, serait alors réputé abandonner la protection que lui offre le secret à l'égard desdits documents, permettant de ce fait à son adversaire d'en prendre connaissance dans le cadre d'un débat.

³⁷ Civ. 2^{ème}, 17 janv. 2008, n° 07-13.356 : *JurisData* n° 2008-042312

³⁸ Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, n° 07-10.155. et Civ. 2^{ème}, 17 janvier 2008, n°07-13.356

³⁹ Civ. 2^{ème}, 10 sept. 2009, n° 08-18.078, inédit et Civ. 2^{ème}, 14 janv. 2010, n° 08-22.033, inédit

⁴⁰ Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009, n° 08-20.915 : *JurisData* n° 2009-050871

⁴¹ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, Bull. civ. I, n° 306

*
* *

31. Ainsi, outre ces obligations légales, depuis la loi de 2002, les juges doivent tenir compte de la volonté du bénéficiaire du secret. C'est pourquoi, amorçant un retour en arrière au regard de ce qu'elle avait pu déclarer plus tôt, la Cour vient réserver l'hypothèse de l'accord expresse du titulaire quant à la divulgation de son secret, ce qu'elle exprimera, mais sans le retenir pour autant, au travers d'un arrêt rendu le 19 mars 2009⁴². En l'espèce, est précisé que « *des informations couvertes par le secret médical ne peuvent être communiquées à un tiers sans que soit constaté l'accord de la victime ou son absence d'opposition à la levée de ce secret* ». Dans cette affaire, les faits portaient encore sur la procédure de contestation du taux d'incapacité permanente partielle affectant un salarié suite à un accident du travail et il était reproché à la CPAM de ne pas avoir transmis à l'employeur différentes pièces médicales nécessaires pour permettre un réel débat contradictoire, de sorte que l'employeur demandait à ce que la décision rendue lui soit déclarée inopposable, n'ayant pu exercer de façon effective son droit de recours. Ce à quoi la cour ne fera pas droit, observant l'absence d'accord du salarié, et par conséquent l'impossibilité de contraindre la caisse à communiquer à la société les informations demandées. De même que dans un arrêt antérieur⁴³ à l'occasion de fait peu différents, toujours dans le cadre de la détermination d'un taux d'IPP, il était reproché au service médical de la CNAMTS détaché auprès de la caisse primaire, de refuser de se plier à une ordonnance du tribunal lui enjoignant de verser aux débats tous les documents médicaux sur lesquels elle se fondait afin de déterminer le degré d'invalidité d'un salarié, invoquant le respect du secret médical. Ce qui sera l'occasion pour la Cour de préciser que « *si l'accord du salarié à ce que soit transmis directement à son employeur des documents médicaux, en ce qu'il constitue un fait juridique se prouve par tout moyen, et par conséquent peut être déduit au moyen de présomptions, il ne peut résulter de la seule sollicitation de prestations* ». De sorte que la caisse était bien fondée à opposer un tel refus.

32. Aussi, en dehors des cas particuliers pour lesquels les magistrats imposent la révélation de tous les documents venant à l'appui de la décision rendue par l'organisme social, l'obtention d'une preuve par un tiers, adversaire dans le cadre d'un procès, dépend de l'acceptation par la

⁴² Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n°08-11959

⁴³ Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, n° 07-18.364

personne sur qui portent les informations médicales de les lui livrer. Il appartiendra donc désormais aux juges, saisis au fond du dossier, de déterminer si le refus opposé peut être reconnu comme légitime, auquel cas le médecin pourra refuser de dévoiler les informations qu'il détient sans encourir une quelconque sanction, ou si le titulaire du secret peut être considéré comme ayant renoncé à se prévaloir de cette protection au regard de l'ensemble des circonstances.

33. En revanche, si le demandeur au procès est la personne sur qui porte le secret, l'application des règles relatives au droit de la preuve suffit à résoudre le problème que pose la recherche d'informations couvertes par le secret médical. En effet, les dispositions générales déterminant la charge de la preuve, la faisant supporter par celle des parties qui invoque une prétention, le secret médical n'est alors plus un obstacle dans la mesure où depuis la loi du 4 mars 2002 celui-ci n'est plus opposable au titulaire désirant accéder aux informations le concernant lequel pourra donc les produire aisément au soutien de ses prétentions. C'est ainsi que par exemple dans le cadre d'une procédure d'indemnisation du VIH l'article L. 3122-2 du Code de la santé publique prévoit que la victime doit justifier de sa contamination en faisant connaître tous les éléments d'information dont elle dispose. Il ne lui sera donc pas difficile d'entrer en possession des informations requises.

34. En effet, s'il a pu être soutenu dans un premier temps, que, sollicité par son patient, le médecin peut lui opposer le respect du secret médical pour refuser de lui délivrer une information le concernant, cette vision, privilégiant la protection de l'intérêt public que poursuit le secret, est aujourd'hui abandonnée au profit d'un droit de savoir, plaçant l'homme en temps qu'acteur de sa propre vie. Car si cette conception absolutiste du silence tendait à garantir l'un des éléments fondant la vertu de la profession, en plaçant seul le médecin à la tête d'un savoir qu'il a élaboré, mais qui ne le concerne pas, gardien jaloux du bien qu'il a fait naître, la justification par l'exigence nécessaire de la confiance ne donnait pas à celui qui l'octroie les moyens de la remettre en cause. Aussi, avant que la loi, en 2002, ne vienne octroyer au patient un droit d'accéder seul, et sans la présence nécessaire d'un médecin, à son dossier médical sur simple demande⁴⁴, les juges du Conseil d'Etat reconnaissaient dans un

⁴⁴Article L1111-7 CSP « Toute personne a accès à l'ensemble des informations concernant sa santé détenues, à quelque titre que ce soit, par des professionnels et établissements de santé, qui sont formalisées ou ont fait l'objet d'échanges écrits entre professionnels de santé... »

arrêt de 1957⁴⁵ que « *Les médecins ne peuvent invoquer le secret professionnel pour refuser à leurs clients, lorsqu'ils le requièrent, un certificat destiné à exprimer les constatations médicales qu'ils ont faites sur leurs personnes.* ». Lesquels ont été suivis par la Cour de cassation qui à son tour énonce en 1972⁴⁶ que « *L'obligation de respecter le secret médical est édictée en la matière dans l'intérêt du malade et elle ne saurait être opposée à celui-ci quand la détermination de ses droits dépend des renseignements recherchés* ». Officialisant de la sorte le caractère privé du secret, intimement lié à la vie privée, mais uniquement dans le cadre d'un litige, lorsque l'exigence d'une preuve pèse sur le titulaire.

35. Ainsi si ces arrêts représentent une première entorse à l'absolutisme du secret faite par la jurisprudence, encore fallait-il dans un premier temps que le patient justifie d'un motif particulier afin de pouvoir avoir connaissance lui-même des informations le concernant. Aujourd'hui, cette exception a évolué faisant place à la reconnaissance légale d'un véritable droit d'accès du patient aux informations médicales le concernant, lui permettant depuis la loi du 4 mars 2002 n° 2002-303 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, d'en demander la communication sans que le médecin ne puisse s'y opposer⁴⁷, quelle qu'en soit la finalité. De sorte que c'est opposé au droit de la preuve que le secret médical a commencé à évoluer abandonnant une part de son indisponibilité au bénéfice de celui qu'il protège.

36. Aussi, rappelant le caractère désormais disponible du secret médical, dans son arrêt rendu le 25 novembre 2010⁴⁸, la première chambre civile énonce que « *Toute pièce couverte par le secret médical ne peut être communiquée qu'à la demande du patient intéressé* ». En l'espèce, la requérante faisait grief au médecin à qui elle s'opposait de ne pas lui avoir communiqué spontanément, par l'intermédiaire de son médecin conseil, les documents sur lesquels il se basait et demandait à ce que l'expertise réalisée lui soit pour ce fait inopposable. Mais, observant que la demanderesse n'avait pas formulé de demande dans le but d'obtenir lesdits documents la concernant, la Cour rejettera sa demande. De telle sorte que, si le secret médical n'est plus un obstacle pour le titulaire, souhaitant prendre connaissance des constatations qui,

⁴⁵ CE, 12 avril 1957, Dupont, *D.* 1957-336

⁴⁶ Cass., soc., 1er mars 1972, *Bull.* V, 162

⁴⁷ Sauf exception voir notamment pour les personnes protégées qui devront en faire la demande par leur représentant

⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2010, n° 09-69721.

effectuées par le médecin, ont trait à sa vie privée, encore faut-il qu'il en demande expressément la communication.

37. Par ailleurs, si chacun peut actuellement avoir accès aux informations médicales le concernant, ce qui lui permettra de les produire en tant que preuve lors d'un litige, c'est également à condition que des telles informations ne portent que sur sa personne, à l'exclusion de toute autre. C'est pourquoi, dans l'hypothèse où le médecin se verrait demander de livrer une information susceptible d'avoir des conséquences personnelles pour celui qui en fait la demande, autres que le simple fait de remporter le procès engagé, mais portant sur une personne tierce, il ne pourra accéder à la demande et devra refuser de communiquer le renseignement qu'il détient.

Aussi, s'il est possible de saluer une récente avancée en terme d'autonomie du sujet, il est également intéressant d'observer qu'il subsiste encore certaines zones d'ombre, empêchant la communication d'informations relatives à la vie privée de celui qui en fait la demande. Et ce en dépit du caractère intime des informations concernées et de leur utilité comme preuve pour celui qui en fait la demande. Cela est notamment le cas, dans un domaine voisin du secret médical, s'agissant des informations portant sur l'origine d'une personne lorsque cette dernière les ignore en raison des circonstances particulières entourant sa conception ou sa naissance. A titre d'exemple, la loi permet à une femme d'accoucher anonymement, protégeant de cette façon celle qui en fait la demande contre la révélation de son état de grossesse antérieur à un tiers ; celle-ci étant fictivement traitée comme n'ayant jamais accouché, de sorte que l'enfant ne pourra accéder à ses origines et se verra refuser l'accès aux documents médicaux qui auraient pu lui permettre d'identifier sa mère biologique. Et s'il lui est reconnu la possibilité d'accéder à toutes les informations médicales le concernant directement, permettant par exemple de l'informer sur l'existence d'antécédents médicaux dans la famille de ses parents biologiques, cela se fera dans la mesure où les informations transmises ne permettent pas d'identifier la personne ayant accouché. A ce sujet, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité à propos des articles L. 147-6 et L. 222-6 du Code de l'action sociale et des familles, le Conseil constitutionnel, dans une décision de 2012, déclarait conforme à la constitution ces articles restreignant pour une personne l'accès aux origines personnelles⁴⁹. De telles informations se rapportent donc plus à la personne de la mère qu'à celle de l'enfant qui ne pourra donc y avoir accès.

⁴⁹ Cons. const., déc., n° 2012-248 16 mai 2012 QPC

38. Par ailleurs, la loi interdit encore la levée du secret de l'identité du donneur de gamètes, sauf hypothèses particulières ayant trait à l'état de santé de l'une des parties, donneur ou enfant, lorsqu'une telle révélation est susceptible d'avoir des conséquences pour l'une d'entre elles. Ce que confirme la jurisprudence administrative qui, saisie d'un recours tendant à annuler la décision refusant à une personne la communication de données, même non identifiantes, relatives aux donneur de gamètes, déclarera le refus légal, rappelant les hypothèses restrictives qui seules permettent la transmission de telles informations⁵⁰.

Mais le secret des origines constitue encore un autre secret évoluant de façon autonome à côté du secret médical et si ce dernier continue à constituer un obstacle de taille dans l'obtention d'une information concernant un tiers, la protection du secret des origines semble quant à elle pouvoir évoluer en faveur d'une révélation permise à l'enfant qui en fait la demande⁵¹.

39. Pour conclure sur ce point, si l'évolution de la jurisprudence admet désormais que le secret médical ne soit plus opposable à son titulaire réclamant l'accès aux informations le concernant, et ce en raison tout d'abord de la nécessité de recueillir une preuve, ainsi que du caractère personnel des informations, il reste encore des domaines qui, bien que relatifs à la vie privée, n'admettent pas la levée du secret entourant les informations demandées. Quand bien même celles-ci constitueraient une preuve nécessaire pour celui qui en fait la demande, notamment dans un procès tendant à faire établir une filiation.

40. Par ailleurs, revers de la reconnaissance du caractère disponible, désormais reconnu aux informations de santé pour celui sur qui celles-ci portent, cette trop grande facilité d'accès fait craindre aujourd'hui une dérive, notamment au profit des organismes d'assurance qui, ne pouvant obtenir l'information du médecin lui-même, imposeront au bénéficiaire du secret d'en relever le contenu s'il veut pouvoir obtenir le versement de la garantie souscrite⁵². Ainsi, disposant de son dossier médical, le patient pourra s'engager contractuellement à en révéler le contenu dans certaines circonstances, ce qui représente un moyen efficace pour le potentiel adversaire dans un procès afin de s'assurer de l'obtention des documents médicaux dont il aura besoin au soutien de ses prétentions.

⁵⁰ TA Montreuil, 14 juin 2012, n° 1009924

⁵¹ CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19535/08

⁵² Cf : voir l'anticipation contractuelle dans la première partie du chapitre deux

41. D'abord hostile à la validité de ces clauses de renonciation anticipée, au travers desquelles le titulaire s'engage ne pas à se prévaloir du secret médical, la Cour de cassation les déclarerait nulles, protégeant le caractère absolu du secret médical. Et ce alors même que cet absolutisme tendait à s'affaiblir au profit de la personne concernée par les informations portant sur sa santé. C'est ainsi qu'en 1986⁵³, les magistrats de la première chambre civile, confirmant la Cour d'appel en ce qu'elle avait déclaré nulle la clause de renonciation anticipée au secret médical, intégrée dans un contrat d'assurance, énoncent que, « *sauf dans les cas où sa révélation est permise ou imposée par la loi, le secret médical doit être observé à l'égard des tiers, en particulier quand ils en demandent la révélation par l'intermédiaire du malade lui-même* ». Aussi, si dans un premier temps il est admis en jurisprudence que le titulaire du secret puisse en disposer, ce n'est que de manière très limitée, à condition de le produire en justice dans son propre intérêt, toute autre disposition des informations protégées étant exclue. En conséquence, l'assureur ayant fait conclure un contrat contenant une telle clause ne pouvait en exiger la réalisation en justice afin d'obtenir les documents nécessaires à lui servir de preuve.

42. Cependant, évoluant vers une plus grande liberté du patient sur les informations le concernant, les magistrats admettront par la suite que celui-ci transmette volontairement à un tiers un document ou des informations se rapportant à son état de santé qu'il détient, les exemples jurisprudentiels s'illustrant à nouveau à propos de contrats d'assurance. A ce titre, par un arrêt rendu en 1998⁵⁴, la Cour de cassation admet qu'un assureur fasse dépendre sa garantie du renseignement par l'assuré d'un questionnaire relatif à son état de santé, à condition que les informations requises ne contredisent pas d'interdictions légales telle que celle posée par l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique interdisant, d'une part, « *toute question relative aux tests génétiques et à leur résultat* », d'autre part, toute demande tendant à ce qu'une personne se soumette « *à des tests génétiques avant que ne soit conclu un contrat de protection complémentaire en matière de santé et pendant toute la durée de celui-ci* ».

Aussi, ayant admis le caractère disponible des informations médicales depuis la loi du 4 mars 2002, la Cour de cassation opérera un revirement de jurisprudence à propos de la renonciation anticipée au secret médical, et par plusieurs arrêts rendus à la fin de l'année

⁵³ Civ. 1ère, 18 mars 1986, n° 84-15702, *Bull. civ. I*, n° 68

⁵⁴ Civ. 1ère, 7 octobre 1998 : *Bull. civ. I*, n° 280 ; *JCP G* 1998, II, 10185, *concl. C. Petit*.

2002⁵⁵, les juges, font prévaloir l'autonomie de la volonté et la force obligatoire du contrat, déclarant de telles clauses valables employant la formule selon laquelle « *l'assuré avait, en acceptant la divulgation de certains éléments le concernant, renoncé lui-même et par avance au secret médical* ». C'est ainsi que, dans l'arrêt du 29 octobre, la Cour rejettera l'opposition des ayants droit à ce que les documents contenant la cause du décès de l'assuré soient transmis à l'assureur, les magistrats observent alors qu'un tel refus ne pouvait poursuivre un but légitime dans la mesure où l'assuré lui-même avait par avance renoncé à se prévaloir du secret. Par conséquent l'assureur fut déclaré bien fondé à refuser la garantie, produisant le contrat d'assurance contenant la clause de renonciation anticipée en tant que preuve du consentement de l'assuré.

43. On observe donc que même face à une clause contractuelle de renonciation anticipée au secret médical, les magistrats de la Cour de cassation continuent à apprécier la légitimité du refus, mais que, au stade de l'obtention de la preuve, la seule inexécution du contrat suffit à caractériser celle-ci, et ce alors même qu'un tel motif n'est pas exigé lors de la conclusion du contrat.

44. En outre, il reste que dans l'hypothèse venant d'être exposée, la loi pénale ainsi que la jurisprudence, encadrent strictement la possibilité pour une partie d'exiger d'une autre le versement aux débats des informations secrètes convoitées. De sorte que si l'obtention d'une preuve portant sur la délivrance d'une information médicale, peut désormais faire l'objet d'un contrat entre les parties, la conclusion de cet engagement reste très encadrée afin d'éviter les dérives. A ce titre, le Code de la sécurité sociale incrimine spécialement le fait pour une personne d'obtenir ou de tenter d'obtenir une information protégée par le secret médical en violation des seules dérogations légales expressément prévues⁵⁶. Et de manière plus générale, les infractions d'extorsion et de chantage prévues par le Code pénal incluent les secrets parmi les éléments sur lesquels peuvent porter l'élément matériel de l'infraction ; ce qui permet de limiter l'effectivité des craintes formulées.

⁵⁵ Civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, *Bull. civ. I*, n° 244 ; *Resp. civ. et assur.*, 2003, *comm. n° 56* et Cass. 13 novembre 2002, n° 01-01.362

⁵⁶ Art. L1110-4 CSP

« *Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir la communication de ces informations en violation du présent article est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende.* »

45. Aussi l'étude de la jurisprudence actuelle amène à conclure que le respect du secret médical reste encore aujourd'hui le principe, empêchant la communication directe de documents protégés à la partie adverse qui en ferait la demande. De telles demandes, émanant de l'adversaire, se retrouvent en outre presque exclusivement en matière civile. En effet, le procès étant la chose des parties, il leur appartiendra de rapporter la preuve de leurs prétentions, le juge n'ayant alors vocation qu'à intervenir de façon très subsidiaire contrairement à la matière pénale.

Néanmoins, la libre disposition reconnue récemment à ces informations, pour la personne qui en fait l'objet, permettra aussi à celui-ci d'en disposer dans le cadre d'un litige. De plus par exception, certains textes viennent prévoir la communication directe au profit de l'adversaire de documents couverts par le secret médical, notamment dans le cadre de litiges dont la résolution dépend exclusivement de ceux-ci en tant que moyen de preuve, afin de garantir le respect du principe du contradictoire, la Cour de cassation s'employant alors à veiller au respect d'une interprétation stricte de ces hypothèses.

46. Afin de conclure, si dans un premier temps la nécessité de permettre au titulaire du secret d'avoir accès aux informations le concernant, dans le cadre de la recherche d'une preuve, a pu avoir comme conséquence l'affaiblissement de l'absolutisme du secret médical, ce dernier est également à l'origine d'un mouvement inverse remettant en question certaines règles applicables à la recherche de preuve, aboutissant à un recul du respect du contradictoire au bénéfice d'un compromis permettant de mieux respecter la préservation du secret.

47. Et, ainsi que cela vient d'être exposé, si cette demande peut être formulée directement par une partie, elle pourra également l'être par le juge qui sans ordonner une expertise pourra solliciter du professionnel qu'il lui transmette des informations qu'il détient déjà sur son patient.

2) La demande faite par le juge

48. Il s'agit désormais d'étudier les possibilités légales reconnues au juge de demander à un professionnel de santé qu'il lui transmette des informations couvertes par le secret professionnel, parce que la recherche de preuve le rend nécessaire avant qu'il ne prenne une décision mais sans recourir à l'emploi d'une mesure d'instruction. Cette communication a alors lieu la plupart du temps à l'égard de magistrats professionnels statuant dans le cadre d'une formation collégiale ou à juge unique. Néanmoins, et particulièrement dans le domaine médical, il se pourra que le litige soit porté devant une formation de jugement pratiquant l'échevinage qui pourra également exiger la communication de pièces, ce qui ne portera cependant pas plus atteinte au secret médical, en ce que les assesseurs non professionnels sont également astreint au respect du secret professionnel.

49. Tout d'abord dans le cadre de la demande formulée par le juge en matière civile, le Code de procédure permet aux magistrats d'ordonner la réalisation de mesures d'instruction propres à obtenir la délivrance d'une preuve, mais n'encadre pas la demande formulée par le juge en dehors de ces cas.

Ainsi en cas de refus du titulaire de transmettre les informations le concernant, bien que partie au litige, la jurisprudence préserve le secret médical et refuse d'enjoindre la transmission des documents litigieux à l'adversaire, tout en se réservant le rôle d'apprécier la légitimité d'un tel refus et d'en tirer toutes les conséquences et notamment celle de permettre l'intervention du juge dans la recherche de la preuve. Tel était le cas dans un arrêt rendu 7 janvier 2002 par la Cour d'appel de Paris à l'occasion d'un litige opposant une personne souffrante à son assureur, la Cour rappelle en effet que le secret médical ne constitue plus un motifs légitime s'il vient à être opposé uniquement pour faire échec à l'obtention d'une preuve et à l'exécution de bonne fois du contrat, permettant en conséquence à l'assureur de palier au refus en demandant au juge qu'il ordonne une expertise.

Finalement en matière civile, soit le patient accepte de verser aux débats les informations médicales recherchées le concernant, et dans cette hypothèse son accord permet d'obtenir comme preuve les documents protégés en ce qu'il les livrera sans difficultés, soit les magistrats tireront toutes les conséquences du refus que celui-ci aura opposé

50. De sorte que désormais si dans le cadre d'un procès civil le respect du secret médical continu à constituer un motif légitime, celui-ci n'est plus que relatif en ce qu'il appartiendra au juge d'apprécier le caractère légitime du refus et au besoin d'ordonner une mesure d'expertise afin d'y palier. Aussi, le choix d'un tel compromis présente-t-il l'avantage d'assurer à la fois le respect du secret médical ainsi que ce qui semble aujourd'hui pouvoir être désigné par droit à la preuve, entendu dans la mesure où celui-ci permet d'obtenir une preuve. L'inconvénient restant alors que, l'expert ne pourra faire que constater que l'état de santé présent de la partie adverse sans toujours pouvoir en déduire les informations médicales antérieures recherchées.

51. Par ailleurs, et de manière plus fréquente, c'est en matière pénale que l'observation de la pratique professionnelle donne à voir qu'il n'est pas rare que le juge sollicite la transmission de renseignements à caractères médicaux afin d'établir l'imputabilité de l'infraction à la personne prévenue, accusée, ou mise en cause. En effet, la mise en évidence de troubles psychiques ou neuropsychiques, en ce qu'ils auraient aboli le discernement de l'auteur au moment de la commission des faits, empêchera de déclarer ce dernier pénalement responsable, le faisant ainsi échapper au prononcé d'une peine, remplacée par les mesures de soin nécessaires. La simple altération des facultés mentales présente quant à elle comme conséquence d'atténuer les effets encourus pour la réalisation d'une telle infraction⁵⁷ en imposant au juge d'adapter la sanction prononcée. Aussi le tribunal cherchera-t-il à connaître la part de choix ayant déterminé la personne lors de son passage à l'acte afin de pouvoir y apporter la réponse la plus adaptée entre sanction et soins, ce qui implique par conséquent pour les juges d'avoir accès à un certain nombre d'informations sur la personnalité de l'auteur, couvertes par le secret médical.

En effet, le prononcé d'une sanction adaptée et efficace à l'encontre d'une personne nécessite de pouvoir apprécier la capacité de cette dernière à comprendre et répondre de ses actes de façon à ce que cette sanction fasse sens pour celui qui la subie, la peine étant motivé par la volonté de punir la décision prise par l'auteur, en toute conscience, de réaliser un acte jugé contraire à la vie en société, de façon à ce qu'un tel agissement ne se reproduise pas. Le choix se portant en revanche sur une mesure de sûreté, alternative de plus en plus présentes au sein de notre code pénal, lorsqu'il s'agit non plus de punir un acte mais d'en prévenir la

⁵⁷ Art. 122-1 C. Pén

réalisation. Aussi les renseignements médicaux constituent-ils le seul moyen pour le juge de prouver l'imputabilité de l'infraction à son auteur, en renseignant sur son état lors de la commission des faits.

52. Pourtant, adoptant une position tout à fait radicale, la chambre criminelle interdit toute communication de documents à caractère médical en hors du cadre d'une expertise judiciaire à l'occasion de la phase de recherche, rendant inopérante la demande de transmission de tels documents adressée par une partie ou par le juge. C'est ainsi que dans un arrêt rendu le 20 janvier 1976⁵⁸, la Cour de cassation refuse que le dossier médical de la victime soit versé aux débats suite à la demande de l'auteur de l'infraction, admettant uniquement qu'un expert puisse être nommé afin d'en prendre connaissance. Par cet arrêt, la Cour réaffirme la position qu'elle adoptait quelques jours plus tôt selon laquelle « *s'ils disposent de la faculté de donner mission à un expert de consulter les documents médicaux d'un hôpital relatifs au décès de la victime d'une infraction, les magistrats ne peuvent prescrire le versement d'un dossier hospitalier aux débats* ».

Ce qui explique qu'en pratique, la plupart du temps, les magistrats ordonneront directement une expertise sans tenter au préalable d'obtenir l'accès à des documents préexistants.

53. En s'appuyant sur droit positif, le constat actuel permet donc de retenir qu'en matière civile le secret médical constitue toujours un obstacle à la transmission directe des informations qu'il protège à l'adversaire, même si dans de tels contentieux, ce secret a également perdu en partie son caractère absolu. En effet, comme cela a pu être exposé auparavant, le secret médical est devenu, d'une part disponible pour son titulaire, la jurisprudence reconnaissant l'acceptation de se dernier à ce que les informations le concernant soient versées aux débats, abolissant ainsi la barrière symbolique de l'absolutisme du secret médical, d'autre part, le refus de livrer les informations médicales la concernant à son adversaire par la partie sollicitée, permet au juge d'en tirer toutes les conséquences et notamment d'ordonner une mesure d'instruction. Aussi, si le secret n'est pas dévoilé, cette position incitera grandement le patient à partager son secret, s'il ne veut pas perdre sa cause.

Par ailleurs, le raisonnement mené en matière pénale maintient quant à lui le refus de reconnaître une quelconque incidence de la demande faite par l'adversaire, ne reconnaissant

⁵⁸ Cass. crim., 20 janvier 1976, *Bull. crim.*, n° 23, *Gaz. Pal.* 1976, I, jur., p. 308.

pas au juge le pouvoir de faire droit à sa demande en ordonnant la transmission des informations recherchées, ce dernier ne pouvant des lors que nommer un expert afin qu'il prenne connaissance des documents ou ordonner la réalisation d'une mesure d'expertise.

54. Dès lors, quel que soit le domaine, il faut noter que le secret médical représente un obstacle effectif à l'obtention d'une preuve en ce qu'invoqué au titre de motif légitime celui-ci pourra empêcher la transmission effective des documents convoités, n'étant cependant pas insurmontable, dans la mesure où la loi réserve des hypothèses de transmission directe des informations, et que la jurisprudence a quant à elle mis en place des alternatives au refus.

Par ailleurs, toujours dans le cadre de l'obtention d'une preuve, plutôt que de requérir la transmission d'un document existant au soutien de ses prétentions, la partie ou le juge ayant besoin de renseignements médicaux, pourra solliciter de celui qui les établit qu'il vienne en faire état directement à l'audience. Il sera donc à nouveau observé que la limite tirée de la protection des informations par le secret se retrouve au travers des différents autres moyens d'obtenir une preuve.

B. Témoignage du médecin et protection contre la révélation orale du secret

55. Hors du cas où le juge va pouvoir se constituer seul la preuve recherchée grâce au recours à une expertise ou à une perquisition, celui-ci pourra vouloir obtenir d'un médecin qu'il témoigne de l'état médical d'une partie, moyen de preuve précieux afin de se faire une idée de l'état antérieur de la partie au procès. En effet comme l'a affirmé un arrêt rendu par le tribunal de grande instance de Paris⁵⁹, « *venant d'un professionnel autorisé, la confirmation transforme en un fait indiscutable ce qui n'était encore que supposition* », témoignant du poids déjà ancien de la parole des experts en justice.

En l'espèce, contrairement à l'adage socratique affirmant qu'« *il y a plus de peine à garder un secret qu'à tenir un charbon ardent dans sa bouche* » l'enjeu sera donc de réussir à obtenir du professionnel qu'il trahisse la confiance de son patient.

⁵⁹ TGI Paris, 5 juillet 1996, Gubler

56. De façon générale, à la lecture des différents Codes de procédure, la loi impose à toute personne, devant être entendue en temps que témoin, de comparaître et de déposer⁶⁰, le refus de livrer constituant même pour la personne sollicitée, une infraction pour entrave au fonctionnement de la justice, de sorte que toute personne appelée sera tenue de témoigner. Cependant, réservant tout de suite après des hypothèses inverses, parce que la protection d'un intérêt supérieur le justifie, les textes imposent dans certaines circonstances, à la personne appelée à témoigner de refuser de livrer ce qu'elle sait. Le principe est alors inversé et, en raison des circonstances particulières à l'origine de sa connaissance des informations recherchées, le professionnel sollicité devra garder le silence et ne pourra témoigner que s'il existe des dispositions légales spécifiques l'y autorisant.

57. Tel est en l'occurrence le cas du médecin qui, cité en justice comme témoin au sujet de faits dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de sa profession, devra se présenter, prêter serment mais pourra invoquer le secret professionnel pour refuser de parler, comme l'illustre un arrêt rendu par la chambre criminelle le 27 juin 1967⁶¹. Aménagement ancien puisqu'en 1845⁶² déjà, la jurisprudence avait admis que le médecin ayant soigné l'un des participants lors d'un duel puisse invoquer le secret médical afin de ne pas témoigner, le Code pénal punissant même dans un article 226-13, de 3 ans d'emprisonnement et 45000 euros d'amende l'hypothèse inverse, dans laquelle un professionnel aurait volontairement révélé une information couverte par le secret.

En outre, depuis un arrêt célèbre rendu le 8 mai 1947⁶³ la jurisprudence rappelle régulièrement⁶⁴ cette position selon laquelle sous la seule réserve d'une autorisation légale, le secret médical est général et absolu et qu'il n'appartient à personne d'en dispenser les médecins, se justifiant alors par le caractère d'ordre public reconnu dès l'origine au secret médical, garant de la confiance que doit pouvoir accorder toute personne à son médecin. Par la suite, confirmant sa position jurisprudentielle, la chambre criminelle approuve en 1992, l'arrêt rendu par une Cour d'appel autorisant un médecin à refuser de témoigner, affirmant que *«en dispensant le médecin, témoin régulièrement cité, de témoigner sur l'examen médical qu'il a effectué, sur le diagnostic qu'il a porté et sur la nature des médicaments qu'il a*

⁶⁰ Article 109 du CPP et article 10 du CPC

⁶¹ Cass. crim., 27 juin 1967, *Bull. crim.*, no 194, *JCP G* 1968. II. 15411, note Savatier.

⁶² Cass. civ. 1re, 26 juillet 1845, *D.* 1845. I. 340.

⁶³ Cass. crim., 8 mai 1947, *Bull. crim.*, no 126, *D.* 1948, p. 109, note Gulphe

⁶⁴ Cass. crim., 5 juin 1985, *Bull. crim.*, 1985, n° 218

prescrits à la victime, la cour s'est bornée à constater [...] que ce médecin était libre de ne pas fournir son témoignage ».

58. Par ailleurs, toujours dans le sens d'une grande protection du secret médical, les juges rappellent que le décès de son patient ne libère pas le médecin de son obligation de conserver le secret, et que si le respect du secret pesant sur les informations médicales se colore de plus en plus de l'intérêt individuel du patient, celui-ci tient avant tout à une exigence d'ordre public dépassant le strict lien interindividuel.

59. Néanmoins, et de tout temps, l'intérêt général s'est construit sur la conciliation d'intérêts individuels, expliquant que s'il protège la relation privilégiée entre le malade et son soignant, il reste que certaines situations exigent de pouvoir entendre le médecin.

Aussi, au sein des aménagements légaux déliant le médecin de son secret, l'article 226-14 du Code pénal introduit un fait justificatif permettant au professionnel, parce que les circonstances l'exigent, de livrer des informations à caractère médical sans encourir de sanction. Ainsi en est-il par exemple dans le cas du médecin informant les autorités judiciaires des sévices infligés à un mineur ou une personne ne pouvant se protéger en raison de sa vulnérabilité, ce que la jurisprudence, sur la base de l'article similaire de l'ancien code pénal, étendra au témoignage livré par le médecin requis dans de telles circonstances. Venant illustrer cette exception, un arrêt rendu par la chambre criminelle en 1992⁶⁵ retient pour sa part que « *le médecin cité en justice, pour une affaire de sévices sur la personne de mineurs de quinze ans, dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, est affranchi du secret professionnel et libre de fournir son témoignage sans s'exposer à aucune peine* ».

Dans un autre contexte, l'article 40 du Code de procédure pénale vient imposer une obligation de témoigner, applicable à toute personne qui aurait eu connaissance d'un crime ou d'un délit, le texte requérant alors d'en avertir le procureur de la République. Ce qui se traduira donc pour le médecin recevant une personne blessée, par le devoir d'en avertir les autorités judiciaires. Ainsi, bien qu'essentiel à la préservation d'une certaine paix sociale, le secret médical doit pouvoir céder devant d'autres impératifs d'intérêt commun lorsque les circonstances l'exigent, « *l'institution de soins ne pouvant être un sanctuaire mettant systématiquement à l'abri quiconque de toute poursuite* »⁶⁶.

⁶⁵ Cass. crim. 1er juill. 1992, n° 92-82.110, inédit

⁶⁶ DAVENAS (L.). « Le secret médical et la preuve judiciaire » *Recueil Dalloz* 2009

60. D'autre part, s'inscrivant cette fois dans la lignée faisant ample cas de la volonté du titulaire du secret, à partir de l'arrêt précité rendu par la chambre criminelle en 1985⁶⁷, la jurisprudence va admettre que le médecin puisse témoigner dans une instance civile comme pénale à la demande de son patient, relevant des faits dont il aurait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions. Cependant contrairement à la communication du dossier médical à laquelle, toujours au regard de la jurisprudence, le médecin ne peut s'opposer dans le cadre de la recherche d'une preuve par son patient, les mêmes juges de la chambre criminelle affirment depuis un premier arrêt en date du 8 avril 1998⁶⁸ que, bien qu'autorisé par son patient, le médecin peut refuser de témoigner. Une telle solution permet de rappeler que seule la loi peut exonérer le médecin de son obligation de respecter le secret médical et là encore, la loi intervenue le 4 mars 2002, rendant les informations médicales disponibles pour celui sur qui celles-ci portent, ne changera rien.

Aussi le témoignage du médecin ne constitue-t-il pas un droit pour le patient, désirant obtenir une preuve, le professionnel restant libre d'opposer son refus au partage oral des conséquences que seule la maîtrise de son art lui permet de tirer. Reste à savoir si le développement du droit à la preuve, récemment reconnu par la jurisprudence civile dans le cadre de la production de celle-ci, remettra en cause une telle solution en rendant obligatoire pour les médecins de témoigner à la demande de leur patient afin que ce dernier puisse obtenir la preuve souhaitée, et ce quelles que soient les circonstances de fait. Il est même possible d'aller jusqu'à imaginer que puisse alors s'appliquer aux médecins, l'infraction prévue par l'article 434-11 du Code pénal, laquelle fait encourir trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende à « *quiconque connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, de s'abstenir volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives* » à laquelle ils échappent jusqu'à présent.

61. Il apparaît donc aujourd'hui qu'en dehors de quelques rares hypothèses, où le défaut de moyens adaptés a permis à la jurisprudence de déclarer recevable le témoignage d'un médecin hors des circonstances prévues par la loi, seule une disposition légale, pourra contraindre le médecin à livrer en justice une information qu'il détient, serait-elle essentielle.

⁶⁷ voir note 56

⁶⁸ Cass. crim., 8 avril 1998, *Bull. crim.*, n° 138 ; *Dr. pénal*, 1998, comm. p. 113, obs. Véron

En effet, si l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 17 mai 1995⁶⁹ reçoit comme moyen de preuve l'audition d'un médecin entendu à titre de simple renseignement par le président de juridiction, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, c'est uniquement au motif du défaut de moyen adapté dans le mémoire déposé par le demandeur. Par ailleurs, sollicité par son malade, il revient au professionnel de faire seul le choix de témoigner en justice, s'il estime que son témoignage peut être de nature à empêcher la condamnation d'un innocent. Toutes ces solutions ont également vocation à s'appliquer à l'audition du médecin par les autorités de poursuite lors de la phase d'enquête.

En outre, il faut préciser que sa profession n'interdit pas au médecin de témoigner en tant que simple citoyen, indépendamment de tout élément recueilli au cours de son exercice professionnel. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu admettre qu'un médecin témoigne en justice à titre d'ami de la famille dans une procédure de divorce, les juges relevant avec raison que, n'intervenant pas à titre professionnel, celui-ci n'était pas tenu d'invoquer le secret pour refuser de témoigner⁷⁰.

62. Enfin, si le témoignage peut porter sur la révélation d'informations couvertes par le secret médical, ce dernier peut également vouloir au contraire être utilisé à titre de preuve de la violation du secret médical. Très largement admis dans ce cas, celui-ci obéit alors aux règles générales encadrant l'utilisation du témoignage comme preuve en justice. La jurisprudence administrative et notamment la Cour administrative d'appel de Bordeaux⁷¹ précisant cependant que, un témoignage, seul, ne suffit pas à démontrer la violation du secret.

63. Pour conclure, on observe que, quel que soit le mode d'obtention écrit ou oral de l'information dans le but de se constituer une preuve, le secret médical constitue un empêchement efficace, justifiant le refus, pour celui qui l'invoque sans abus, de coopérer à la manifestation de la vérité. Aussi, confronté à un tel secret, le droit de la preuve ne peut donc compter jusqu'à présent sur un droit d'exiger une révélation pour se concrétiser, restant par conséquent bien théorique en dehors des hypothèses du versement spontané aux débats par une partie des documents protégés dont elle est en possession.

C'est pourquoi dans le cadre de la recherche d'une preuve, les magistrats préféreront souvent le recours à un expert qui établira un nouveau bilan de l'état de santé de la personne

⁶⁹ Cass. crim., 17 mai 1995, n° 94-85.000, inédit

⁷⁰ DAVENAS (L.). « Le secret médical et la preuve judiciaire » *Recueil Dalloz* 2009

⁷¹ CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 15 déc. 1997, req. n° 95-1168

poursuivie, au moment où il est saisi. Et bien que cette solution ne puisse pas toujours permettre de connaître ledit état au moment des faits, elle aura cependant le mérite de ne pas se voir opposer le secret médical de la même manière, permettant au juge de prendre connaissance des informations protégées.

II. Le secret médical, obstacle à une mesure d’instruction

64. Toujours dans le but de réunir les preuves nécessaires au procès, plutôt que de tenter d’obtenir la communication d’un document ou un témoignage attestant de l’état de santé antérieur de l’une d’entre elles, les parties auront intérêt à solliciter l’emploi par le juge d’une mesure d’instruction qui, si elle ne permet pas de faire remonter les constatations dans le temps, présente tout de même l’avantage de ne pas faire dépendre l’obtention de la preuve de la coopération de l’adversaire. Ainsi le juge peut-il ordonner d’office, ou à la demande d’une partie, de procéder à une expertise (A) ou encore opérer une perquisitions (B) de manière à pouvoir ensuite utiliser les documents médicaux recueillis comme moyen de preuve.

Cependant, si le secret médical pourra dans ce cadre être plus facilement écarté, il n’en reste pas moins un obstacle de taille, influençant le déroulement comme le résultat de la mesure.

A. Lorsque la mesure dépend encore de tiers, des aménagements apportés à l’expertise judiciaire

65. Quelle que soit la matière, les différents Codes de procédure donnent aux juges la possibilité d’ordonner une mesure d’expertise afin d’obtenir la preuve d’un fait dont la détermination s’avère nécessaire à la résolution du litige. Ainsi, il lui sera possible de donner mission à un tiers, tenu lui aussi au secret professionnel, de rencontrer une partie afin de dresser un bilan médical de cette dernière, ou encore de prendre connaissance de documents médicaux ne pouvant être versés aux débats.

Une telle intervention représente une aide précieuse pour les parties souhaitant pouvoir utiliser comme moyen de preuve au soutien de leurs prétentions un document couvert par le secret médical, notamment si elles n’arrivent pas à obtenir de leurs adversaires qu’ils

coopèrent. En effet, outre le caractère comminatoire de l'intervention judiciaire, le recours au juge permettra d'utiliser l'astreinte afin de forcer la délivrance du document⁷².

Or, de façon encore récente, il était admis que seule une mesure ordonnée par un juge saisi du fond de l'affaire pouvait contraindre un tiers à verser un document qu'il détient aux débats, les ordonnances prises en référé ne pouvant quant à elles enjoindre la remise qu'à condition que la personne visée soit partie à la procédure. De sorte qu'en dehors de l'hypothèse où été en cause le détenteur du document médical, il n'était pas possible d'en solliciter la délivrance en référé. Néanmoins depuis un arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 26 mai 2011⁷³ la Cour de cassation rompt avec cette logique restrictive en affirmant que désormais l'article 145 du Code de procédure civile offre la possibilité de solliciter la production de documents détenus par un tiers. Aussi, et bien que l'espèce de cet arrêt ne portait pas sur un document protégé par le secret médical, il est possible d'imaginer qu'un raisonnement par analogie permettrait d'étendre cette solution à la demande de production forcée d'une preuve détenue par un médecin, tiers à l'instance.

66. Cependant, il convient d'indiquer dès à présent qu'en principe le prononcé d'une mesure d'instruction appartient au pouvoir souverain des juges du fond. Ainsi, par un arrêt datant du 1^{er} décembre 2011, la chambre sociale de la Cour de cassation approuvait la Cour d'appel qui avait refusé d'ordonner une expertise médicale sur un employé à la demande de son employeur, lequel souhaitait en l'espèce apporter la preuve de l'absence de liens entre la maladie du salarié et le caractère professionnel du mal dont il souffrait. Les magistrats refuseront pourtant d'ordonner la mesure, au motif que l'employeur n'apportait pas la preuve que la maladie de son salarié était dépourvue de lien avec sa profession, comme l'impose le Code du travail, alors que ce dernier demandait justement à obtenir la preuve de l'absence d'un tel lien grâce à l'emploi d'une expertise. Ainsi dans cette affaire, l'appelante, Association hospitalière Sainte-Marie, contestait le fait que les juges du fond aient rejeté sa demande d'expertise judiciaire « *destinée à rechercher si les conséquences de l'accident du travail dont sa salariée a été victime, qui bénéficie de la présomption d'imputabilité instituée par l'article L. 411-1 du code de la sécurité sociale, n'étaient pas liées à un état pathologique préexistant, indépendant, évoluant pour son propre compte, au motif qu'elle ne produisait pas d'élément de nature à étayer ses prétentions* », et soulèvera par la suite une question prioritaire de constitutionnalité invoquant la contrariété de ce refus à l'article 16 de la DDHC

⁷² Art. 11 CPC

⁷³ Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-20.048, D. 2011. 1494

de 1789. Néanmoins, maintenant sa solution, la Cour de cassation refusera de transmettre la question formulée la déclarant dépourvue de caractère sérieux⁷⁴. Aussi les magistrats bénéficient-ils toujours seuls du pouvoir d'apprécier si les circonstances requièrent ou non d'ordonner une expertise, en l'espèce médicale.

En outre, saisie de la même question, la Cour européenne des droits de l'Homme ne remettra pas en cause le positionnement de la Cour de cassation et déclare dans un arrêt récent en date du 18 avril 2012⁷⁵, que « *le droit à une procédure contradictoire ne revêt pas un caractère absolu, et son étendue peut varier en fonction notamment des spécificités des procédures en cause* ». À cet égard, la Cour relève que le fait que l'expertise ne soit pas ordonnée dans tous les cas où l'employeur la demande, mais qu'elle ne soit décidée que dans le cas où la juridiction s'estime insuffisamment informée, est conforme aux exigences de la Convention en matière de procès équitable.

67. De telles constatations laissent donc apparaître que, malgré l'émergence d'un droit à la preuve, le juge reste doté d'un pouvoir étendu en matière d'obtention de preuves puisque opposée à l'exigence de respect du secret médical cette obtention dépendra de l'appréciation souveraine des nécessités de la cause par le magistrat. Dans un tel contexte, la preuve ne constitue donc pas encore un droit pour le justiciable mais un moyen mis à disposition du juge.

Néanmoins, depuis la reconnaissance expresse de l'existence d'un droit à la preuve par la Cour de cassation le 5 avril 2012, ainsi que son affirmation la même année que le juge ne peut refuser de trancher pour manque de preuve s'il a en outre reconnu l'existence d'une responsabilité, il est actuellement des hypothèses dans lesquelles le magistrat n'est plus libre d'accorder une expertise, mais sera tenu de le faire si une partie le lui demande. C'est pourquoi, face à l'augmentation de ces hypothèses impératives, et bien que certaines émanent de la chambre sociale dont la singularité est aujourd'hui connue, il est légitimement possible de s'interroger sur le maintien de sa solution par la Cour du droit.

Ainsi, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 28 mars 2000⁷⁶ apparaît comme précurseur en la matière, indiquant que dans le cadre de l'établissement contentieux de la filiation, sauf à invoquer un motif légitime, le magistrat devra ordonner une expertise suite à la demande d'une partie et ce afin de respecter le

⁷⁴ Civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 : *JurisData* n° 2011-011730

⁷⁵ CEDH, 18 avr. 2012, n° 20041/10, *Eternit c/ France*

⁷⁶ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12806.

principe du contradictoire en dépit des conséquences qu'entraîne pour le respect du secret médical la transmission de documents à l'expert pendant le déroulement de la mesure. Cependant, il demeure que ces hypothèses sont encore des exceptions et le principe au regard du droit positif commande toujours d'obtenir l'accord du magistrat saisi au fond ou en référé.

68. Aussi, dans l'hypothèse où le demandeur voudrait appuyer ses prétentions au moyen de documents médicaux, détenus par son adversaire ou un tiers refusant de les verser aux débats, l'octroi d'une telle mesure par le juge peut s'avérer précieuse. En effet, sauf à ce que la demande soit faite par le titulaire du secret à son médecin, auquel cas la jurisprudence n'admet pas que ce dernier puisse invoquer utilement le secret médical pour refuser de transmettre les documents sollicités, il sera nécessaire de recourir à la justice afin qu'un magistrat donne mission à un expert de prendre connaissance des données protégées par le secret.

Confrontée par conséquent à la résolution du conflit inévitable entre respect du secret médical et observation du contradictoire, la Cour de cassation adopte actuellement un compromis, et si elle reconnaît que l'emploi d'une expertise permet au magistrat de prendre connaissance d'informations couvertes par le secret médical cela reste sous réserve d'assurer que les informations dévoilées le seront au nombre le plus limité de personnes. Ainsi, par un arrêt rendu le 18 mars 1997⁷⁷, la Cour indique que pendant le déroulement de l'expertise, « *il appartient aux juges, devant assurer le respect des droits procéduraux, de prescrire les mesures efficaces pour éviter la divulgation des données médicales* ». En l'espèce, dans le cadre d'une action en concurrence déloyale entre des médecins radiologistes, le juge des référés avait ordonné à l'expert de prendre connaissance de documents médicaux propres à caractériser cette concurrence déloyale, néanmoins et afin d'assurer le respect du secret médical, il lui avait également interdit de révéler l'identité des malades que ce soit à l'une des parties ou dans son rapport, une telle précision n'étant pas utile pour la preuve recherchée. Saisie au sujet de la conformité de cette restriction, la Cour de cassation estime dans cet arrêt que le compromis adopté permet de concilier convenablement les intérêts en présence, confirmant la validité de la réserve imposée tout en réservant en outre aux parties la possibilité de désigner un médecin qui, au cours de l'expertise, pourra prendre connaissance des documents médicaux examinés par l'expert.

⁷⁷ Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, n° 95-12576.

Au travers de cette solution la jurisprudence permet donc de conserver le caractère contradictoire de l'expertise quel que soit le sujet sur lequel elle porte tout en minimisant l'atteinte au secret médical en ce que l'information dévoilée se limite au strict nécessaire et qu'elle n'est en outre qu'indirectement transmise à l'adversaire grâce à la nomination d'un médecin expert.

69. Cherchant à adopter une position semblable mais en matière de simple avis recueilli par le juge d'un tiers, le Conseil d'Etat rappelle que, comme devant le juge civil un tel avis n'a pas nécessairement à être élaboré contradictoirement cependant, si le tiers mandaté entend l'une des parties ou accepte de recevoir des documents de sa part, l'autre doit en être tenue informée. Reprenant cette solution de compromis dans un arrêt rendu le 13 février 2006⁷⁸, les magistrats administratifs précisent que l'autre partie doit être associée à l'élaboration de l'avis « *dans toute la mesure où le respect d'un secret, tel que le secret médical ou le secret des affaires, ne s'y oppose pas* ». Il appartient donc à nouveau au juge de concilier les intérêts en présence et de déterminer si ces conditions d'élaboration sont de nature à *vicier l'équité du procès*, auquel cas l'avis obtenu ne pourra être déclaré recevable en tant que moyen de preuve.

De sorte que si le secret médical n'empêche pas la réalisation de la mesure d'instruction il influe cependant sur son déroulement ainsi que sur le résultat pouvant être attendu de celle-ci.

70. S'agissant tout d'abord du déroulement de la mesure d'expertise, bien que portant sur des informations couvertes par le secret médical celle-ci reste soumise au droit commun de l'expertise judiciaire, certains aménagements légaux comme jurisprudentiels ayant cependant été apportés de façon à préserver le respect du secret. À ce titre, et dans le but d'assurer le caractère loyal de la preuve obtenue, comme cela vient d'être développé, l'expertise médicale doit respecter le principe du contradictoire, fondamental en matière civile, malgré le caractère intime des éléments recherchés. Ainsi, tous les documents constituant le dossier d'expertise, de même que le rapport rendu par l'expert, ont vocation à être portés à la connaissance de chacune des parties ainsi qu'à celle du juge ayant ordonné la mesure.

L'atteinte portée ici au secret médical est donc particulièrement conséquente en ce que de nombreux documents présents au sein de ceux remis dans le dossier d'expertise sont

⁷⁸ CE (3e et 8e sous-sect.) 13 février 2006 : SOCIETE FIDUCIAL INFORMATIQUE n° 279180

couverts par le secret. En effet, l'article 275 du Code de procédure civile indique que « *les parties doivent remettre sans délai à l'expert tous les documents que celui-ci estime nécessaires à l'accomplissement de sa mission* », ce que la chambre sociale de la Cour de cassation interprète dans un arrêt rendu en 1967⁷⁹, comme empêchant d'interdire « *à l'expert choisi par les parties ou commis par la juridiction contentieuse, de prendre connaissance des pièces et documents médicaux nécessaires à l'accomplissement de sa mission* ». Or en matière d'expertise médicale cela comprendra pour une grande partie des certificats médicaux, des résultats d'analyse et autres documents que le respect du secret médical tend à protéger contre une éventuelle révélation.

Aussi, en prenant part à une expertise, toute partie s'engagerait à renoncer à la protection du secret médical, ainsi qu'à verser spontanément aux débats les documents qu'elle détient demandés par l'expert, en demandant la communication, qui ne peut désormais plus lui être refusée, au professionnel les conservant si elle ne les détient pas.

71. Il faut cependant préciser qu'actuellement le Code de procédure civile prévoit également l'existence d'un motif légitime, admettant qu'un médecin se retranche derrière le secret médical pour refuser de coopérer.

En effet, parce qu'une telle mesure doit nécessairement respecter le principe du contradictoire en permettant à toutes les parties d'avoir accès aux informations recueillies alors même qu'elle porte sur des informations très personnelles, l'article 11 du Code de procédure civile est venu réserver l'existence d'un motif légitime, dont fait partie le secret médical, propre à justifier le refus opposé par le tiers afin de ne pas révéler les informations qu'il détient, contraignant les magistrats à s'en passer. Cette solution n'est en outre pas nouvelle, puisque dès 1987⁸⁰, la Cour de cassation reconnaît que le secret médical peut représenter l'un de ces motifs légitimes, ce qu'elle réaffirme plus généralement deux ans plus tard, lorsque dans le cadre d'un divorce pour lequel il était demandé à un archevêque de livrer des informations dont il avait eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, les magistrats admettent que celui-ci refuse de les livrer afin de servir de preuve, invoquant le respect du secret professionnel. La Cour affirme alors que : « *nul ne peut être contraint à produire en justice des pièces dont il a eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions et*

⁷⁹ Cass. Soc., 27 avril 1967, *Bull. civ. IV*, n° 343

⁸⁰ Civ. 1ère, 21 juillet 1987 ; *Bull. N°248*, p. 181, *Gaz. Pal., Rec. 1987, panor. cass. p. 269*

*touchant à l'intimité des personnes*⁸¹ ». Ainsi seule la demande formée par son patient, afin de se voir transmettre son dossier médical, liera le médecin qui devra lui délivrer l'information.

72. On remarque cependant que si les textes admettent qu'un tiers sollicité puisse se soustraire en arguant d'un motif légitime, une telle possibilité n'apparaît pas au bénéfice des parties. En effet, l'article 11 du Code de procédure civile indique que le juge peut « *à la requête de l'une des parties, demander ou ordonner, [...], la production de tous documents détenus par des tiers s'il n'existe pas d'empêchement légitime* », ne faisant pas état de ce même motif légitime quant à la production par les parties. Néanmoins, l'étude de la pratique judiciaire reflète que face au refus de transmission des documents par une partie au litige réclamant le respect de secret médical, les magistrats, ne pouvant en obtenir la délivrance par la force, plutôt que de faire usage de l'injonction sous astreinte, en tirent aujourd'hui toutes les conséquences, en appréciant le caractère légitime du refus.

73. Confrontées à ces divergences d'interprétation possible, entre nécessité de coopérer afin d'assurer un caractère contradictoire à l'expertise et motif légitime pouvant permettre à un tiers de refuser de livrer les informations qu'il détient lorsque celles-ci sont couvertes par le secret les chambres civiles de la Cour de cassation se sont longtemps opposées et après quelques hésitations, la jurisprudence semble actuellement fixée quant au fait que préalablement à la décision ordonnant la réalisation d'une expertise le juge civil doit avoir obtenu l'accord de la partie concernée, celui-ci ne pouvant en l'absence de dispositions législatives spécifiques, ordonner une expertise judiciaire portant atteinte au secret médical sans subordonner l'exécution de cette mission à l'autorisation préalable du patient.

La mesure d'expertise subordonne donc sa réalisation à la renonciation à un droit, celui d'invoquer le respect du secret médical, par conséquent si la partie sollicitée n'effectue pas les diligences nécessaires afin de prendre possession des documents médicaux demandés la concernant, détenus par un établissement de santé, l'expert ne pourra obtenir du juge l'autorisation que ceux-ci lui soient directement communiqués en s'adressant au médecin concerné.

En outre, afin de limiter les conséquences quant à la révélation du secret, tout en protégeant le respect du contradictoire, en matière d'expertise judiciaire les document

⁸¹ Civ. 2ème, 29 mars 1989 ; *Bull.* n°88, p.42 ; *Gaz. Pal., Rec.* 1989, panor. cass. p. 169.

médicaux ne sont pas directement transmis à l'adversaire mais au médecin désigné par lui à cet effet.

74. Ainsi, dans un premier arrêt rendu le 15 juin 2004⁸² par la Cour de cassation, celle-ci légitime le refus opposé par un médecin de déférer à l'ordonnance du magistrat chargé du contrôle des expertises l'enjoignant sous astreinte de transmettre le dossier médical de l'un de ses patients à un expert et affirme que : « *si le juge civil a le pouvoir d'ordonner à un tiers de communiquer à l'expert les documents nécessaires à l'accomplissement de sa mission, il ne peut, en l'absence de disposition législative spécifique, contraindre un médecin à lui transmettre des informations couvertes par le secret lorsque la personne concernée ou ses ayants droit s'y sont opposés (...) il appartient au juge saisi sur le fond d'apprécier si cette opposition tend à faire respecter un intérêt légitime ou à faire écarter un élément de preuve et d'en tirer toute conséquence (...)* ». Solution qu'elle reprendra quelques mois plus tard au bénéfice d'un établissement de santé détenteur des informations protégées par le secret⁸³, puis à nouveau en 2009⁸⁴ et, bien que l'expertise n'était pas ordonnée sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile, la généralité des termes employés, l'arrêt mentionnant « *le juge civil* », laisse penser que cette solution peut être appliquée à toutes les espèces.

Ainsi, conformément aux prévisions légales du Code de procédure, le médecin expert n'a pas accès directement au dossier médical des parties auxquelles il appartiendra de lui remettre volontairement. Aussi plusieurs auteurs⁸⁵ parlent à ce sujet de « *frontière étanche* » dressée par la jurisprudence entre le secret médical et l'impératif de transparence présidant au déroulement des expertises civiles.

75. Une telle solution n'a cependant pas toujours été celle adoptée par la jurisprudence. En effet, prenant dans un premier temps le parti inverse, la deuxième chambre civile retenait que l'expertise judiciaire, en ce qu'elle constitue un élément de preuve déterminant, doit respecter le principe du contradictoire, aussi le patient était-il automatiquement refusé à invoquer le secret médical dès lors qu'il introduisait une instance pour laquelle la recherche de preuves nécessitait de recourir à une expertise médicale. Ainsi, dans un arrêt rendu par la première

⁸² Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004 ; *Bull. civ. I*, n° 171 ; *Juris-Data* n° 024132

⁸³ Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, n° 02-12539 ; *Bull. civ. I*, n° 306

⁸⁴ Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 08-12.742 ; *D.* 2009. AJ. 1760

⁸⁵ P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNE et T. VASSEUR « Droit de la preuve » *Recueil Dalloz* 2009 p.2714

chambre civile le 22 novembre 2007, les magistrats énonçaient que « *le secret médical ne peut être opposé à un médecin expert lui-même tenu au respect de cette règle*⁸⁶ ».

76. Pourtant, opérant un revirement de jurisprudence par huit arrêts rendus le 13 novembre 2008⁸⁷, la deuxième chambre civile rejoindra la position de la première chambre excluant toute communication directe de documents couverts par le secret médical à l'expert en dehors de l'acceptation du patient ou de dispositions légales spécifiques. L'ensemble de ces arrêts retenant que ni l'accord de la victime ni son absence d'opposition à la levée du secret médical ne peut résulter de la simple sollicitation de prestations.

De telle sorte que si aujourd'hui certains arrêts continuent à affirmer l'existence d'une obligation pour le tiers détenant un dossier médical de le communiquer directement à l'expert désigné dans le cadre d'une expertise, ceux-ci trouvent leur justification dans l'existence de dispositions légales spécifiques le prévoyant expressément. Ainsi en était-il par exemple dans le cadre d'un contentieux portant sur l'attribution de prestations sociales pour lesquelles le code de la sécurité sociale légitime la communication directe par la Caisse à l'expert du dossier constitué⁸⁸.

Aussi en principe actuellement, seul le consentement du patient pourra permettre à l'expert d'obtenir les documents nécessaires à la réalisation de l'expertise.

76. En l'absence de disposition légale spécifique, et face au refus de livrer les documents nécessaires à la réalisation de l'expertise opposé par la partie sollicitée au médecin expert mandaté, comme aucune disposition légale ne permet de la contraindre le juge devrait refuser de statuer en raison du manque de preuve. On note que par son revirement de jurisprudence la Cour a donc substitué à l'approche objective, consistant à déclarer inopposable toute pièce non débattue contradictoirement, une approche subjective laissant aux juges du fond le soin d'arbitrer entre exigence de respect du secret médical et nécessité d'obtenir une preuve. Il est donc possible de constater que l'existence d'un but légitime, ou son absence en cas de renonciation du titulaire du secret à livrer ce dernier, a remplacé l'absolu respect du contradictoire en présence d'informations couvertes par le secret médical. Ainsi, une telle solution atténuée dans un même temps le poids que la charge de la preuve fait peser sur celui y

⁸⁶ Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2007, n° 06-18.250

⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, n° 07-18367 / n° 07-18364 / n°07-18370 / n°07-18366 / n°07-18369 / n° 07-18368 / n° 07-18365 / n° 07-13153 / n°

⁸⁸ Civ. 2^{ème}, 7 oct. 2010, n° 09-16.829

étant soumis, ce qui abouti entre autre à mettre en évidence la réalité de l'influence qu'exerce le secret médical sur le droit de la preuve.

77. C'est pourquoi, afin que la mauvaise foi d'une partie ne préjudicie par à son adversaire, grâce à cette solution de compromis, la Cour de cassation admet qu'il appartient alors aux juges du fond d'apprécier la légitimité du refus et d'en tirer toutes les conséquences. Aussi, se confortant à la lettre de l'article 275 du Code de procédure civile, le juge ne fera donc que tirer toutes les conséquences au fond d'un tel refus.

Ainsi, par un arrêt premier arrêt en date du 14 mars 2000⁸⁹, la Cour de cassation retient déjà que le refus opposé par l'assuré invoquant la protection du secret médical pour refuser de transmettre les documents demandés à l'expert judiciaire, sans motif légitime et dans le seul but de faire obstacle à l'application d'un contrat d'assurance, permet en réaction à l'assureur de refuser de verser la garantie souscrite. Reprenant une telle solution suite à son revirement de jurisprudence, la deuxième chambre civile déclare quant à elle le 16 octobre 2008⁹⁰, qu'en refusant sans motif légitime de transmettre à la demande de l'expert les pièces nécessaires à la réalisation de l'expertise, le salarié ne satisfait pas aux obligations découlant de l'article 11 du Code de procédure civile, et que « *par ce motif, se trouve légalement justifié l'arrêt qui a déclaré inopposable à l'employeur les arrêts de travail dont a bénéficié l'assuré depuis la date de sa déclaration* ».

De telles solutions ont donc le mérite d'offrir une alternative à l'opposition du secret médical par une partie sans autre motif que celui d'empêcher la réunion de preuves suffisantes pour son adversaire. En outre, dans un arrêt rendu le 26 septembre 2006⁹¹, les juges déduisent très justement qu'en « *ayant sollicité une nouvelle expertise amiable et choisi l'expert, [le requérant] avait accepté que les pièces médicales liées à la fibrillation auriculaire lui fussent communiquées et renoncé ainsi à se prévaloir du secret médical* ». De sorte que la renonciation à se prévaloir du secret médical pour refuser de transmettre les documents à l'expert peut donc être implicite, les magistrats faisant ici application de la théorie anglo-saxonne de l'Estoppel sans la nommer, interdisant à une partie de se contredire au détriment de son adversaire.

⁸⁹ Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000 ; *Bull. civ. I*, n° 87 ; *L'Argus*, 12 mai 2000, p. 44

⁹⁰ Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2008, n° 07-15.731 ; *JurisData* n° 2008-045421.

⁹¹ Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2006 *Bull. civ. I*, n° 417

78. Ainsi, pour conclure sur la contrariété entre respect du secret et principe du contradictoire en matière d'expertise civile, le secret médical ne constitue plus un obstacle infranchissable qui empêcherait tout respect du principe du contradictoire lors de la recherche d'une preuve, et bien que les magistrats interdisent aux médecins toute révélation du secret en dehors des cas légaux, s'en remettant exclusivement au consentement du titulaire du secret, ils admettent désormais de façon unanime de statuer en tirant du refus toutes les conséquences au fond. Par cette jurisprudence, ainsi que celle imposant aux juges de prendre toutes les mesures nécessaires afin d'assurer le respect du secret pendant le déroulement de l'expertise, la Cour vient donc apporter une solution à la question du refus opposé grâce à l'invocation du secret médical lorsque l'obtention d'un document médical à titre de preuve paraît être essentielle à la résolution du litige, ayant là encore cherché à atténuer les conséquences de l'absolutisme du secret, originellement affirmé lorsque la loi ne permet pas d'y déroger expressément, en faveur d'un compromis laissé à l'appréciation libre des juges du fond.

Une telle solution, semble en outre reproduire la démarche de la Cour européenne, et présente l'avantage de ne pas faire reposer la révélation sur une décision du médecin mais bien sur celle de son patient, libérant ainsi les professionnels de santé d'un sérieux dilemme tout en réaffirmant le caractère disponible du secret. Pour Mme Crédeville, « *C'est dire que la référence à l'intérêt légitime (du titulaire du secret ici) joue donc comme règle de loyauté de la preuve*⁹² ». Et, on remarquera que la communication directe à l'expert, tiers au secret, répond aux mêmes exigences.

79. Il convient donc ensuite de préciser que dans le cadre de l'expertise, les documents transmis le sont à l'expert, les parties ne pouvant en prendre connaissance que par l'intermédiaire du médecin-conseil qu'elles auront mandaté. Ainsi, alors que le respect du principe du contradictoire tend à affaiblir celui du secret médical, d'autres dispositions légales et jurisprudentielles, régissant le déroulement de l'expertise, garantissent quant à elles la protection de la vie privée. A ce titre, le Code de procédure civile admet que pour ne pas porter une atteinte trop importante au secret médical, chaque partie au procès mandate un expert, lui-même tenu d'observer le secret médical, qui assistera à la place des parties au déroulement de l'expertise et pourra à ce titre prendre connaissance des documents médicaux transmis par la partie sur laquelle ils portent.

⁹² CREDEVILLE (A-E). « Le secret médical et la preuve judiciaire ou le secret médical mis en perspective » *Recueil dalloz* 2009 p. 2645

Cependant et toujours dans le but de concilier respect de la vie privée et principe du contradictoire, l'expert mandaté ne pourra transmettre directement à son mandant, les informations couvertes par le secret dont il a eu connaissance, ce que la jurisprudence civile comme criminelle a de nombreuses fois eu l'occasion de rappeler, dans le cadre de conflits opposant un assuré, ou ses héritiers, à son assureur. A titre d'exemple, un arrêt ancien rendu par la chambre criminelle le 17 mai 1973⁹³ énonce que le médecin conseil d'une compagnie d'assurance est un médecin comme les autres tenu au respect du secret médical, et que par conséquent s'impose à lui « *l'obligation de n'a pas révéler... à sa mandante les faits portés à sa connaissance* ». Dans le même sens, la première chambre civile adopte une position similaire quant à l'interdiction faite au médecin expert de révéler directement à sa mandante les informations confidentielles portées à sa connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. Il s'agissait en l'espèce d'un organisme d'assurance ayant révélé l'éthylisme de son assuré sans autorisation des ses ayants droit⁹⁴. Un dernier exemple à ce sujet portait quant à lui sur la transmission d'une lettre rédigée par le médecin traitant de l'assuré et remise par le médecin conseil à l'assurance le mandant, ce à quoi les juges de la Cour de cassation répondent que « *la remise de la lettre du médecin traitant à [l'assureur] procédait d'une violation du secret médical commise par son médecin conseil, qui ne pouvait révéler à son mandant des renseignements qu'il avait reçus de son confrère* ».

Dés lors si l'exigence du respect du déroulement loyal de la mesure, ordonnée par le juge afin de recueillir une preuve, nécessite de respecter le principe du contradictoire, ce qui a amené à permettre aux parties de mandater un expert assistant pour elles en tant qu'observateur au déroulement de l'expertise judiciaire, le nécessaire respect du secret médical oblige pour sa part à ce que le mandataire, dans le cadre de sa mission, ne transmette à son mandant qu'un rapport relatant de façon la plus neutre possible les constatations réalisées lors du déroulement de la mesure. Aussi, par le biais de concessions et d'aménagements, ne simplifiant certes pas le cadre légal, l'intervention du législateur a permis en la matière d'instituer un certain nombre d'aménagements au cadre de l'expertise judiciaire afin que, tout en respectant la nécessité d'échanger les documents entre les différents intervenants, le secret médical reste également protégé.

80. En outre, si pour que soit respecté le principe du contradictoire la loi permet de nommer un expert, celle-ci préserve également l'intimité du déroulement de l'expertise médicale.

⁹³ Cass. crim., 17 mai 1973, *D. 1973, Jur. p. 582*

⁹⁴ Civ. 1ère, 6 janvier 1998, *Bull. civ. I, n° 3*

Ainsi, la jurisprudence de la première chambre civile rend inviolable le respect de la stricte intimité entourant le déroulement de l'examen du patient par son médecin entre les murs de son lieu d'exercice, de telle sorte qu'aucun tiers ne pourra y assister si le patient ne l'y a pas autorisé. Aussi, même confronté aux exigences de l'établissement loyal d'une preuve pendant la phase de l'examen clinique le secret médical conserve son caractère absolu et même les experts mandatés par les parties au procès, eux même soumis au respect du secret médical à titre professionnel, ne pourront être présent à l'intérieur de ce laps de temps.

Néanmoins et comme toute exception, cette dernière doit être interprétée strictement et c'est ainsi que par un arrêt du 1^{er} juin 1999⁹⁵, les juges de la première chambre civile confirment la décision prise par les juges du fond de radier de la liste des experts judiciaires un professeur de médecine ayant refusé de rendre son caractère contradictoire à l'expertise médicale après avoir examiné le patient. La Cour circonscrit donc strictement cet îlot d'invulnérabilité absolue encore reconnu au secret, de sorte que si l'examen clinique doit être absolument confidentiel, bien que celui-ci soit pratiqué à titre de preuve dans une instance judiciaire, les exigences du procès équitable dont fait partie l'obtention loyale d'une preuve, imposent qu'après l'examen les réunions d'expertise se déroulent à nouveau en présence des parties, ou de leur mandataire professionnel lorsque la communication directe à l'adversaire n'est pas admise.

81. Enfin, et à nouveau en faveur de la protection du secret médical lors du déroulement de l'expertise, s'agissant de la communication par l'expert des constatations qu'il a réalisé durant le déroulement de la mesure d'instruction, de façon générale même lorsque celui-ci s'adresse directement au juge, en réponse à l'ordonnance l'ayant saisi, il ne devra transmettre dans la mesure du possible que les informations les plus neutres possibles, répondant précisément à sa mission en prenant garde de ne surtout pas en sortir. Cette exigence se retrouve aujourd'hui codifiée à l'article R. 4127-108 Code de la santé publique selon lequel « *Dans la rédaction de son rapport, le médecin expert ne doit révéler que les éléments de nature à apporter la réponse aux questions posées. Hors de ces limites, il doit taire tout ce qu'il a pu connaître à l'occasion de cette expertise* ». À titre d'exemple, commis par le juge des enfants afin de constater une situation médicale douteuse dénoncée, il se dégage de manière tout à fait édifiante du rapport remis par l'expert mandaté que celui-ci se contente de répondre par des formules expéditives ou alors employant des termes médicaux très spécifiques, ne renvoyant à

⁹⁵ Civ. 1^{ère}, 1er juin 1999, *Bull. civ. I*, n° 183

rien de précis pour la personne tierce au domaine médical. Aussi est-il possible de retrouver en tant que réponse utilisée par le corps médical à la question de savoir si le parent faisant l'objet de l'enquête sociale est venu le rencontrer, la seule affirmation selon laquelle le médecin « *certifie avoir examiné le ..., M/Mme ... à sa demande* » sans aucune autre informations quant aux causes de cette visite⁹⁶. Interrogation fréquemment adressée aux professionnels lorsque l'adversaire désire établir la réalité des troubles psychiatriques affectant l'autre partie, de sorte que si l'adversaire obtient alors la preuve que l'autre partie a effectivement rencontré un médecin particulier, rien n'est révélé quant au contenu de l'examen.

82. Cependant et tout à fait à l'opposé, d'autres expertises s'étendent quant à elles longuement sur les pathologies affectant la personne examinée, tel est le cas par exemple des rapports d'expertise psychologique le plus souvent requis en matière pénale. Cependant dans cette hypothèse il ne s'agit plus d'obtenir une révélation quelconque du médecin traitant d'une partie puisque l'expertise est ordonnée par le juge, et en s'y rendant il est admis que le justiciable a renoncé à se cacher derrière le secret médical ce qui justifie par conséquent l'étendue des révélations. Mais si au cours de l'expertise seuls les professionnels mandatés ont vocation à prendre connaissance des informations médicales ressortant de l'examen, une fois le rapport établi et versé au dossier ces documents pourront être portés à la connaissance non seulement de l'intéressé et son conseil mais encore de toutes autre personne, partie ou conseil, pouvant consulter le dossier. Aussi s'aperçoit-on que finalement en matière d'expertise médicale, l'étendue de l'atteinte dépend en grande partie de celle de la mission confiée à l'expert dans l'ordonnance rendue par le juge.

83. À titre de conclusion sur l'expertise civile, il convient donc de retenir tout d'abord que, sauf rares exceptions ne comprenant actuellement que les contentieux relatifs à l'établissement de la filiation, le juge est libre d'ordonner la réalisation d'une mesure d'expertise afin de recueillir une preuve. Dans ce cas, et afin que la mesure puisse avoir lieu, il convient alors d'obtenir le consentement de la personne concernée à se soumettre à l'examen, les magistrats ne pouvant la contraindre à se rendre au rendez-vous fixé. Cependant, si l'absolutisme du secret médical semble conservé, la partie sollicitée est très fortement incitée à coopérer puisqu'en cas de refus, les juges en tireront toutes les

⁹⁶ Observations réalisées à l'occasion d'un stage effectué au tribunal pour enfants de Grenoble.

conséquences. Lesquelles pourront être le refus d'accorder un droit de visite hors d'un lieu médiatisé pour le parent dont les enfants seraient placés⁹⁷, ou encore le refus d'accorder l'indemnité d'assurance au cocontractant qui sollicitait l'application de l'engagement souscrit.

Ensuite, lors du déroulement de l'expertise le principe du contradictoire doit être respecté. Cependant, là encore sauf exception, les informations recueillies ne sont pas directement transmises à l'adversaire, chaque partie devant mandater un médecin expert qui la représentera lors de la réalisation de la mesure. En outre, la phase d'examen clinique de la personne par le médecin est en revanche totalement privée et aucune autre personne ne peut y assister, mais la jurisprudence encadre strictement l'étendue de cette période.

Enfin après la réalisation de l'expertise, le médecin expert, également tenu au respect du secret professionnel, ne peut pas transmettre directement à son mandant les informations recouvertes par le secret médical et remettra au magistrat l'ayant mandaté un rapport répondant aux missions lui ayant été confiées.

84. Ainsi, de telles observations permettent de constater que même durant le déroulement de l'expertise judiciaire le secret médical reste grandement respecté, continuant à protéger les informations y ayant trait en empêchant leur communication directe à une personne non tenue elle-même au secret professionnel, à moins que certaines dispositions légales ne permettent la communication d'informations médicales directement au tiers en faisant la demande. Il convient par ailleurs de relever que, par disposition légale, la jurisprudence entend également les textes réglementaires codifiés puisqu'il s'agit par exemple de l'article R. 441-13 du Code de la sécurité sociale qui énonce une telle communication. Cette vision large ayant pour conséquence de venir réduire le domaine d'intervention des magistrats, qui en l'absence de textes tendent à introduire un compromis entre respect du contradictoire et préservation du secret médical, se voient reconnaître la tâche de concilier ces intérêts.

Mais ce respect du secret ne paralyse désormais plus le règlement judiciaire du conflit car même sans avoir pu obtenir la preuve désirée, les magistrats devront trancher, tirant toutes les conséquences du refus de coopérer opposé par l'adversaire.

⁹⁷ Observations réalisées à l'occasion d'un stage effectué au tribunal pour enfants de Grenoble.

*
* *

85. Dans un autre domaine à l'occasion de la recherche d'une preuve dans le cadre du règlement amiable d'un conflit, la loi vient également prévoir le recours à un expert. En effet il est fréquent que les contentieux engageant la responsabilité des professionnels de santé se résolvent en dehors des prétoires contentieux, privilégiant la recherche d'une entente entre les parties. Et parce que les membres des commissions de conciliation instaurées auront besoin que leurs soient transmis les documents nécessaires à prouver l'étendue du préjudice subi par la partie en demande, certaines dispositions légales viennent leur permettre d'en demander la communication dans le cadre d'une expertise, justifiant que le secret médical ne puisse leur être opposé. Cependant qu'ils soient magistrats professionnels ou non, cela ne portera pas atteinte au secret en ce que tous sont soumis au secret professionnel.

Ainsi en est il à titre d'exemple, face au collège d'experts missionné par la commission régionale de conciliation et d'indemnisation (CRCI), commission comprenant des magistrats professionnels ainsi que des représentants des personnes malades et des usagers du système de santé, des professionnels de santé et des responsables d'établissements et services de santé⁹⁸, pour lequel le secret médical ne constitue plus un obstacle. En effet, en la matière afin de permettre aux experts d'assurer leurs fonctions, l'article L. 1142-12 du Code de la santé publique, les autorise à « *demander aux parties ou aux tiers la communication de tout document sans que puisse leur être opposé le secret médical ou professionnel.* » Dans ce contexte, et face à la demande formulée par un juge même non professionnel, le secret médical ne constitue donc plus un motif permettant de refuser la transmission des pièces demandées. Néanmoins, en cas de carence des parties, ne pouvant comme le juge civil forcer la personne sollicitée à s'exécuter, ladite commission n'aura pas d'autres choix que d'autoriser le collège d'experts à déposer son rapport et à en tirer toutes les conséquences, souvent défavorables à l'auteur du refus.

Un tel compromis présente donc le mérite de ne pas paralyser l'obtention d'une preuve, même opposée au secret médical, tout en résolvant le conflit grâce à l'intermédiaire

⁹⁸ Article L1142-6 CSP

que va constituer le recours à une présomption tirée du comportement de l'auteur du refus, lequel n'est autre que le titulaire du secret.

*
* *

86. Enfin, c'est également à l'occasion du déroulement d'un procès pénal que de nombreuses expertises ont vocation à être ordonnées. Aussi, comme le démontre Monsieur Foucault au travers de ses travaux⁹⁹, après avoir été objet de la sanction dans le domaine pénal, le droit investit actuellement différemment le corps et au travers de la recherche d'une peine capable de favoriser la réinsertion du délinquant, sa connaissance devient d'autant plus nécessaire. En devenant objet à modeler par l'intervention du droit, le corps humain, dans sa dimension psychique également, appelle donc obligatoirement à sa connaissance par le magistrat. C'est pourquoi aujourd'hui, les juges ont souvent recours à des expertises propres à renseigner la justice sur la personnalité de l'individu suspecté.

87. Opposée dans un premier temps à l'expertise civile en ce qu'elle était secrète et laissée à l'entière liberté du juge, depuis la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, l'expertise pénale est devenue contradictoire et peut de plus être demandée par une partie. Aussi actuellement unifiée à tous les stades de la procédure, l'expertise pénale se rapproche de l'expertise civile au moins quant au fait que désormais toutes les parties pourront prétendre prendre connaissance des documents transmis à l'expert.

D'abord au stade de l'enquête préliminaire, et même avant que le procureur de la République n'ait été informé, en cas de flagrance, l'article 60 du Code de procédure pénal fait mention du fait que « *s'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, l'officier de police judiciaire a recours à toutes personnes qualifiées* ». Mais dans l'hypothèse où les informations seraient obtenues de cette façon, celles-ci devront ensuite être transmises au procureur pour qui, une fois informé de l'enquête, l'article 77-1 du même Code, reprend ces mêmes dispositions lui permettant de faire appel à un expert. Ensuite au stade de l'instruction, le Code de procédure pénale permet également

⁹⁹ FOUCAULT (M.), « Surveiller et punir », éd. Gallimard 1975

que «le juge d'instruction procède conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité¹⁰⁰».

88. De sorte que, à l'occasion de ces différents stades de la procédure, il sera possible qu'un médecin soit requis. À ce sujet, il est intéressant de relever un arrêt récent rendu par la chambre criminelle au travers duquel les magistrats du quai de l'Horloge admettent qu'un juge d'instruction nomme toute personne à titre d'expert à condition de justifier son choix¹⁰¹. Ce qui apparaissait surprenant en l'espèce tenait au fait qu'était nommé pour procéder à des constatations techniques d'ordre médical, un expert non inscrit sur les listes d'experts judiciaires mais pas non plus à l'ordre des médecins. Néanmoins, ce choix ne sera pas remis en cause la Cour relevant que, conformément aux textes, le magistrat instructeur avait motivé sa décision, ici par l'indisponibilité de tout autre expert ainsi que par la compétence particulière de celui choisi.

En outre, à l'occasion du déroulement de telles mesures, sauf s'il est inscrit sur la liste des experts judiciaires, le médecin sollicité devra prêter serment par écrit d'apporter son concours à la justice en son honneur et conscience, ce n'est qu'après qu'il pourra être amené à procéder à une expertise visant à opérer des constatations sur la victime ou la personne soupçonnée des faits, ou encore sollicité afin de transmettre des documents médicaux qu'il détient à leur sujet et susceptibles de faire avancer l'enquête.

Aussi, et suivant le seul examen de ce qui précède, il est déjà possible de relever que recueillies par le besoin de réunir des preuves en matière pénale, les informations même soumises au secret médical, se verront transmises à un nombre bien plus important de personnes qu'en matière civile, ce qui explique que la loi encadre consciencieusement le déroulement de telles mesures.

89. Tout d'abord, dans l'hypothèse où le médecin est amené à opérer des constatations médicales sur une personne, et afin de protéger cette dernière, les textes imposent à l'expert de prévenir la personne de la qualité en laquelle il l'examine ainsi que de la nature de sa mission. De même et pour préserver la personne examinée de toute atteinte injustifiée au secret médical, si un médecin est sollicité pour délivrer un certificat médical constatant des coups et blessures, il ne devra alors décrire objectivement que ce qu'il a pu observer et dresser un bilan complet et descriptif des lésions sans ajouter autre chose. Ainsi, il lui est demandé de

¹⁰⁰ Art. 81 du Code de procédure pénale

¹⁰¹ Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-82.862 ; *JurisData* n° 2010-024684 ; *Bull. crim.* 2011, n° 122.

se garder de tout commentaire, et notamment de faire allusion à des faits ou à des circonstances dont il n'a pas été témoin¹⁰². Ce qui pourra se réduire à des mentions telles que : « *l'état de santé est compatible (ou non) avec la garde à vue ; il y a lieu (ou non) de poursuivre un traitement médical pendant celle-ci, de procéder à de nouveaux examens ou à une hospitalisation...* »¹⁰³. Cela explique aussi que, même s'ils ne tiendront pas compte du secret médical, les certificats obtenus seront souvent très techniques et peu compréhensibles pour celui qui en prendrait connaissance sans autres conseils, limitant de fait quelque peu l'atteinte portée à la vie privée.

Enfin, après avoir dressé le certificat, le professionnel devra le remettre en main propre à l'intéressé ainsi qu'à l'autorité compétente.

90. D'autre part, il se peut que l'expert soit appelé afin de prendre connaissance de documents détenus par un tiers, dans ce cas si un magistrat peut ordonner à un expert de consulter des dossiers médicaux à l'occasion de la recherche d'une preuve, la personne mise en examen quant à elle ne peut en prendre connaissance que si elle justifie d'un motif « *au moins aussi sérieux que le secret médical* », comme l'indique un arrêt rendu le 16 février 2010¹⁰⁴. Lequel retient également que la seule affirmation de la nécessité de la mesure, eut-elle été celle de réunir une preuve en sa faveur, ne peut être désignée comme sérieuse et légitime.

En revanche, le Code de procédure¹⁰⁵ précise expressément que pour le professionnel sollicité le secret auquel il est tenu ne pourra constituer un obstacle à la transmission des documents requis. Cependant, s'il s'agit de certains documents couverts par le respect du secret professionnel parmi lesquels se retrouvent les documents médicaux, ces mêmes textes précisent que leur transmission ne pourra intervenir sans l'accord du professionnel, de sorte que ce dernier devra livrer les informations utiles sauf s'il existe un motif légitime de s'y opposer, strictement encadré en la matière.

91. Ainsi, contrairement au domaine civil pour lequel en l'absence de consentement du patient le médecin ne peut remettre à l'expert les documents convoités, en matière pénale en revanche, parce que la recherche de la vérité l'exige mais aussi que les conséquences sont importantes, le secret médical sera plus difficilement admis en tant qu'obstacle à l'obtention

¹⁰² Recommandations faites par le président de la Cour d'appel aux médecins inscrits sur la liste d'experts lors d'une réunion. Observations réalisées grâce à un stage effectué au greffe de la Cour d'appel de Grenoble.

¹⁰³ Constatations réalisées à l'occasion d'un stage effectué à l'Hôtel de police de Grenoble.

¹⁰⁴ Cass. crim., 16 février 2010, n°09-86363

¹⁰⁵ Art. 60-1 et 77-1 du Code de procédure pénale

d'une information recherchée et ne pourra pas seul constituer un motif légitime de refus de coopérer. En effet, et comme le rappellent toutes les ordonnances pénales aux fins de désignation d'expert, à l'occasion de ce type de procédures le médecin qui refuserait sans motif légitime de déférer à la réquisition s'expose lui aussi à des poursuites pénales. De plus, en la matière, contrairement aux expertises menées dans le cadre d'un procès civil, le motif légitime sera apprécié très strictement ne pouvant recouvrir qu'un cas d'inaptitude physique ou technique où encore si le professionnel requis est également le médecin traitant de la personne à examiner.

Il apparaît donc qu'à l'occasion de ces expertises le secret médical ne pourra constituer un moyen pour le professionnel appelé de refuser de coopérer. Par conséquent, le juge pénal contrairement au juge civil pourrait lever le secret médical du médecin du travail. Ce qui peut être utile à la défense de l'employeur, notamment accusé de harcèlement par son salarié, car devant les juridictions prud'homales la réunion par le salarié de simples éléments vraisemblables confortant l'accusation de harcèlement renverse la charge de la preuve faisant peser celle-ci sur l'employeur.

92. Cette prise de position en matière pénale peut donc se révéler lourde de conséquences pour le titulaire du secret qui, s'il est victime, verra d'une part ces informations médicales divulguées oralement à l'occasion du déroulement de l'instance en principe publique, mais également reprises par l'avocat de la partie adverse pour en tirer les conséquences favorables à son client. C'est ainsi qu'à l'occasion d'une affaire de harcèlement sexuel l'expertise psychologique réalisée sur la personne des trois victimes avait été reprise par l'avocate de la défense laquelle, plaidant pour la relaxe de son client, n'avait pas hésité à se baser dessus, ainsi que sur d'autres expertises réalisées à l'occasion d'un procès d'assises antérieur où l'une des jeunes filles, alors mineure, était déjà victime, afin de tenter de démontrer que leurs témoignages ne pouvaient être fiables. Dans cette affaire, sortant de la salle d'audience les trois victimes à peine majeures étaient bien plus bouleversées par les révélations publiques de leur état de santé par la partie adverse que par le procès en lui même¹⁰⁶.

93. À l'occasion du déroulement d'une expertise médicale dans un procès pénal, l'obtention de la preuve ne repose plus sur le titulaire du secret mais sur le professionnel appelé à coopérer, lequel se verra contraint de décider entre révélation et protection du secret bien que

¹⁰⁶ Audience de la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Grenoble. Observations réalisées grâce à un stage effectué aux côtés de Maître Gauché, avocat au barreau.

les motifs légitimes lui permettant de refuser de déférer à la requête du juge restent peu développés. Position extrêmement délicate en pratique car après avoir prêté le serment d'Hippocrate, aucun médecin ne trahira son engagement au silence sans état d'âme.

Ainsi l'appréciation du caractère légitime du refus, reposant de nouveau sur le juge, doit permettre de trouver le meilleur compromis en fonction de chaque situation particulière, confirmant ce qu'écrit Mme Bergoignan Esper¹⁰⁷, « *En ce domaine délicat, où la parole remplace le silence, le rôle du juge est essentiel dans l'interprétation du régime dérogatoire à la règle de la confidentialité* ».

94. Au stade de la recherche de la preuve, le juge apparaît donc comme mesure de la loyauté devant présider à son obtention. En effet, c'est à lui qu'il appartient de veiller à la fois au respect du principe du contradictoire primordial pour permettre à l'adversaire de se défendre, mais encore à celui de la vie privée. Un tel compromis aboutit donc à laisser au juge la libre appréciation de la légitimité du motif poussant la personne sollicitée à opposer le secret médical. Ainsi, face à l'impossibilité d'obtenir sous la contrainte un document couvert par le secret médical en matière civile, l'utilisation de présomptions tirées du comportement du titulaire du secret, apparaît être un juste compromis en ce que l'expertise est soumise à la diligence des parties. Tandis qu'en matière pénale, le procès n'étant plus la chose de ces dernières, l'appréciation se porte sur le comportement du professionnel, lequel directement sollicité, ne pourra refuser de coopérer sans invoquer l'un des motifs légitimes strictement énuméré par la loi et ce sous peine de sanction.

Il reste que dans l'hypothèse où l'expertise tendrait à se procurer un document, face au refus de le livrer opposé par le médecin, le juge pénal pourra en obtenir la communication de force en procédant à une perquisition.

¹⁰⁷ BERGOIGNAN ESPER (C.), « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ? ». *Recueil Dalloz* 2008 p. 1918

B. Lorsque la mesure n'est plus consensuelle, des règles spécifiques aux perquisitions et saisies

95. Disposant de plus larges pouvoirs d'investigation que le juge civil, à la recherche d'une preuve les autorités de poursuite et d'instruction en matière pénale pourront palier au refus de coopérer d'une personne et passer outre son refus. À ce titre, souhaitant obtenir une preuve reposant sur un document médical alors que son détenteur refuse de le livrer, le juge pénal pourra saisir le document au moyen d'une perquisition. Ainsi, parce que l'obtention de la preuve dépend de la prise de connaissance d'un document protégé, et plus d'une révélation orale de celui qui détient l'information, il sera plus facilement possible d'user de la contrainte afin de pouvoir y accéder. Mais si les besoins impérieux de l'enquête justifient la mise en œuvre d'un grand nombre de moyens dans le but de réunir le plus d'informations possible, susceptibles de renseigner sur la vérité des faits, le respect d'autres intérêts et droits fondamentaux, vient également limiter cette recherche.

Intégrant dès son article préliminaire cette logique de compromis, entre nécessités sociales et droits privés, le Code de procédure pénal énonce clairement que « *la procédure pénale (...) doit préserver l'équilibre des droits des parties* ». C'est pourquoi si l'information protégée par le secret médical peut être saisie, pour obtenir une preuve, le respect de la vie privée au travers du secret des informations de santé, nécessite que soit aménagé le déroulement de ces mesures. Aussi comme toutes perquisitions, celles susceptibles de porter atteinte au secret médical obéissent aux règles générales de procédure auxquelles viennent s'ajouter des règles spéciales modifiant en partie leur déroulement.

96. Tout d'abord, et par application des textes généraux, bien que ces mesures représentent une atteinte certaine à la vie privée, et ce d'autant plus que le document saisi s'y rapporte, le déroulement d'une perquisition ne nécessite pas toujours le consentement de la personne chez laquelle l'opération a lieu, contrairement aux réquisitions adressées par un juge à un médecin lui demandant de livrer un document qu'il détient pour lesquelles il est admis que ce dernier s'y oppose en invoquant un motif légitime. En effet, seules les perquisitions opérées dans le cadre de l'enquête de flagrance ou de l'enquête préliminaire doivent avoir été précédemment

autorisées par la personne chez qui la mesure a lieu¹⁰⁸, cette autorisation n'étant plus nécessaire au stade de l'instruction. De plus hors du cadre de l'instruction, malgré le principe prévoyant l'accord de l'occupant des lieux, celui-ci se réduira souvent au fait de recopier en toute hâte une clause de style intégrée dans le document présenté à l'occupant des lieux par l'officier de police judiciaire¹⁰⁹, son refus n'étant de toute façon plus un obstacle au déroulement de la mesure puisque depuis 2004, il est désormais admis que les officiers de police judiciaire n'en tiennent pas compte s'ils agissent sur commission rogatoire et ont obtenu l'accord du juge des libertés et de la détention.

97. Cette première affirmation permet tout suite de relever qu'en la matière le secret médical ne constitue plus une limite de taille. Cependant, l'application d'autres textes permet de limiter cette ingérence, soumettant le choix d'une telle mesure à un principe de proportionnalité. Ainsi, toute perquisition, qu'elle soit opérée dans le cadre de l'enquête ou de l'instruction, obéit à un critère de nécessité et ne peut être ordonnée que si elle tend à rechercher un objet utile à la manifestation de la vérité ou un bien susceptibles de confiscation¹¹⁰.

Néanmoins, ces termes restent relativement larges par conséquent les possibilités sont multiples, de telle sorte qu'il pourra s'avérer utile de perquisitionner un cabinet médical ou le domicile d'un médecin contenant des documents de nature à faire progresser la recherche de la vérité. Cependant, si cette possibilité n'est pas exclue, le secret médical vient ici apporter une limite et c'est ainsi que l'article 56-3 du Code de procédure pénale, applicable spécialement en cas de perquisition effectuée dans un cabinet médical, prévoit qu'avant de procéder à la saisie des documents, toutes les mesures nécessaires doivent avoir été prises afin d'assurer le respect du secret professionnel. Reflet de la difficulté que représente pour le législateur l'instauration d'une mesure allant à l'encontre de la protection du secret tout en assurant un pouvoir d'investigation effectif nécessaire à l'obtention d'une preuve, ce texte s'abstient de clarifier avec précision les dispositions devant pouvoir être réclamées pour protéger le secret, c'est pourquoi ce dernier point a pu faire l'objet d'interprétations diverses.

98. S'agissant tout d'abord de son champ d'application, énonçant une règle spéciale, par conséquent d'interprétation stricte, il est apparu nécessaire de définir ce que recouvre la

¹⁰⁸ Art. 76 CPP

¹⁰⁹ Observations réalisées grâce à un stage effectué aux cotés de Maître Gauché avocat au barreau de Grenoble.

¹¹⁰ Art. 56 CPP, auquel renvoi l'article 76 du même code, et Art. 94 CPP

notion de cabinet médical. Tel fut donc l'objet d'une question adressée par le conseil national de l'ordre des médecins, à laquelle, optant pour une vaste protection du secret, la Chancellerie répondra qu'il faut « *retenir une acception suffisamment large de la notion de cabinet, de nature à garantir la protection s'attachant tant à l'activité du médecin qu'aux dossiers médicaux constitués et détenus par celui-ci* »¹¹¹. Cependant prenant le parti inverse en faveur d'une protection accrue de l'effectivité des mesures ordonnées dans le cadre de la recherche d'une preuve en matière pénale, la chambre criminelle de la Cour de cassation retient pour sa part une conception stricte du cabinet médical refusant que celui-ci puisse être étendu à la chambre d'hôtel du médecin attaché à une équipe cycliste en déplacement¹¹². Ainsi l'impossibilité d'étendre par analogie l'application des exceptions ne permet pas d'appliquer ces dispositions protectrices en dehors du cadre défini par ce que recouvre le terme de cabinet médical. Par conséquent si les saisies devant se dérouler dans de tels lieux doivent être précédées de mesures propres à assurer le respect du secret médical, une telle obligation ne trouve pas à s'appliquer au domicile du médecin pour lequel seules les règles générales viennent encadrer le déroulement de la perquisition. Il ne peut donc qu'être conseillé aux praticiens de ne pas conserver à leur domicile des documents se rapportant à leur profession.

Quant à ce que recouvrent les mesures nécessaires la loi n'étant pas plus précise, il est donc à nouveau apparu à la pratique d'en déterminer les contours. Il apparaît ainsi après observation de cette dernière que la nécessité de respecter le secret médical est à l'origine de la restriction quant au nombre de personnes, parmi les présentes qui seront susceptibles de prendre connaissance des documents saisis lors du déroulement de la perquisition. La protection se poursuit ensuite, et après obtention des informations recherchées, par l'application des textes généraux imposant l'interdiction de la diffusion des documents obtenus. De sorte que se déroulant au sein d'un cabinet médical les perquisitions sont soumises à une double obligation de confidentialité, lors du déroulement de la mesure ainsi qu'après obtention des documents.

99. D'autre part, s'inscrivant dans cette volonté de protéger le secret médical en restreignant le nombre de personnes susceptibles de prendre connaissance des informations saisis, le régime particulier applicable aux perquisitions se déroulant dans un cabinet médical impose que celles-ci ne puissent être réalisées que par un magistrat en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou

¹¹¹ Circ. CRIM 97-13 E1 du 24 nov. 1997

¹¹² Cass. crim. 8 juin 1999, D. 1999. IR. 221

de son représentant¹¹³. C'est pourquoi, au stade du déroulement de la mesure, dans le cadre de l'enquête préliminaire seul un magistrat du parquet est habilité à saisir les documents médicaux, lors de l'instruction en revanche de telles perquisitions appartiennent à la compétence du juge d'instruction qui doit se déplacer ne pouvant déléguer cette mission à un officier de police judiciaire.

100. Ainsi, si le secret médical est à l'origine de diverses mesures dérogeant au déroulement habituel des perquisitions et saisies, mais il se dégage de ce qui vient d'être exposé que la limite apportée ne présente qu'une faible contrainte dans l'obtention de la preuve, le secret médical ne venant en effet que restreindre le nombre de personnes pouvant se voir révéler les informations secrètes sans empêcher le déroulement effectif de la mesure.

En outre, si les intervenants ne se voient pas tous reconnaître le droit de prendre connaissance des documents saisis à l'occasion du déroulement de la perquisition, une fois versés au dossier en revanche, en devenant des pièces ceux-ci pourront être consultés par les avocats des parties afin de respecter le principe du contradictoire.

101. Par ailleurs, alors que le domaine d'application des textes régissant spécialement la perquisition ayant lieu dans un cabinet médical semble être entendu en son minimum, la jurisprudence limite également la protection apportée aux informations médicales, ne la réservant qu'à celles se rapportant à une personne déterminée, comme en témoigne l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 1^{er} février 1977¹¹⁴. Tel était également le cas d'un autre arrêt rendu par la chambre criminelle le 21 mai 1979, lequel affirme qu'*« un médecin ne peut se faire un grief pour violation du secret médical de ce que des vérificateurs fiscaux ont puisés des renseignements dans le registre de la clinique où le médecin pratiquait ses interventions, dans la mesure où les vérificateurs se sont abstenus de demander le moindre renseignement sur l'identité des malades »*. Plus récemment encore dans un arrêt rendu durant l'année 2000¹¹⁵, à l'occasion d'une perquisition effectuée à domicile où une lettre avait été saisie, la chambre criminelle retient l'absence de violation du secret médical en ce que rien ne permettait d'affirmer que ce courrier avait été extrait du dossier d'une personne déterminée. Jurisprudence qui sera régulièrement reprise depuis notamment par les tribunaux administratifs.

¹¹³ Art. 56-3 CPP

¹¹⁴ Cass. Crim., 1er fevr.1977 ; *Bull. crim. n. 40*

¹¹⁵ Cass. crim., 4 mai 2000, n° 00-80104 non publié au bulletin

De sorte que, ce n'est que si l'information se rapporte à une personne déterminée que la violation du secret médical est de nature à entraîner l'annulation de la procédure engagée. Ainsi, le Conseil d'Etat aura l'occasion de retenir que des registres de police tenus par une clinique, parce qu'ils comportent le nom de personnes déterminées sont protégés par le secret médical¹¹⁶ et que par conséquent, la violation de celui-ci est de nature à annuler la procédure¹¹⁷.

Quant à la jurisprudence judiciaire, les magistrats réaffirment eux aussi cette nécessité que les documents saisis puissent se rapporter à une personne identifiable pour que la procédure engagée puisse être remise en cause, et c'est ainsi qu'en 2010¹¹⁸ les juges énoncent de façon claire, que la seule utilisation d'un document à caractère médical ne porte pas atteinte en elle même au secret si rien ne permet de le rattacher à une personne déterminée.

102. Aussi l'utilisation d'une perquisition apparaît elle comme la mesure la plus efficace afin d'obtenir une preuve portant sur un document médical en ce que l'obstacle tiré de la violation du secret le protégeant n'aura que peu de conséquences quant à l'obtention de ce dernier. Néanmoins une telle mesure d'instruction ne trouve à être prononcée qu'en matière pénale et son utilisation reste subordonnée à l'absence d'autres possibilités d'obtenir le document.

103. Afin de conclure quant à l'obtention d'une preuve, il se dégage de la confrontation des différents moyens d'obtenir la communication d'un document comme moyen de preuve que déroger au secret médical reste compliqué, et ce aussi bien en raison des réticences opposées par la personne concernée pour dévoiler au bénéfice de son adversaire des informations la touchant dans son intimité, que par le médecin qui se montrera souvent peu enclin à trahir son serment. Ainsi, face au développement croissant que connaît le droit à un procès équitable le législateur a-t-il choisi d'introduire au cas par cas des dérogations permettant d'aménager le principe du contradictoire et le respect du silence recouvrant les informations médicales.

Cependant, bien qu'il semble que chaque mesure d'instruction obéit à un régime propre protégeant plus ou moins le secret médical, et même au-delà selon les matières, une tendance semble cependant pouvoir être mise en évidence au travers de l'importance du rôle

¹¹⁶ CE Ass., 12 mars 1982, req. n. 11.431 ou encore CE, 7e et 9e sous-sections, 24 novembre 1986, req. n. 18.803, 18.804, 49.333 et 49.334

¹¹⁷ CAA Paris, 2ème Chambre - Formation A, du 31 mars 2004, 99PA02903, inédit au recueil Lebon, 31 mars 2004, affaire n° 99PA02903

¹¹⁸ Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-81.674

accordé au titulaire du secret lequel peut désormais disposer librement des information portant sur sa santé, et corrélativement de celui accordé au juge dans la recherche d'un compromis. En effet, depuis la loi de 2002 et la reconnaissance d'un droit reconnu au patient d'accéder à son dossier, face au besoin d'obtenir une preuve dans le cadre d'un procès, le respect du secret médical semble être considéré moins comme un devoir protégeant l'intérêt général que comme un droit reconnu au patient. Autre exemple de l'essor actuel que connaît la volonté individuelle au sein des différentes branches de notre droit, et même en matière pénale pour laquelle certains auteurs n'hésitent pas à parler de consensualisme. Ainsi et surtout en matière civile, la protection du secret face à la reconnaissance d'un droit à la preuve repose de façon croissante sur l'appréciation laissée aux juges du motif déterminant le titulaire à refuser de livrer l'information qu'il détient, ainsi qu'à la possibilité d'obtenir plus ou moins facilement d'une partie la communication des informations recherchées.

104. S'inscrivant dans le respect des principes constitutionnels qui exigent que la liberté individuelle soit placée sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire¹¹⁹, ce compromis semble correspondre au moyen le plus efficace d'assurer la coexistence entre deux droits subjectifs également importants. De telle sorte que s'il apparaît aujourd'hui possible d'obtenir plus facilement la communication de pièces couvertes par le secret médical, ou d'en prendre connaissance lorsque celles-ci sont versées aux débats compte tenu de leur caractère disponible pour le patient, le secret médical n'en est cependant jamais nié restant quelle que soit la situation, cause d'une modification du déroulement de la procédure d'obtention de la preuve ou de son résultat, en adéquation plus ou moins avec celui souhaité.

105. Dans un second temps, après s'être penché sur la possibilité d'obtenir une preuve, nécessaire à la concrétisation d'un droit à la preuve en dépit de la protection accordée aux informations médicales, encore faut-il à présent s'interroger sur l'accueil par le juge d'un document couvert par le secret médical en tant que moyen de preuve versé aux débats. À ce stade comme en matière de réquisitions adressées à une partie ou à un tiers et d'expertise, la jurisprudence tend à introduire un compromis laissant aux magistrats la tâche d'apprécier la légitimité du motif poussant à la production d'un tel document ainsi que la proportionnalité de l'atteinte en découlant pour le respect du secret médical.

¹¹⁹ Art. 66, al. 2, Constitution de 1958

Chapitre II Lors de la production d'une preuve, la réalisation d'un compromis

106. Pour une partie déjà en possession d'un document couvert par le secret médical, il pourra être dans son intérêt de le produire en tant que moyen de preuve au soutien de ses prétentions. L'émergence récente d'un droit à la preuve plaident en faveur d'un tel accueil car si la nécessité d'une preuve dans l'instance d'un procès s'entend d'une part de la possibilité d'obtenir celle-ci, elle comprend d'autre part son accueil comme étant recevable par le magistrat en charge du dossier. À ce titre, il convient d'opérer une distinction en fonction de la personne produisant comme preuve un document médical. En effet, et parce que désormais le secret médical n'est plus un obstacle pour le patient, la jurisprudence n'accueille pas de la même façon la preuve selon la personne à l'origine de sa production, distinguant entre la preuve produite par le titulaire du secret (I) et la preuve produite par un tiers (II).

I. La preuve produite par le titulaire

107. Considéré à l'origine comme protégeant l'intérêt général et la confiance que doit pouvoir accorder tout patient à son médecin afin de pouvoir être correctement soigné, le secret médical s'imposait également à la personne auscultée, laquelle ne pouvait par conséquent pas en disposer librement. Cependant la reconnaissance progressive d'un droit d'accès du patient aux informations le concernant va inverser cette position, le titulaire étant actuellement recevable à produire librement en justice un document protégé par le secret médical le concernant, entraînant la libre disposition du secret par celui qu'il protège (A). Néanmoins cette liberté n'est pas absolue aussi la jurisprudence est-elle venue lui reconnaître certaines limites à la libre disposition (B).

A. *Une libre disposition du secret par celui qu'il protège*

108. À l'origine de son institution le secret médical était considéré comme tellement absolu que seul le médecin pouvait avoir accès aux informations médicales portant sur ses patients et il n'appartenait à personne de l'en délier. Cependant, poussé par l'influence du libéralisme grandissant cette rigidité va progressivement s'estomper jusqu'à ce que le secret devienne disponible pour celui qu'il protège. Ainsi, corrélativement à l'affirmation selon laquelle le secret médical ne constitue plus un obstacle pour le titulaire du secret cherchant à se constituer une preuve la jurisprudence va admettre comme recevable, en tant que moyen de preuve, tout document médical s'il est produits par le patient concerné. C'est ainsi que par un arrêt rendu en 1981¹²⁰, la chambre criminelle déclare que « *Ne constitue pas une violation du secret médical le versement aux débats d'une attestation médicale produite par la personne qu'elle concerne* ». Jurisprudence s'inscrivant à la suite des décisions rendues par différents tribunaux administratifs et judiciaire en 1957¹²¹ et 1972¹²², au travers desquelles les magistrats reconnaissaient qu'au stade de l'obtention d'une preuve le secret médical ne peut être opposé à celui qu'il concerne.

À partir de ce moment, quelle que soit l'étape probatoire le secret médical ne peut plus entraver celui sur qui porte l'information médicale devenant disponible pour ce dernier. Dès lors, au stade de la production d'une preuve le titulaire du secret sera déclaré recevable à verser à titre de preuve un document médical le concernant et pourra également demander à son médecin de témoigner, bien que, dans cette dernière hypothèse, le médecin reste libre d'accepter ou de refuser, tel que cela a déjà été exposé précédemment.

109. En versant ces documents aux débats, le patient renonce donc à la protection du secret le mettant également en partie à disposition de son adversaire qui, s'il ne pouvait en obtenir lui-même la délivrance auprès du médecin, pourra désormais en prendre connaissance grâce au patient et réutiliser ces informations dans son propre intérêt, comme ce fût le cas dans les faits ayant donné lieu à un arrêt rendu le 19 novembre 2009¹²³ par la deuxième chambre civile de

¹²⁰ Cass. crim., 5 novembre 1981, *Bull. crim.*, n° 295

¹²¹ CE, 12 avril 1957, D., 1957, jur. p. 336, concl. Gazier

¹²² CE, 11 février 1972, D., 1972, jur. p. 426, note Le Roy ; JCP, éd. G, 1973. II, 17363, note R. Savatier.

¹²³ Civ. 2^{ème}, 19 novembre 2009, n°08-21988

la Cour de cassation. En l'espèce, suite à un accident de la circulation, afin d'établir que la victime non conductrice avait volontairement recherché le dommage subi de sorte que son comportement justifiait son absence d'indemnisation, l'assureur du conducteur interprétait les documents médicaux versés aux débats par les ayants droit du défunt comme attestant du fait que ce dernier présentait bien des idées suicidaires mais que son discernement n'était pas aboli lors du passage à l'acte. Ainsi, en révélant des informations médicales au soutien de leurs prétentions, les ayants droit ont également permis à leur adversaire d'en prendre connaissance et de les réutiliser à son avantage, pour sa propre défense. Il faut néanmoins remarquer qu'à l'occasion de tels contentieux, la victime ayant consenti elle-même à ce que les documents relatifs à son état de santé intègrent le débat, celle-ci sera bien moins affectée par l'interprétation que peut en faire la partie adverse, contrairement à l'expertise pénale pour laquelle son consentement n'a pas été recueilli.

110. Par ailleurs, parce que le secret est désormais disponible pour son titulaire certains contrats notamment d'assurance, ont intégré des clauses subordonnant leur exécution à la remise volontaire par ce dernier de documents couverts par le secret médical dont la Cour de cassation admet aujourd'hui la validité. Tel est entre autres le cas de contrats d'assurance vie prévoyant expressément que le versement de la garantie souscrite ne pourra intervenir qu'après que le bénéficiaire ou ses héritiers a transmis à l'assureur un certificat médical attestant des causes du préjudice subi ou du décès.

De cette façon, l'assureur se constitue une preuve en cas de contestation future portant sur le versement de la garantie palliant ainsi à l'absence de dérogation légale au secret médical en la matière. Aussi par ce moyen l'assureur espérait-il être déclaré recevable par le tribunal ayant à connaître du litige lorsqu'il aurait à produire comme preuve le document protégé. Son argumentation en ce sens se fondait sur le fait que provenant d'une remise volontaire par le titulaire du secret les documents étaient indirectement produits en justice par ce dernier qui, en les lui remettant n'ignorait pas qu'ils seraient utilisés en cas de litige postérieur, de sorte que l'obtention étant loyale la production devait être déclarée recevable. Néanmoins, après avoir signé le contrat de nombreux assurés refusaient, le jour de leur demande d'indemnisation, de transmettre le certificat médical promis invoquant la protection du secret médical.

111. Dès lors, les contentieux portés devant les tribunaux se sont bien plus attachés à résoudre la question de la validité de ces clauses, aujourd'hui admise, que celle de la théorie de la

production indirecte par le titulaire du secret de la preuve soumise aux juges par son adversaire.

En effet, il n'est pas rare que la recevabilité de la preuve dépende de la loyauté de son obtention, de sorte que en s'engageant à livrer l'information médicale au travers d'un contrat si la cause et l'objet ont été reconnus comme valables, la personne sur qui porte le secret a renoncé à s'en prévaloir à propos des informations qui en font l'objet. Ainsi le cocontractant est-il entré loyalement en possession des documents protégés par le secret médical et pourra par conséquent les produire en justice comme moyen de preuve au soutien de ses propres prétentions, la renonciation du titulaire du secret suffisant à admettre l'information médicale obtenue comme recevable à titre de preuve, son consentement subsistant à ce moment grâce à la force obligatoire du contrat. Mais cela supposait de reconnaître le caractère disponible des informations médicales pour celui qui en fait l'objet.

112. Ainsi, après une première opposition jurisprudentielles, il est désormais admis que cette libre disposition par le patient des documents le concernant, permet à ce dernier de renoncer par anticipation à invoquer le secret médical pour refuser de produire à la demande d'un tiers un document s'y rapportant, de telles clauses étant admises comme valables, permettant donc au bénéficiaire de les mettre en œuvre comme d'en réclamer l'exécution en justice en produisant valablement le document obtenu. Aussi, au stade de la production de la preuve comme au moment de son obtention il apparaît que le secret médical ne constitue plus un obstacle pour son titulaire. En effet, après avoir obtenu les documents médicaux le concernant le titulaire du secret pourra valablement les produire en justice au soutien de ses prétentions, ou s'engager à les transmettre à un tiers lequel pourra ensuite les produire en justice, dans les deux cas les magistrats admettent la recevabilité de telles preuves.

Malgré tout, dans cette dernière hypothèse en cas de production comme preuve dans le cadre d'un litige par le tiers du document obtenu, contrairement à la production directe par le titulaire les magistrats continuent à exercer un contrôle, et comme pour toute production par un tiers veillent à ce que celle-ci soit justifiée par l'existence d'un but légitime. Cependant, et en raison de l'accord de la personne protégée pour livrer le secret, ce contrôle se restreint à l'appréciation de la validité du contrat. De sorte que depuis le revirement de jurisprudence ayant reconnu la validité des clauses de renonciation anticipée au secret, le cocontractant est donc en principe déclaré recevable en raison de la loyauté de l'obtention des documents médicaux produits.

113. Pour citer monsieur PÉRIER, au regard de ce qui vient d'être exposé, on admettra que « *Le juge civil est, au bout du compte, le réceptacle des espoirs [du cocontractant] dans la traque à la mauvaise foi contractuelle, selon qu'il admet ou non la relativité du droit au secret médical* »¹²⁴. En effet, en admettant de déclarer licite la clause dont l'objet porte sur la renonciation au secret médical par la personne pouvant s'en prévaloir, le juge permet par conséquent au cocontractant recevant l'information protégée de l'utiliser en la produisant en justice comme moyen de preuve, rejetant comme faisant preuve de mauvaise foi celui qui après avoir contracté refuserait que son adversaire ne verse les informations qu'il lui a livré aux débats en prétextant de leur protection par le secret médical, l'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte correspondant finalement à la limite apportée à l'absolutisme du secret médical.

114. Cependant, si le titulaire du secret peut désormais librement disposer des informations couvertes par le respect du secret médical, lui permettant entre autre de les produire comme preuve en justice à l'appui de ses prétentions, une telle liberté n'est pas exempte de contraintes. En effet, libre de s'engager contractuellement le respect de la force obligatoire du contrat a quant à lui pour conséquence à la fois d'empêcher au titulaire du secret de refuser à son adversaire le droit de produire en justice les documents qu'il lui a volontairement remis mais également de lui imposer de livrer les informations promises dans ce cadre.

B. Des limites à la libre disposition

115. Engagée au travers d'un contrat le plus fréquemment d'assurance, la personne sur qui porte les informations médicales devra les remettre à son cocontractant si elle s'y est obligée. Ainsi, après avoir vu que la jurisprudence admet aujourd'hui la validité des clauses de renonciation anticipée au secret médical contenues dans certains contrats, il apparaît également que le principe de bonne foi contractuelle impose au souscripteur d'un contrat d'assurance de remplir également de bonne foi le questionnaire relatif à son état de santé nécessaire à la conclusion de la garantie. Autant de limites portées à la libre disposition du secret.

¹²⁴ PÉRIER (M.). « Le secret médical à l'épreuve de la loyauté contractuelle en assurances de personne: un tournant décisif ? » *Gazette du Palais*, n° 203, P. 2

116. En effet, désirent souscrire un contrat d'assurance le bénéficiaire se voit alors contraint d'accepter de révéler un certain nombre d'informations médicales le concernant, et cela soit dès la conclusion du contrat en renseignant sans mentir, et ce même par omission, le questionnaire médical remis, soit au moment où ce dernier demandera à bénéficier de la garantie s'il s'est engagé dans une clause de renonciation du secret.

À ce titre, reconnaissant depuis plus longtemps l'obligation pour le souscripteur d'un contrat d'assurance de renseigner de bonne foi son assureur quant à son état de santé au moment de son engagement la première chambre civile admet dans un arrêt rendu le 7 octobre 1998¹²⁵, que l'assureur produise un document médical lui ayant été remis par son assuré afin de demander l'annulation du contrat d'assurance formé. En l'espèce, lors de la souscription du contrat d'assurance, l'assuré avait renseigné par la négative le champ du questionnaire lui demandant s'il était atteint d'une maladie, par la suite ne pouvant rembourser le prêt garanti par cette assurance, le bénéficiaire faisait appel à son assureur afin que ce dernier prenne en charge les échéances à venir. Justifiant de son impossibilité de paiement, ce dernier transmettait alors à son cocontractant un certificat médical attestant d'un arrêt de travail à l'origine de son changement de situation patrimoniale lequel révélait également par ce document être atteint par le VIH depuis une date antérieure à la souscription du contrat. Désirent être relevée de sa garantie la compagnie d'assurance produisait donc ce certificat médical à titre de preuve de la fausse déclaration de l'assuré qui devait entraîner l'annulation du contrat. Suivie par la Cour de cassation, la Cour d'appel retient que la bonne foi contractuelle imposait à l'assuré de renseigner correctement le questionnaire médical remis et ne relève aucun obstacle à ce que l'adversaire transmette comme moyen de preuve abondant dans son sens un document relatif à l'état de santé de son assuré. Une telle information ayant été obtenue par la remise spontanée provenant du titulaire du secret qui y était en tout état de cause tenu en vertu de son engagement contractuel. Il convient cependant de relever que dans cette affaire une telle production de documents ayant trait à la vie privée n'était pas contestée, la veuve de l'assuré contestant seulement la qualification de maladie donnée au VIH.

117. En outre, saisie de faits similaires la Cour de cassation avait déjà eu l'occasion d'exprimer une telle position par un arrêt rendu antérieurement¹²⁶ au travers duquel celle-ci affirme que le grief de violation du secret est inopérant dans la mesure où la réalité des faits médicaux révélés n'était pas contestée par l'assuré, le litige portant simplement sur l'auteur et

¹²⁵ Civ. 1ère, 7 oct. 1998, n° 96-17315 ; *Bull. civ. I*, n° 280 ; *Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 403

¹²⁶ Civ. 1ère, 10 déc. 1996, n° 94-17.317

l'origine de cette révélation, l'assuré contestant la transmission d'informations médicales par le médecin conseil à son mandant, bien qu'il se soit auparavant engagé à renseigner loyalement son cocontractant sur ce point en remplissant le questionnaire remis. L'arrêt rappelait ainsi l'absence d'intérêt du grief puisqu'à supposer la preuve litigieuse écartée les faits justifiant l'annulation du contrat avaient été reconnus.

Aussi, bien qu'aujourd'hui la Cour de cassation n'admet plus que des informations médicales transmises par l'assuré au médecin expert mandaté soient directement communiquées par ce dernier à l'assureur, peu importe le lien contractuel entre l'assuré et le mandant, en cas de production aux débats de tels documents comme moyen de preuve par l'assureur, il semble que ceux-ci ne soit pas déclarés irrecevables lorsque le titulaire du secret s'était engagé à livrer ces informations ou y avait lui-même procédé.

118. On retrouve donc à nouveau à ce propos, l'existence d'un compromis introduit par les magistrats prenant en considération la volonté du patient ainsi que la mesure de l'atteinte opérée afin de réaliser un équilibre entre les différents droits en présence.

En effet, que ce soit au stade de l'obtention de la preuve comme de sa production il apparaît qu'en l'absence de textes imposant la révélation du secret les juges recherchent l'existence d'un motif légitime pour permettre à une personne de s'opposer à la délivrance ou la production d'une preuve en invoquant la protection du secret médical. À ce titre, le fait pour le titulaire du secret de s'être engagé contractuellement à livrer certaines informations le concernant l'empêcheront ensuite de s'opposer à ce que son cocontractant en fasse usage à titre de preuve. Comme l'énonce de façon claire un arrêt encore plus ancien rendu par la Cour de cassation¹²⁷ au travers duquel les magistrats indiquent que, la veuve d'un assuré « *ne pouvait pas légitimement s'opposer à la production d'un ... certificat (médical établi à la demande de l'assureur par le médecin traitant de l'assuré), dès lors qu'il ne s'agissait pas pour elle de faire respecter un intérêt légitime mais de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions* ».

119. En conclusion, au stade de la production de la preuve par l'assuré la libre disposition des documents médicaux permet à la personne sur laquelle ceux-ci portent de les produire en justice en tant que preuve, la jurisprudence les déclarant alors recevables. Ainsi le patient peut-il valablement renoncer au secret médical le protégeant, et ce même par avance au

¹²⁷ Civ. 1ère, 9 juin 1993 *Bull. civ. I*, n° 214

travers d'une clause contractuelle de renonciation anticipée, souvent présente au sein des contrats d'assurances.

Néanmoins, si cette liberté de produire semble illimitée pour le titulaire du secret, ce dernier ne peut en revanche pas s'opposer librement à ce que son adversaire produise un document médical le concernant, une telle restriction pouvant même résulter de sa propre volonté. En effet parce qu'il est libre de s'engager contractuellement au sujet des documents médicaux qu'il détient, le respect de la force obligatoire du contrat obligera le titulaire du secret non seulement à en assurer la délivrance effective à son cocontractant, mais encore l'empêchera de s'opposer à ce que ce dernier les produise en justice dans son propre intérêt. Ainsi, en cas d'inexécution du contrat ou d'opposition du patient à ce que son cocontractant produise des informations médicales le concernant, le juge devient arbitre de la légitimité du mobile présidant à une telle attitude, admettant selon celle-ci de déclarer ou non les documents produits recevables.

Cette situation a très bien été résumée par le Professeur Kullmann, dans sa note sous l'arrêt du 2 juin 2005 lorsque celui-ci énonce : « *De deux choses l'une : soit l'assuré renonce au bénéfice de ce secret, et bien entendu, les pièces peuvent être fournies à l'assureur et utilisées par lui ; soit l'assuré n'y renonce pas, et nul usage ne peut être fait de ces données : dans ce cas, il appartient au juge d'apprécier si ce comportement tend à faire respecter un intérêt légitime, cette appréciation pouvant avoir lieu après une mesure d'instruction* ».

120. Ainsi, parallèlement à la question de la recevabilité de la preuve produite par le titulaire du secret, toujours désireuse d'instaurer un compromis entre respect de la vie privée et droit à un procès équitable, auquel peut être rattachée l'existence d'un droit à la preuve, la jurisprudence introduit une nouvelle limite à l'absolutisme du secret médical en restreignant pour la personne protégée la possibilité de l'invoquer contre la production d'un document par un tiers, lui imposant alors de justifier d'un motif légitime et ce même en dehors de toute relation contractuelle antérieure. Ce qui amène donc désormais à se pencher sur la production d'un document protégé par le respect du secret médical par une personne tierce à ce secret.

II. La preuve produite par un tiers au procès

121. Pouvant être endossée par toute personne autre que celle sur laquelle portent les informations médicales la qualification de tiers au secret médical en devient extrêmement large. À ce titre, le tiers pourra être à la fois celui qui, représentant le titulaire du secret agit dans l'intérêt de ce dernier, ou dans son propre intérêt (A). Mais encore l'adversaire sans aucun lien autre que celui du procès avec la personne concernées par les informations médicales et qui, les ayant obtenues, les produit en justice au soutien de sa cause (B).

A. Le cas particulier des tiers représentant le titulaire

121. Parce que la représentation d'une personne se présente comme une conséquence à l'absence de pleine capacité juridique, celle-ci a vocation à intervenir potentiellement lors de toutes les étapes de la vie. En effet, si toute personne dès le commencement de son existence est titulaire de droits et obligations, synonyme de son intégration au sein d'une société donnée, celle-ci ne pourra pas toujours en disposer seule en raison des différentes contraintes opposées par le déroulement de son l'existence.

Ainsi, bien que reconnues titulaires de droits, parmi lesquels le droit au respect de la vie privée comprenant le respect du secret médical, certaines personnes ne pourront seules en assurer l'exercice et devront pour ce faire être représentées. De sorte que l'opposition entre secret médical et droit de la preuve a également vocation à se manifester lors de la production, par le représentant d'une personne d'une pièce protégée par le secret des informations médicales relatives à la personne représentée qu'elle contient. Et ce, que cette assistance soit portée à l'aube (1) comme au crépuscule de l'existence de l'être juridique (3) où la représentation est obligatoire, ou encore au cours de la vie (2) pendant laquelle la représentation n'est alors plus qu'hypothétique.

1) La preuve produite par le représentant du mineur

123. Durant toute sa minorité, en tant qu'il n'est pas émancipé, le petit d'homme reste sous l'autorité de ses parents. À ce titre, il leur appartient d'engager une procédure en justice pour agir en son nom et pourront être conduit à produire lors des débats un document médical concernant leur enfant dans l'intérêt de ce dernier.

124. S'agissant tout d'abord de l'obtention d'informations ou documents médicaux concernant un mineur, par principe les articles L. 1111-2 et L. 1111-7 du Code de la santé publique indiquent que « *Toute personne a le droit d'être informée sur son état de santé* » et quelle peut à ce titre demander à se que lui soient communiquées les informations la concernant. Cependant lorsque l'information porte sur l'état de santé d'une personne mineure, certains aménagements ont été institués afin de s'adapter au degré de maturité de l'enfant, ainsi que pour le protégé en raison de sa plus grande fragilité.

C'est ainsi que s'agissant de l'information de la personne mineure sur son état de santé, l'article L. 1111-2 du Code de la santé publique précise que les droits des mineurs sont exercés par les titulaires de l'autorité parentale, l'article L. 1111-7 du même Code indiquant quant à lui que la communication du dossier médical de l'enfant peut intervenir au profit des personnes exerçant l'autorité parentale. Ainsi comme pour le titulaire du secret ces dernières pourront s'adresser au détenteur des informations médicales afin que celui-ci les leur remette sans que le secret médical ne constitue un obstacle à la transmission. De telle sorte que le représentant assimilé au titulaire du secret peut librement obtenir les informations médicales sur l'enfant mineur qu'il représente et ce notamment afin de constituer une preuve dans le cadre d'un litige.

Cependant, parce que les représentants bien que proches du titulaire sont aussi des tiers au secret médical la loi réserve l'hypothèse du refus expressément formulé par l'enfant s'opposant à ce que l'information soit transmise à ses parents. Dans une telle situation, le médecin ne pourra que tenter de persuader le mineur de la nécessité de communiquer à ses représentants légaux les éléments concernant son état de santé mais, en l'absence d'urgence, si le refus est maintenu alors les informations ne pourront être transmises.

Par ailleurs, autre signe de la particularité de ce lien, en cas de nécessité de soumettre le mineur à une expertise médicale les représentants légaux sont les seuls tiers admis pour assister au déroulement de l'examen.

125. Ainsi, après avoir pu obtenir l'information médicale ces tiers particuliers pourront être amenés à la produire comme moyen de preuve dans le cadre d'un procès, de telle sorte que si la communication est à l'origine réalisée au profit d'un nombre restreint de personnes, expliquant que le secret médical n'y fasse pas obstacle, à l'occasion de cette production réapparaît la question de son respect face aux nécessités de la preuve. Devant la résurgence de ce conflit l'observation de la jurisprudence semble amener à distinguer plusieurs cas de figure.

126. D'une part lorsque l'information médicale portant sur l'état de santé du mineur est produite en justice par ses représentants légaux dans l'intérêt de leur enfant, alors un tel élément de preuve sera déclaré recevable comme pour la production en justice faite par le titulaire du secret lui-même. À titre d'exemple devant le juge pour enfant a pu être déclaré recevable la photocopie de l'entier carnet de santé des deux enfants mineurs produite par leur père au soutien de la mise en cause de son ex-épouse pour maltraitance. Parce que la mesure de placement demandée par le père tendait à protéger les enfants et s'inscrivait dans l'intérêt de ces derniers, assimilé aux mineurs représentés dans la procédure le père a été déclaré recevable à disposer librement des informations médicales afin de les produire comme moyen de preuve¹²⁸.

127. D'autre part en revanche, lorsque l'information protégée par le secret médical est produite comme preuve en justice dans le propre intérêt des représentants du mineur alors, comme pour les tiers au secret, la jurisprudence semble n'admettre la recevabilité d'une telle preuve qu'en présence d'un but légitime, et si l'atteinte au respect du secret médical est proportionnée au but recherché. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de divorce un arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris considère que viole le secret professionnel le médecin qui produisait un certificat médical concernant l'enfant du couple en conflit. Outre le fait que la production était en l'espèce directement réalisée par le tiers, il semble possible d'admettre que

¹²⁸ Observations réalisées à l'occasion d'un stage effectué au tribunal pour enfants de Grenoble.

la production par les parents eux-mêmes aurait fait l'objet d'un refus identique en ce que produisant dans leur intérêt propre les représentants légaux du mineur sont des tiers au secret.

De façon plus générale, la loi semble s'opposer à ce que l'enfant puisse être utilisé comme moyen de preuve en faveur de l'un de ses parents dans le cadre de leur divorce, et à cette fin l'article 205 du Code de procédure civile indique que « *les descendants ne peuvent jamais être entendus sur les griefs invoqués par les époux à l'appui d'une demande en divorce ou en séparation de corps* ». Cependant de façon surprenante, il reste que la jurisprudence admet depuis un arrêt rendu le 28 février 2006 par la première chambre civile de la Cour de cassation¹²⁹, qu'un parent utilise les résultats d'une prise de sang attestant qu'il ne peut être le père de celui qu'il croyait être son enfant pour prouver une faute de sa femme justifiant sa demande en divorce.

128. Cependant il est vrai que contrairement aux informations de santé, le lien de filiation reliant certaines personnes entre elles, constitue une information publique à laquelle toute personne, même tierce, peut avoir accès en demandant un extrait d'acte de naissance à la mairie du lieu de naissance de celle qui en fait l'objet. De sorte que, toutes les informations révélées par les résultats d'une prise de sang ne semblent pas protégées de la même façon, mais qu'il faut distinguer selon ce que ceux-ci apprennent de la personne qui en fait l'objet.

Au même titre, il convient de distinguer selon les mentions figurant sur l'arrêt de travail pour enfant malade dressé par le médecin du salarié, un arrêt rendu le 12 mai 2010 par la Cour de cassation¹³⁰ retenant que « *Les mentions de l'avis d'arrêt de travail établi par le médecin pour les besoins de l'obtention d'un congé pour enfant malade, relatives à la date et à la durée dudit congé, ne sont pas couvertes par le secret médical* ». Aussi a-t-il été autorisé dans cet affaire au médecin de fournir à l'employeur un certificat médical relatif à l'état de santé de l'enfant afin de justifier du bien fondé du congé pris par l'un de ses parents, la justification d'un arrêt maladie constituant un motif légitime de révélation du secret médical permettant de produire comme preuve un document qu'il protège. Ainsi, les parents comme le médecin sont donc recevables dans un tel contexte à verser aux débats une information médicale au sujet d'un enfant mineur.

129. Il ressort donc que, lorsqu'il représente le mineur dans le seul intérêt de ce dernier, un représentant légal est admis à verser aux débats un document médical concernant l'enfant

¹²⁹ Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 04-12736

¹³⁰ Cass. soc., 12 mai 2010, n° 09-40997

pour lequel il agit. En revanche, agissant dans son intérêt, le représentant légal est considéré comme tiers au secret et ne pourra le révéler en justice à titre de preuve que s'il justifie d'un motif légitime. Aussi, selon le contexte un même document peut ou non être déclaré recevable.

130. Après sa majorité, l'enfant devenu adulte sera en principe doté du plein exercice de sa capacité juridique, néanmoins, si son état de santé le nécessite il se peut alors que ce dernier soit à nouveau représenté par une tierce personne. Dans une telle hypothèse, les règles de conflit observées entre secret médical et droit de la preuve pour les mineurs auront à nouveau vocation à être appliquées.

2) La preuve produite par le représentant du majeur protégé

131. Actuellement, le principe fixé légalement prévoit qu'au jour de sa majorité toute personne peut exercer seule les droits dont elle a la jouissance¹³¹. Aussi, au jour de ses 18 ans l'enfant devenu adulte aux yeux du droit ne sera plus représenté par ses parents dans l'exercice des droits qui lui sont reconnus. C'est pourquoi, à partir de ce jour il devient seul à pouvoir produire librement en justice une information médicale le concernant en tant que moyen de preuve. La production de tels documents par ses anciens représentants légaux, qui sont en général ses parents, est alors quant à elle soumise aux règles régissant la production de documents médicaux par des tiers au secret.

Cependant toute personne dans l'incapacité de pourvoir seule à ses intérêts en raison d'une altération de ses facultés mentales ou corporelles peut bénéficier d'une mesure de protection juridique, une telle mesure résidant dans la mise en place d'une représentation plus ou moins étendue de l'individu protégé selon les nécessités de son état, lequel doit impérativement être constaté médicalement, comme l'indique l'article 425 du Code civil.

132. Ainsi, l'ouverture d'une mesure de protection à l'égard d'une personne majeure nécessite que soit produit devant le juge des tutelles compétent pour la prononcer, un certificat médical attestant de l'altération des capacités corporelles ou mentales de la personne en question. En l'espèce, la production d'une pièce couverte par le secret médical devient donc impérative, et il s'agit alors pour la loi d'instaurer directement le motif légitime de nature à permettre la

¹³¹ Art. 414 Civ.

révélation du secret. Ainsi, un arrêt rendu par la Cour de cassation le 13 janvier 2004¹³² admet que le fil d'une personne âgée produise au soutien d'une requête en ouverture de tutelle à l'égard de sa mère un certificat médical la concernant. En l'espèce, cette dernière n'ayant par la suite pas été placée sous une mesure de protection demandait à ce que soit constatée que la production en justice de ce document constitue une violation du secret médical. Cependant, réaffirmant l'autorisation introduite par la loi, la Cour de cassation rejette le pourvoi précisant que le médecin s'étant borné « à donner son avis sur l'opportunité d'une mesure de protection », la faute reprochée n'était pas commise « en l'absence de révélation de toute autre information sur l'état de santé de sa patiente ».

133. Par ailleurs, le Code de la santé publique permet pour sa part au médecin constatant que son patient ne peut plus pourvoir seul à la gestion de ses intérêts d'en aviser le procureur de la République sans que cela ne constitue une violation du secret médical, ce qui aurait alors rendu l'information irrecevable comme preuve. Accompagné de l'avis favorable d'un psychiatre, cette information au parquet aura pour conséquence de placer le patient sous sauvegarde de justice, mais pas plus. En effet, s'agissant de l'instauration d'une mesure de tutelle ou de curatelle en revanche, parce que le dessaisissement de la personne de l'exercice de ses propres intérêts est plus lourd, les textes légaux imposent que soit produit devant le juge des tutelles un certificat médical attestant de la nécessité de la mesure. En cas de refus par la personne à protéger de se soumettre à l'examen médical il n'est alors pas possible de mettre en place la mesure, le seul avis du médecin ne suffisant alors pas.

Ainsi, lors de la mise en place de la mesure de protection la loi est donc à l'origine du motif légitime permettant au tiers qu'est le médecin de livrer en tant que preuve de l'utilité de la mesure une information médicale sur son patient. En l'espèce, si le document couvert par le secret médical n'est pas livré par le représentant de la personne vulnérable car il n'est encore pas nommé, il reste que c'est bien l'intérêt du patient et la nécessité de le protéger qui préside à la recevabilité d'une telle preuve. Mais cette autorisation de la loi ne doit profiter qu'à la seule procédure d'ouverture de tutelle ou de curatelle, et comme cela a déjà été exposé dans le cadre de l'expertise, lors de l'examen clinique ordonné par le juge le caractère intime de celui-ci justifie que les conseillers médicaux des parties ne soient pas admis pendant son déroulement, comme l'énonce la Cour de cassation depuis une période suffisamment longue¹³³.

¹³² Civ. 1^{ère}, 13 janvier 2004, *Bull. civ. I*, n° 15

¹³³ Civ. 1^{ère}, 25 avril 1989, *Bull. civ. I*, n° 169

134. Après la mise en place de la mesure de protection, comme pour le mineur les articles L. 1111-2 et L. 1111-7 du Code de la santé publique indiquent que les informations de santé concernant la personne majeure protégée doivent être communiquées à son représentant légal. Ainsi, et là encore de façon identique à la représentation de l'enfant mineur, en cas de production en justice des documents médicaux concernant la personne majeure protégée par son représentant légal, une telle preuve sera déclarée recevable si le représentant agit au nom et pour le compte de la personne protégée.

En revanche agissant dans un autre intérêt, la Cour de cassation admet de recevoir le document médical comme preuve si l'atteinte reste proportionnée au but recherché. Tel était le cas par exemple, dans un arrêt rendu le 15 mai 2007¹³⁴ par la chambre commerciale de la Cour de cassation où le président d'une société en redressement judiciaire avait décidé de régler par anticipation certains créanciers. Souhaitant faire annuler cette décision contraire à ses intérêts, son fils par ailleurs directeur général produisait des documents médicaux attestant de l'état de santé de son père alors en curatelle, afin d'apporter la preuve du défaut de consentement valable de ce dernier. Saisi de ce litige, la Cour de cassation indique que, « *la production de pièces relatives à l'état de santé du dirigeant eut être justifiée, si elle reste proportionnée, par la défense des intérêts de la société et de ses actionnaires* », la Haute juridiction ne se prononçant cependant pas ici sur la légitimité et la proportionnalité de l'atteinte, ce qu'elle renvoie aux juges de la Cour d'appel.

135. Aussi le représentant peut-il comme la personne qu'il représente disposer librement des informations médicales concernant cette dernière lorsqu'il agit en son nom, et à ce titre la produire comme moyen de preuve dans le cadre d'un litige mettant en cause les intérêts de la personne protégée. En revanche agissant dans un tout autre intérêt, le représentant légale qui a accès aux informations de santé de la personne qu'il représente ne pourra les produire comme preuve que s'il justifie d'un motif légitime et de la proportionnalité de l'atteinte, une telle appréciation étant laissée aux juges du fond.

136. Pour conclure sur ce point, au regard de ce qui vient d'être exposé, il est donc possible de noter que la jurisprudence établit une distinction selon la personne produisant l'information médicale. Lorsque celle-ci est aussi celle sur qui portent les informations alors les magistrats

¹³⁴ Cass. com. 15 mai 2007, *Bull n° 715*

accueillent comme étant recevable ce moyen de preuve produit dans le cadre d'un procès, par contre si les documents médicaux sont produits par une personne qu'ils ne concernent pas alors les magistrats exigent que ce tiers justifie d'un motif légitime pour les déclarer recevables comme preuve. S'agissant de la représentation d'une personne, tuteur, curateur, tiers digne de confiance ... le représentant étant à la fois autre et continuité de la personne protégée les règles régissant la production de la preuve ne s'appliquent par conséquent plus en fonction de la personne qui les produit mais de la qualité en laquelle cette dernière agit.

137. Dernier exemple de dédoublement d'intérêts au sein d'une même personne, après le décès du *de cuius*¹³⁵ ses ayants droit se retrouvent investis d'une qualité nouvelle, celle de défendre la mémoire de la personne défunte, et si on ne parle alors plus de représentation, le décès mettant fin à la personnalité juridique et aux droits y afférant, le rôle des ayants droit s'en rapproche en ce qu'ils constituent la continuité de la personne éteinte.

3) La preuve produite par les ayants droit

138. Au décès d'une personne la personnalité juridique disparaissant, le droit au respect de la vie privée ne protège plus celui qui jusqu'alors entraînait encore dans le champ du droit. Néanmoins, et parce que son existence a laissé des traces au moins sous forme de liens sentimentaux, par respect pour la mémoire du défunt il ne sera pas possible pour n'importe quelle personne d'avoir accès aux informations concernant la vie passée de ce dernier. Ainsi, devant trancher entre le respect de la mémoire du mort, donc des informations médicales le concernant, et les intérêts que peuvent avoir des tiers à obtenir ces documents ainsi qu'à les produire en justice la loi introduit un compromis admettant que ces informations soient révélées aux ayants droit mais uniquement pour certains motifs déterminés.

A ce titre, l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique indique que « *Le secret ne fait pas obstacle à ce que les informations concernant une personne décédée soient délivrées à ses ayants droit, dans la mesure où elles leur sont nécessaires pour leur permettre de connaître les causes de la mort, de défendre la mémoire du défunt, ou de faire valoir leurs droits, sauf volonté contraire exprimée par la personne avant son décès.* » Le législateur introduit donc de ce fait certains motifs légitimes propres à permettre la révélation, mais afin

¹³⁵ De la locution latine *de cuius bonis agitur*, celui des biens de qui il s'agit.

de limiter au maximum l'étendue de celles-ci, la jurisprudence du Conseil d'Etat précise que seules les informations nécessaires dans chacun des cas prévus peuvent être transmises¹³⁶.

139. Cependant, dépassant les cas strictement prévus par la loi, la jurisprudence admet que soient transmis les documents médicaux concernant une personne défunte lorsque celui qui en fait la demande présente un intérêt légitime à faire valoir la protection de cette dernière. C'est ainsi qu'à l'occasion d'un arrêt rendu en 2005¹³⁷, la première chambre civile affirme que « *la finalité du secret professionnel étant la protection du non professionnel qui [a confié les faits], leur révélation a pu être faite aux personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection* ». Cependant là encore, par respect pour le secret médical la révélation ne peut porter que sur les faits nécessaires à assurer cette protection.

140. Par ailleurs, s'agissant des modalités de transmission des informations, toujours guidée par la volonté d'assurer le plus possible le respect du secret médical, la Cour de cassation précisait à l'occasion d'un arrêt antérieur¹³⁸, retenant le même principe pour accepter de délivrer les informations médicales, que la transmission ne peut être faite directement à l'ayant droit qui le demande, les héritiers devant nommer un expert à cette fin. De cette façon, en plus du fait que la révélation des informations médicales ne peut être faite qu'à une personne ayant un intérêt légitime, celle-ci devra être effectuée grâce à l'intermédiaire d'un tiers professionnel. Sur ce point il convient cependant d'ajouter que cet arrêt est rendu en 2002 donc avant la loi réformant l'accès par le patient à son dossier médical intervenue quant à elle en 2004, or cette loi introduit notamment l'article L. 1110-4 du Code de la santé publique cité plus en amont, lequel prévoit que dans les hypothèses où la loi introduit un motif légitime particulier la communication des informations peut être faite directement par le médecin à l'ayant droit qui en fait la demande.

Parmi les différents motifs légitimes, et notamment ceux prévus par la loi comme la nécessité de défendre la mémoire du défunt ainsi que celle pour les ayants droit de faire valoir leurs droits propres, la plupart induisent que les informations communiquées ont vocation à servir de moyen de preuve dans le cadre d'un procès. Aussi, une fois en possession des documents, les ayants droits sont souvent amenés à le verser à la connaissance d'autres parties dans l'instance d'un procès. Il est alors possible d'observer, qu'appliquant les principes déjà

¹³⁶ CE, 26 septembre 2005, Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n°270234

¹³⁷ Civ. 1ère, 8 mars 2005, *Juris-Data* n° 027493 ; *D. fam.* 2005, comm. n° 253, note M. Couturier

¹³⁸ Civ. 1ère, 22 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 144 ; *D.* 2002. IR. 2029

dégagés les magistrats distinguent selon l'existence d'un motif légitime présidant ou non à une telle utilisation des informations médicales par les ayants droit pour les déclarer recevables.

141. Ainsi, les ayants droit justifiant d'un motif légitime sont-ils admis à produire en justice un document médical concernant le *de cujus*. A ce titre, agissant dans le but de défendre la protection des intérêts du patient, même en retirant eux même un avantage, les ayants droit justifient d'une raison valable leur permettant de produire comme moyen de preuve une information médicale.

Toujours au titre de ces intérêts légitimes reconnus par la jurisprudence, on observe qu'il s'agit également souvent pour les ayants droit de faire annuler un contrat qui leur est préjudiciable, passé par le *de cujus* alors que son consentement ne pouvait être valable, comme cela fut le cas dans un arrêt rendu le 8 novembre 2004¹³⁹ par la Cour d'appel de Bordeaux. En l'espèce, souhaitant faire annuler un contrat de vente conclu par la défunte de son vivant, les héritiers produisaient un certificat médical attestant que ses facultés mentales ne lui permettaient pas de consentir valablement lors de la signature du contrat. Bien qu'une telle action soit également dans l'intérêt des ayants droit, la Cour d'appel déclare cette preuve recevable en ce que « *la production des documents médicaux ne porte pas atteinte au secret professionnel dès lors que les héritiers perpétuent la personne du défunt et que lesdits documents constituent l'un des moyens permettant de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit du de cujus* ». De telle sorte qu'agissant comme continueurs de la personne décédée, les ayants droit sont recevables à produire en justice des informations médicales la concernant.

Ainsi, la libre disposition des documents médicaux par le patient, constitue un motif légitime permettant pour ce dernier de les produire en justice, et se transmet aux héritiers qui pourront eux aussi produire l'information médicale en justice s'ils agissent dans le même but. Ainsi, comme l'écrit Mme VIAL¹⁴⁰, « *désormais, en droit civil, la licéité de la révélation dépend du respect de la finalité du secret, à savoir la protection des intérêts légitimes du patient à travers celle des intérêts de ses héritiers* ».

142. Tel est encore le cas lorsque les ayants droit demandent à ce que soit annulé un testament rédigé par le défunt alors qu'il n'était pas sain d'esprit, ou une rente viagère lorsque le

¹³⁹ CA Bordeaux, 8 novembre 2004, *Juris-Data* n° 261636.

¹⁴⁰ G. VIAL « La preuve en droit extrapatrimonial de la famille » thèse *Dalloz*, coll. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, vol. 80, 2008.

cocontractant dont ils héritent décède dans les 20 jours suivant la conclusion du contrat. A nouveau, au travers de cette action tout en assurant un but qui leur est propre les ayants droit protègent le respect de l'état de santé de celui qui dispose, de façon à dissuader toute personne de profiter de l'état vulnérable d'une autre en fin de vie.

Ainsi la Cour de cassation a-t-elle pu tenir compte à la demande des héritiers du témoignage d'un médecin relatif aux facultés mentales du testateur¹⁴¹, ou encore annuler un contrat de rente viagère à l'encontre duquel les ayants droit de la personne cocontractante produisaient un certificat médical attestant de la maladie préexistante dont était atteint le *de cuius* lorsqu'il s'est engagé¹⁴². Les magistrats admettent alors que le médecin traitant du défunt pouvait sans violer le secret professionnel, délivrer un certificat pour dire sans indiquer la maladie et sans donner de détails si l'affection ayant entraîné la mort existait à la date de la signature du contrat.

143. En outre dans ces deux situations particulières, l'autorisation découle de l'existence de textes légaux venant imposer, d'une part à la personne réalisant une libéralité d'être saine d'esprit¹⁴³, d'autre part qu'un contrat viager ne puisse être valable si le cocontractant décède dans les 20 jours de sa conclusion¹⁴⁴, nécessitant donc que les ayants droit puissent venir apporter la preuve du contraire. La violation du secret médical bien que restant uniquement autorisée par la loi, trouve alors sa justification à la fois dans l'intérêt de la personne défunte et dans la défense de l'intérêt général.

En effet à ce propos, la jurisprudence rappelle que si le médecin est autorisé à lever le secret dans certaines circonstances, une telle possibilité ne résulte que de l'autorisation de la loi permettant à son patient de le délier mais en aucun cas de la volonté de ce dernier. Ainsi, suite à son décès, les héritiers ne pourront en faire de même que si un texte légal les y autorise, et suivant ce principe, les juges du fond comme ceux du droit, refusent de reconnaître à un tiers même héritier du titulaire du secret, la possibilité de délier le médecin de son secret en l'absence de base légale. En l'espèce, afin d'établir que l'assuré avait réalisé de fausses déclarations lors de la souscription de son contrat, l'assureur avait obtenu de son épouse devenue veuve que le médecin conseil puisse lui transmettre les résultats de l'examen réalisé. Mais s'opposant à ce qu'un tiers au secret puisse délier un médecin de son obligation, et alors que cela aurait été contraire aux intérêts de la personne concernée par les informations

¹⁴¹ Civ. 1^{ère}, 26 mai 1964

¹⁴² Civ. 1^{ère}, 12 février 1963 *Bull. civ. I*, n° 98.

¹⁴³ Art. 901 Civ.

¹⁴⁴ Art. 1975 Civ.

médicales, les magistrats de la Cour de cassation retiennent que « *constitue une violation du secret médical, la remise par le médecin conseil à l'assureur, d'une lettre émanant du médecin traitant de l'assuré, malgré l'autorisation donnée par la veuve de l'assuré* »¹⁴⁵, seule une expertise judiciaire pouvant permettre d'obtenir de telles informations.

144. Par ailleurs, bien qu'au stade de la délivrance de la preuve, la loi institue une autorisation de livrer les informations, la Cour de cassation continue à exercer son contrôle subordonnant leur utilisation en justice à l'existence d'un motif légitime. En effet, comme en témoigne un arrêt rendu par la première chambre civile en 2004, bien que l'article 901 du code civil permette au médecin de déroger au secret médical en livrant des informations sur son patient dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de son activité afin de rapporter la preuve de l'insanité d'esprit du testateur, aux termes de cet arrêt cette révélation ne peut être faite « *qu'aux experts et personnes ayant un intérêt légitime à faire valoir cette protection* »¹⁴⁶. De sorte que seules les héritiers justifiant de l'existence d'un tel motif peuvent se voir remettre des informations médicales par le médecin du défunt dans le but de les produire plus tard en tant que preuve en justice.

Ainsi, au stade de la production, les ayants droit comme tout tiers doivent encore justifier d'un motif légitime pour que les pièces obtenues couvertes par le secret médical, soient déclarées recevables comme moyen de preuve par le magistrat en charge du dossier. A titre d'exemple, dans un arrêt assez ancien déjà¹⁴⁷, la Cour de cassation confirme la décision par laquelle une Cour d'appel avait déclaré irrecevable un certificat médical attestant de la stérilité du défunt produit par sa veuve, en l'espèce le contentieux avait trait à une action en recherche de paternité dirigée contre son mari. Les magistrats justifient alors une telle décision par le respect nécessaire du secret des informations touchant l'intimité de la personne défunte, énonçant qu' « *il est nécessaire à l'exercice de la profession médicale que le malade soit assuré que même après sa mort, ses secrets les plus intimes ne seront pas dévoilés, même à la demande de ses héritiers* ».

Aussi, si le caractère absolu du secret médical semble avoir reculé, remplacé par l'exigence actuelle d'un intérêt légitime apprécié tout aussi strictement par les juges du fond, dans l'affaire citée en référence, il était légitimement possible de douter de l'existence pour la veuve d'un tel motif légitime, en ce qu'il n'est pas admis en France de spéculer sur le résultat

¹⁴⁵ Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999, *JCP*, éd. G, 1999, II, 10025

¹⁴⁶ Civ. 1^{ère}, 2 mars 2004 *Bull. civ. I*, n° 69.

¹⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1970, n° 67-12654

d'une succession. Or, en fournissant la preuve de la stérilité de son mari, son principal intérêt résidait dans le fait d'empêcher une éventuelle remise en question de sa part successorale *ab intestat*¹⁴⁸ comme testamentaire.

146. Il apparaît donc que même après le décès du patient ses informations médicales continuent à être protégées par le respect du secret médical, et que seul à pouvoir librement en disposer le patient peut ainsi seul décider de leur production en justice sans motif particulier et en interdire la communication à ses ayants droit. Ces derniers devant quant à eux justifier d'un motif légitime afin de pouvoir produire ces informations en tant que preuve.

147. Enfin, liés par la force obligatoire d'un contrat passé par le défunt les ayants droit sont tenus comme tout tiers au respect de l'obligation universelle pesant sur chacun de ne pas nuire à l'exécution du contrat, et cela même si ce dernier ne crée pas d'obligations à leur égard. Ainsi, la Cour de cassation, suivie par les juges du fond, retient que les ayants droit ne peuvent s'opposer à l'enquête réalisée par le médecin conseil auprès du médecin traitant de l'assuré, *« celle-ci ne constituant pas en elle même une violation du secret médical, alors que les ayants droit ne peuvent faire échec à l'exécution de bonne foi des contrats et à l'exigence de la preuve que nécessitent les dispositions de l'article L. 113-8 du Code des assurances »*¹⁴⁹.

Les magistrats du quai de l'horloge déduisent donc de l'obligation générale de bonne foi contractuelle qu'un ayant droit ne peut opposer le respect du secret protégeant des informations de santé du *de cuius* dans le seul but de faire obstacle à l'obtention d'une preuve pour l'autre partie au procès. A ce titre, dans un arrêt rendu en 1993¹⁵⁰ les juges retiennent que la veuve d'un assuré ne peut valablement s'opposer à ce que l'organisme d'assurance produise un certificat médical démontrant que ce dernier avait caché être atteint d'une maladie lors de la conclusion du contrat s'il *« ne s'agissait pas pour elle de faire respecter un intérêt légitime, mais de faire écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions »*. Réaffirmant ultérieurement sa position, la Cour de cassation énonce clairement en 1996¹⁵¹ que la veuve d'un assuré n'est pas fondée dans son opposition à ce qu'un assureur verse aux débats un certificat médical qui prouverait la mauvaise foi de son mari en effet, selon le

¹⁴⁸ « Locution latine qualifiant le fait qu'une personne défunte n'a pas laissé de testament. Dans cette situation, les biens dépendants de la succession sont partagés selon l'ordre prévu par le Code civil (articles 718 et suivants) ». BRAUDO (S.). « Dictionnaire de droit privé »

¹⁴⁹ Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, *Resp. civ. et assur.*, 1991, comm. n° 116

CA. Caen, 5 décembre 2000, *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 207, note L. Grynbaum

¹⁵⁰ Civ. 1^{ère}, 9 juin 1993, *Bull. civ. I*, n° 214

¹⁵¹ Civ. 1^{ère}, 10 décembre 1996, *D.*, 1998, *jur. p.* 117

dispositif « *La veuve d'un assuré ne pouvait s'opposer à la production d'un certificat médical établi par le médecin traitant du défunt à la demande de l'assureur qui prouve la mauvaise foi de l'assuré* ».

Dès lors, comme pour obtenir la communication d'un document couvert par le secret médical, pour en refuser la production aux débats par un tiers les ayants droits doivent pouvoir justifier d'un motif légitime.

148. Afin de conclure quant à la production d'une preuve par les ayants droit agissant en tant que continuateurs de la personne du défunt, comme lui ses héritiers sont admis à disposer des informations protégées par le secret médical afin de les produire comme preuve en justice. Cependant et parce qu'ils restent également tiers au secret, ceux-ci doivent pouvoir justifier d'un motif légitime afin d'être déclarés recevables dans cette production, ne pouvant par conséquent pas en disposer librement dans leur propre intérêt, et comme l'observe justement M. Penneau, « ... *l'intérêt légitime est toujours du côté du patient protégé* »¹⁵². En outre un tel motif sera également nécessaire pour s'opposer à la production de ces informations médicales cependant, alors que cette obligation découle directement de son engagement contractuel pour le *de cuius*, les ayants droit sont quant à eux tenus de façon générale par une obligation de loyauté à l'égard des relations contractuelles existantes.

149. Pour finir, après avoir observé au travers des différentes relations particulières le régime réservé à la production de documents couverts par le secret médical soit par celui qu'il concerne ou indirectement par ceux qui le représente, il convient à présent en dernier lieu de distinguer la production opérée par une personne totalement tierce au secret. A ce titre, comme cela se dégage déjà au travers de la production d'une information médicale comme preuve par le représentant du patient lorsque celui-ci agit dans son propre intérêt, l'absolutisme reconnu au respect du silence entourant le secret médical tend à se voir remplacer par la recherche d'un compromis mis en œuvre par les praticiens du droit dans le sillage de la Cour européenne des droits de l'Homme.

¹⁵² PENNEAU (J.), « De quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire » *AJ Pénal* 2009 p. 169

B. Le but légitime, mesure de la production par le tiers, adversaire du titulaire

150. En principe protégée par le secret l'information médicale ne sera connue que par le patient et son médecin seul le premier pouvant en disposer librement. En effet, aux termes de l'article 223-13 du Code pénal, le professionnel n'exerçant même que temporairement ses fonctions, encourt une peine pouvant aller jusqu'à un an d'emprisonnement et 15 000 euro d'amende en cas de « *révélation d'une information à caractère secret* ». Aussi, en dehors des cas particuliers prévus par la loi libérant le médecin de son obligation de garder le silence, seule la personne sur qui portent les informations médicales doit pouvoir les produire en justice, et ce uniquement depuis que la loi intervenue le 4 mars 2002 reconnaît au patient la liberté de prendre connaissance sans motif particulier des informations relatives à sa santé. De sorte que, dans l'absolu la question de la production d'une pièce protégée par le secret médical par un tiers ne devrait se poser que rarement. Aussi au regard de ce qui précède, seule l'hypothèse de partage volontaire du secret par le patient avec des tiers, ou encore celle de l'obtention de l'information grâce à une mesure judiciaire en permettant la délivrance forcée qui, comme cela a été développé antérieurement ne se trouve admise que dans le cadre d'un procès pénal, permet à un tiers d'entrer en possession d'informations médicales ne le concernant pas.

Néanmoins, comme a pu écrire Socrate « *il y a plus de peine à garder un secret qu'à tenir un charbon ardent dans sa bouche* », et c'est ainsi qu'outre les différentes manières loyales d'obtenir la communication de documents médicaux, il se pourra qu'un tiers ait connaissance d'informations couvertes par le secret médical et que leur production en tant que preuve soit de nature à appuyer sa cause.

151. Par ailleurs, s'ajoutant à la nécessité individuelle de soutenir ses intérêts, si comme l'affirme Spinoza reprenant la conception aristotélicienne de la justice distributive, « *la justice est une disposition constante de l'âme à attribuer à chacun ce qui selon le droit lui revient* », alors il s'avère impératif pour les magistrats chargés de rendre effective une telle affirmation de déterminer avec précision la situation de chacun des protagonistes avant de rendre leur décision. Aussi, entre exigence de vérité et protection de la vie privée, abandonnant le choix d'une protection absolue du secret médical les magistrats cherchent actuellement à concilier

ces intérêts en fonction des situations en présence, appréciant comme le fait la Cour européenne des droits de l'Homme, d'une part l'existence d'un motif légitime justifiant la révélation de l'information secrète, et d'autre part la proportionnalité de l'atteinte engendrée.

152. Effectivement, appliquant depuis son origine un raisonnement en faveur de la recherche d'un compromis afin de faire accepter ses décisions par l'ensemble des pays membres, saisie d'une situation conflictuelle la Cour européenne confronte les différents droits en présence afin de pouvoir trancher quant à l'existence d'une contrariété de la situation aux grands principes qu'elle protège.

A ce titre, ayant eu à connaître de conflits opposant la production d'un élément de preuve au respect du secret médical, la Cour européenne des droits de l'Homme, après avoir constaté l'existence d'une base légale autorisant le versement de telles pièces aux débats dans le pays défendeur, recherche tout d'abord si cette production poursuit un but pouvant être qualifié de légitime, avant de déterminer si l'atteinte portée à la vie privée reste proportionnée au but recherché. Lequel but dans les affaires se confrontant au respect du secret médical, correspond souvent à la recherche de la vérité ou à la préservation des droits de la défense. Ainsi, dans un arrêt rendu le 25 février 1997¹⁵³, la requérante protestait contre la communication d'informations de santé concernant sa séropositivité pour asseoir la culpabilité de son conjoint du chef de tentative d'homicide et non d'infraction sexuelle. Saisie de ce contentieux, la Cour européenne commence par reconnaître le caractère indispensable du secret médical « *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* », mais admet cependant que cette révélation dans le cadre d'un procès pénal poursuit un but légitime. Ce à quoi elle ajoute « *qu'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre ces mesures et les buts en question* ». En l'espèce, le but en question protégeait plus qu'un intérêt particulier puisqu'en recherchant à qualifier le plus justement possible ce en quoi consistaient les agissements reprochés le juge pénale détermine les faits qui, par leur contrariété au pacte social du moment que constitue la loi pénale, seront la mesure de la punition prononcée pour l'auteur.

153. Aussi, dès cette époque il convient d'admettre que le respect du secret médical n'est plus absolu, l'intérêt de tiers ou de la société en générale, pouvant permettre de révéler en justice

¹⁵³ CEDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, req. 22009/93.

des informations médicales portant sur la santé d'une autre personne. En revanche, dans cette espèce la Finlande se voit condamnée pour violation de l'article 8 de la convention européenne mais pour une raison différente, car les autorités finlandaises ne protégeaient que pendant 10 ans les informations permettant d'identifier une personne dans une décision de justice publiée.

Les magistrats recherchent ainsi un compromis adéquate entre nécessité de recevoir une preuve importante aux débats et protection des informations utilisables par la justice. Aussi la production d'une information médicale comme moyen de preuve dans le cadre d'un procès ne s'assimile pas parfaitement avec une divulgation étendue des informations en ce que certaines dispositions peuvent permettre d'empêcher la publicité d'une décision de justice, d'où le caractère proportionné de l'atteinte.

154. Portant une plus grande atteinte au secret médical, dans un autre contexte confronté aux droit à l'information du public, la Cour européenne reconnaît dans son célèbre arrêt *Plon* contre France du 18 mai 2004¹⁵⁴, le caractère disproportionné de l'interdiction de publier sans limite de durée un livre dévoilant la maladie de l'ancien chef d'Etat. En l'espèce, malgré l'atteinte au secret nettement plus conséquente en terme de personnes susceptibles de pouvoir avoir accès à l'information, les juges admettent que la liberté de la presse doit pouvoir permettre de publier certaines données médicales ayant trait à une personne publique, l'intervalle de temps écoulé depuis son décès participant à reconnaissance de la proportionnalité de cette atteinte. A partir de ce moment, le secret médical ne constitue donc plus un obstacle infranchissable en terme de révélation si celle-ci s'avère nécessaire.

155. Ainsi, la reconnaissance d'un droit à la preuve est-elle susceptible de constituer un but légitime en faveur de la production d'une pièce couverte par le secret médical par une personne tierce à cette information. Et ce d'autant plus que s'agissant de la recevabilité d'une pièce probatoire, la Cour européenne des droits de l'Homme a pu juger à différentes reprises que cette question relève avant tout des droits nationaux¹⁵⁵, laissant donc une plus grande marge d'appréciation à chaque Etat quant à la possibilité d'admettre comme recevable un élément de preuve même constitué par un document protégé par le secret médical.

¹⁵⁴ CEDH, 18 mai 2004, *Plon c/ France*, req. n° 58148/00,

¹⁵⁵ CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, *Schenk c/ Suisse*, § 46

156. Cependant, en dépit de cette apparente souplesse en la matière les juges de Strasbourg continuent à exercer un contrôle sur la production des documents servant de preuve en justice au regard de la proportionnalité de l'atteinte portée à la vie privée, en cas de production motivée par un but légitime. Ainsi, dans un arrêt plus récent en date du 10 octobre 2006¹⁵⁶, la Cour européenne déclare qu'en dépit du caractère légitime de la production d'un certificat médical attestant de l'alcoolisme de son mari par son épouse souhaitant appuyer sa demande de divorce pour faute, il convient de reconnaître la violation du secret médical, et donc de l'article 8 de la convention, et ce car disposant déjà de divers documents faisant état de la violence de son mari, le certificat médical versé aux débats n'est pas indispensable à démontrer l'existence de manquements rendant intolérable la poursuite de la vie commune. De telle sorte que parce que ce moyen de preuve n'était que subsidiaire, comme en témoignent les motivations de l'arrêt attaqué, cette production d'un élément protégé par le secret médical ne peut être reconnue comme proportionnée au but recherché.

En outre, et au regard du droit positif français à propos duquel la décision était rendue, avant que la Cour européenne ne soit saisie les magistrats auraient pu écarter cet élément de preuve car si en matière de divorce la preuve est libre, cette dernière ne peut cependant avoir été obtenue par la violence ou la fraude. Or en l'espèce, il aurait pu être soutenu que l'épouse était entrée en possession du document frauduleusement.

Précisant sa solution, les juges européens ajoutent deux ans plus tard¹⁵⁷ que le divorce en lui-même n'est par ailleurs pas à lui seul un motif légitime pour permettre la révélation du secret. Ce que reprend la jurisprudence française dans un arrêt rendu le 18 mai 2012 par la Cour d'appel de Dijon¹⁵⁸, laquelle retient que les résultats d'une prise de sang sont couverts par le secret médical, et ne peuvent être produits par l'épouse dans le but de prouver l'alcoolisme de son mari, le prononcé du divorce ne constituant pas un motif légitime propre à justifier que soit violé le respect du secret médical.

157. Plus récemment encore, un arrêt rendu par le tribunal de la fonction publique de l'Union européenne¹⁵⁹ semble adopter une position encore plus protectrice du secret médical en ce qu'il retient qu'en l'absence de consentement de la personne concernée la révélation de données à caractère médical suffit à constituer une ingérence dans le respect de la vie privée, sans avoir égard à un éventuel but légitime poursuivi ou au caractère proportionné de

¹⁵⁶ CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c/ France, req. n° 7508/02

¹⁵⁷ CEDH 13 mai 2008 n° 65097/01 ; D. 2009. 2714, spéc. 2717, obs. T. Vasseur

¹⁵⁸ Dijon, Chambre civile C, 18 Mai 2012, N° 11/01045

¹⁵⁹ TFPUE, 5 juill. 2011, aff. F-46/09, V/Parlement

l'atteinte. C'est ainsi que par cet arrêt le tribunal condamnait la décision du Parlement qui, après avoir eu connaissance d'informations médicales recueillies par la Commission au sujet de la personne candidate à un poste, retirait son offre d'emploi afin de refuser de l'employer. Les juges relèvent alors que « *le transfert au Parlement des données médicales collectées par la Commission avait constitué, du fait de l'absence d'accord de la requérante, une ingérence non justifiée dans la vie privée de celle-ci* ».

158. Aussi, l'étude de la jurisprudence de la Cour européenne reflète-t-elle l'importance cruciale que revêt le magistrat dans la protection des différents droits fondamentaux en ce qu'il lui appartient de déterminer l'existence d'une atteinte à un principe protégé par les textes. Et pour ce faire, il apparaît que le juge a le choix quant à la méthode adoptée pour constater l'atteinte, soit en relevant l'existence d'une violation de la loi applicable au travers du seul constat d'un comportement y contrevenant, ou en recherchant l'effectivité de l'atteinte constatée pour la personne s'en plaignant. Dans cette dernière hypothèse, les juges apprécient alors d'une part le caractère légitime du but poursuivi poussant en l'espèce à produire un document couvert par le secret médical comme preuve en justice, et d'autre par la proportionnalité de l'atteinte engendrée.

Pas de plus vers l'arbitraire pour les uns, meilleure prise en compte des situations de fait pour les autres, il semble qu'il faille tout de même admettre qu'il est sage en tant que le droit s'énonce de façon générale mais s'applique à des situations individuelles, de laisser à celui qui tranche le soin d'apprécier la qualification des faits dont il a à connaître. Ainsi, suivant Madame Claudine Bergoignan Esper il est possible de retenir que « *En ce domaine délicat, où la parole remplace le silence, le rôle du juge est essentiel dans l'interprétation du régime dérogatoire à la règle de la confidentialité* »¹⁶⁰

159. Reproduisant de façon plus fréquente actuellement le raisonnement adopté par la Cour de Strasbourg, les juges du droit français ne se contentent plus de constater la contrariété d'un comportement au respect du secret médical, mais recherchent de plus en plus à concilier celui-ci avec les exigences du droit de la preuve en adoptant une position intermédiaire. De sorte que, remplaçant le caractère systématique du rejet de la preuve portant atteinte au secret médical, les magistrats s'emparent des concepts et tissent au fil des décisions rendues les

¹⁶⁰ BERGOIGNAN ESPER (C.). « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ? ». *Recueil Dalloz* 2008 p. 1918

contours de ce qu'il faut entendre par but légitime, au moins par la négative, en permettant à un tiers de produire une pièce couverte par le secret médical. Ainsi, dans un premier arrêt rendu le 15 mai 2007¹⁶¹, la chambre commerciale de la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par les juges du fond en ce que, après avoir constaté l'atteinte à la vie privée portée par la production d'une pièce médicale aux débats sans le consentement de la personne concernée, ceux-ci l'avaient déclaré irrecevable « *sans s'interroger sur la légitimité et la proportionnalité de cette atteinte* ». Ainsi, refusant de déclarer irrecevable le certificat médical produit par le fil de celui sur qui le document portait au seul motif que le père concerné n'y avait pas consenti, la Cour de cassation transpose « *de la sphère strasbourgeoise à la sphère parisienne* »¹⁶² la recherche de proportionnalité au regard d'intérêts antinomiques en présence.

Prenant de cette façon le contre-pied de sa jurisprudence antérieure qui, comme l'illustre l'arrêt rendu par la deuxième chambre civile le 2 juin 2005¹⁶³, se refusait à reconnaître la recevabilité d'un document médical comme moyen de preuve en l'absence d'accord de la personne sur qui portent ces informations. Il s'agissait en l'espèce, d'un assureur qui n'ayant pu obtenir une mesure d'expertise produisait aux débats un document médical qu'il avait réussi à se procurer, lequel portait sur la santé de son assuré. Mais les juges du droit déclareront irrecevable une telle pièce, alors selon le moyen que l'assureur ne pouvait « *produire un document couvert par le secret médical intéressant le litige qu'à la condition que l'assuré ait renoncé au bénéfice de ce secret* », et qu'il « *appartient au juge, en cas de difficulté, d'apprécier, au besoin après une mesure d'instruction, si l'opposition de l'assuré tend à faire respecter un intérêt légitime* »¹⁶⁴.

160. Il se dégage donc de ce qui précède que dans un premier temps, en l'absence d'accord du titulaire du secret les documents médicaux ne pouvaient être déclarés recevables en justice, le constat de l'absence de but légitime présidant à ce refus ne permettant alors pour les juges que d'en tirer toutes les conséquences quant à la résolution du litige, en admettant à titre d'exemple que l'assureur ne verse pas la garantie prévue dans le contrat le liant au patient récalcitrant, mais sans jamais admettre de recevoir les informations médicales comme preuve. Tandis qu'aujourd'hui face à un tel refus, ne se contentant plus de présomptions pour résoudre

¹⁶¹ Cass. comm. 15 mai 2007, *Bull. civ.* IV, n° 130

¹⁶² SARCELET (J.-D.). « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence ». *Recueil Dalloz* 2008 p. 1921

¹⁶³ Civ. 2ème, 2 juin 2005, n° 04-13-509 ; *Bull. civ.* II, n° 142, *Resp. civ. assur.*, sept. 2005, p. 28, note H. Groutel.

¹⁶⁴ Voir note 139

le litige mais appréciant la légitimité de ce refus, les magistrats admettent que l'information médicale soit produite comme preuve en justice à condition que celui qui la verse justifie d'un but légitime et qu'une telle révélation soit proportionnée au but recherché. Ainsi, l'appréciation du but légitime s'est elle déplacée de celui conduisant le patient à refuser à son adversaire de verser une pièce aux débats, à celui fondant la production de cette pièce par l'adversaire.

161. En l'absence de détention des informations convoitées par l'adversaire en revanche, il a déjà été développé que de façon constante depuis le loi intervenue en 2004, le refus opposé par le la patient à ce que ses informations de santé soient divulguées par un tiers souhaitant les verser aux débats ne permet pas aux juges d'en imposer la transmission forcée. Ces derniers ne pouvant alors à nouveau qu'ordonner une mesure d'instruction et tirer toutes les conséquences de ce refus.

De sorte que, face à l'absence de consentement de la personne sur qui portent ces informations médicales, même en présence d'un but légitime un tiers ne peut en principe pas produire les pièces couvertes par le secret médical qu'il détient. Cependant, en cas de production spontanée de ce document par un tiers l'ayant en sa possession, le juge ne pourra le déclarer irrecevable qu'après avoir constaté l'absence de but légitime poursuivi et/ou la disproportion d'une telle atteinte face à l'intérêt recherché.

162. En matière pénale en revanche, la recevabilité de la preuve portant sur un document médical ne concernant pas la partie qui le produit a connu une évolution différente. En effet, les enjeux du procès pénal étant plus importants au regard de la contrainte exercée par la justice sur la liberté individuelle, il est un principe que la preuve est libre et peut être recueillie par tout moyen, fût-il illégal si la partie le produisant n'est pas une institution, cela afin de favoriser la recherche de la vérité. A ce titre un arrêt rendu par la chambre criminelle en 1993¹⁶⁵ admît comme recevable la production par la partie civile d'une correspondance confidentielle qui lui avait été adressée de façon anonyme.

C'est pourquoi dans un premier temps, les juridictions répressives refusaient de déclarer une preuve produite irrecevable lorsque celle-ci portait atteinte au secret médical déclarant qu' « aucune disposition légale ne permet aux juges répressifs d'écarter les moyens de preuve produits par les parties au seul motif qu'ils auraient été obtenus de façon illicite ou

¹⁶⁵ Cass. crim., 15 juin 1993, pourvoi n° 92-82.509, *Bull. crim.* 1993, n° 210

déloyale. Il leur appartient seulement, en application de l'article 427 du code de procédure pénale, d'en apprécier la valeur probante ».

163. Cependant, intégrant également le raisonnement suivi par la Cour européenne, la chambre criminelle va faire évoluer sa jurisprudence abandonnant cette position de principe en faveur de la recherche d'un compromis entre les intérêts en présence. Ainsi, par un arrêt précurseur rendu le 24 avril 2007¹⁶⁶, un mois avant la chambre commerciale, la chambre criminelle casse l'arrêt rendu au fond lequel reprenait la formule précédemment énoncée comme motivation pour refuser d'écarter la preuve des débats, et impose désormais clairement même en matière pénale, de rechercher dans un premier temps si la preuve produite poursuit un but légitime et dans un second temps si cette production est proportionnée à l'atteinte engendrée, conformément aux exigences européennes. Les juges retiendront en l'espèce que *« l'examen public et contradictoire de pièces du dossier médical d'un patient, couvert par le secret professionnel, doit constituer une mesure nécessaire et proportionnée à la défense de l'ordre et à la protection des droits de la partie civile au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ».*

164. Finalement, alors qu'en matière civile l'exigence de la recherche d'un but légitime dans l'appréciation du caractère recevable d'une preuve produite par une partie en violation du secret médical d'un tiers a permis d'accueillir ces documents selon les situations en présence, en matière pénale en revanche l'application actuelle de ce mode de raisonnement conduit à écarter certaines preuves en raison de l'atteinte injustifiée au secret médical.

Néanmoins bien que mettant en œuvre ce raisonnement, la chambre criminelle continue selon les contentieux à recevoir de façon très large les éléments produits comme moyen de preuve par les parties en dépit de l'atteinte portée au secret médical. Tel était par exemple le cas d'un arrêt rendu par cette juridiction en 2010¹⁶⁷ au travers duquel les magistrats admettent que soit déclaré recevable le constat réalisé par des contrôleurs fiscaux témoignant du non respect du secret médical lors des constatations effectuées au cabinet médical, *« Dès lors que, seul est de nature à affecter la régularité de la procédure suivie devant le juge répressif, le non-respect des dispositions de l'article L. 47 du livre des procédures fiscales qui imposent que le contribuable soit informé de son droit d'être assisté d'un conseil et de l'absence de débat oral et contradictoire au cours de la vérification*

¹⁶⁶ Cass. crim., 24 avril 2007 ; *Bull. crim.*, n° 108 ; *AJ pénal* 2007. 331

¹⁶⁷ Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-81.674

fiscale », la nullité de la procédure fiscale ne se transmettant par ailleurs pas à la procédure pénale. Ce toujours afin de favoriser le nombre de documents exploitables dans la recherche de la vérité, et parce que dans ces contentieux fiscaux la partie lésée est la première personne morale, l'Etat.

165. Aussi, si les résultats en terme de preuves déclarées recevables varient entre les matières, à l'étape de sa recevabilité la méthode utilisée est aujourd'hui homogène reprenant et imposant le raisonnement suivi par les juges strasbourgeois. Et pour citer à nouveau M. Sarcelet, on constate que « *Le caractère général et absolu du secret médical, fruit d'une longue construction de la jurisprudence nationale, s'est ainsi trouvé attiré dans le tourbillon de l'article 8 de la Convention européenne au titre des droits protégés de la vie privée. [Et qu'à ce titre], il est inéluctablement appelé à être confronté à d'autres intérêts légitimes* », de nature à justifier de son déclin actuel.

166. Par ailleurs, avant que les juges français ne reproduisent la méthode européenne de manière générale recherchant un compromis entre les différents intérêts en présence au regard du but poursuivi et de la proportionnalité de l'atteinte, la nécessité de respecter les droits de la défense permettaient déjà à un tiers de produire valablement comme preuve le document couvert par le secret médical qu'il détient. Ainsi, alors même qu'il n'était pas encore question de droit à la preuve devant assurer à toute partie un droit de produire une preuve au soutien de ses prétentions en demande comme en défense, le besoin de se justifier pour une personne mise en accusation ou assignée en défense, a pu permettre à certains tiers de produire valablement un document médical se rapportant à une autre personne, et ce notamment au bénéfice de médecins assignés par leurs patients en responsabilité.

Dans cette hypothèse, dès 1966 date à laquelle on retrouve des arrêts en attestant, les magistrats refusent de condamner pénalement pour violation du secret médical le médecin qui pour assurer sa défense face à une partie en demande produisant des documents médicaux, en oppose d'autres au soutien de ses propres intérêts. Ainsi, un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 16 février 1966 retient que « *ne se rend pas coupable de violation du secret médical le médecin opposant à un document médical, dont il est fait usage contre lui dans une instance judiciaire, un autre document médical dont les énonciations le précisent, le complètent et permettent donc de contester certaines appréciations* ». Ce que confirme l'année suivante la

chambre criminelle de la Cour de cassation¹⁶⁸, réaffirmant que « *le libre exercice des droits de la défense autorise le médecin, pour sa seule défense personnelle, à faire état dans les instances pénales des faits strictement nécessaires à sa défense* ». Aussi, dérogeant au principe de l'absolutisme du secret médical encore très présent à cette période, les magistrats admettent que le médecin produise en justice des documents couverts par le secret médical qu'il détient mais à condition uniquement que cette production soit rendue nécessaire à sa défense dans une instance judiciaire, et à sa seule défense personnelle, comme toute exception le raisonnement par analogie étant exclu.

167. Par la suite, ce fait justificatif des droits de la défense va être étendu à toute personne mise en cause dans une instance pénale, et au travers d'un arrêt rendu le 29 mai 1989¹⁶⁹, les magistrats admettent que quiconque peut produire un document même couvert par le secret médical sans se rendre coupable d'une infraction lorsqu'il s'agit pour lui de contrer une accusation pénale dont il fait l'objet. Le droit pénal, de manière générale moins protecteur du respect du secret médical en raison de sa finalité ainsi que des prérogatives exceptionnelles de l'accusation est donc le premier à reconnaître la possibilité pour un tiers de produire en justice des informations médicales ne le concernant pas grâce à la reconnaissance d'un fait justificatif protégeant celui qui produit de toute poursuite pénale.

Plus récemment encore, la chambre criminelle est venue reconnaître cet obstacle aux poursuites dans un autre domaine. Ainsi, par un nouvel arrêt rendu le 11 mai 2004¹⁷⁰ les magistrats admettent qu'un salarié puisse valablement produire en justice un document appartenant à son employeur dont il a eu connaissance à l'occasion de l'exercice de ses fonctions s'il s'agit pour lui d'assurer sa défense dans une instance l'opposant à ce dernier. Cependant dans ce cas de figure la chambre sociale reste très vigilante quant à la nécessité pour un salarié travaillant dans le domaine médical de produire en justice contre son employeur un document couvert par le secret médical. A titre d'exemple, dans un arrêt rendu le 5 juillet 2011¹⁷¹, une salariée psychologue souhaitant prouver que son employeur avait modifié son contrat de travail sans son accord produisait des documents couverts par le secret médical dans lesquels apparaissait l'état civil des patients. Considérant cette production comme violant le secret professionnel, son employeur l'avait licencié pour fait ce qu'elle contestait. Ainsi, à l'occasion de cet arrêt les magistrats de la chambre sociale rejettent l'action

¹⁶⁸ Cass. crim., 20 décembre 1967, *Bull. crim.* n° 338.

¹⁶⁹ Cass. crim., 29 mai 1989 : *Bull. crim.* 1989, n° 218

¹⁷⁰ Cass. crim., 11 mai 2004 : *Bull. crim.* 2004, n° 113 et 117

¹⁷¹ Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 09-42.959

de la salariée et confirment son licenciement pour faute, rappelant que « *la production en justice de documents couverts par le secret professionnel ne peut être justifiée que lorsque cela est strictement nécessaire à l'exercice des droits de la défense du salarié dans le litige l'opposant à son employeur* », la contestation du changement de ses conditions de travail ne suffisant donc pas. Aussi, et surtout en présence de documents protégés par le secret ce fait justificatif est-il entendu particulièrement limitativement.

168. Par ailleurs, s'agissant des intérêts personnels d'un avocat les formations civiles de la Cour de cassation retiennent que contrairement au médecin celui-ci ne peut être déclaré légitime à produire un document médical ne le concernant pas et dont il est en possession. Ainsi, dans un arrêt rendu le 29 mars 1978¹⁷², les juges du droit rappellent d'une part que, quelle que soit la nature du document le secret médical couvre tout ceux relatifs à l'état de santé d'un individu, et pose explicitement d'autre part la règle selon laquelle « *l'exercice des droits de la défense ne justifie pas en soi la violation du secret médical* ». En l'espèce la Cour retient que l'avocat poursuivi ne pouvait invoquer la priorité des droits de la défense pour justifier la violation du secret médical de plus, connaissant l'origine illicite des documents produits l'avocat participait en toute connaissance de cause à la révélation publique des informations. Par conséquent les magistrats déclarent que c'est à bon droit que la juridiction du fond retient que « *la défense des intérêts qui avaient été confiés à cet avocat n'est pas une cause justificative du manquement qui lui est reproché* ».

De sorte que dans l'exercice de sa profession, un avocat ne peut produire dans l'intérêt de son client en matière civile un document médical portant atteinte au secret médical s'il ne peut justifier d'un autre but légitime que le seul respect des droits de la défense.

169. Pourtant, plus récemment à l'occasion d'un arrêt rendu par la Cour européenne le 15 décembre 2011¹⁷³, les juges européens admettent quant à eux que l'avocat puisse produire des documents couverts par le secret médical dans l'intérêt des droits de la défense. Aussi ces derniers affirment que « *le secret professionnel n'est pas absolu et la protection d'un droit ou d'une liberté doit prendre en compte l'exception prévoyant que l'exercice des droits de la défense peut rendre nécessaire la violation du secret professionnel par l'avocat* ». Cependant là encore l'intérêt légitime ne réside pas dans le seul exercice des droits de la défense mais également dans la défense du ou des autres droits ou libertés à l'origine du procès. Il semble

¹⁷² Civ. 1ère, 29 mars 1978, n° 76-15422.

¹⁷³ CEDH, 15 déc. 2011, *Procédures 2012*, comm. 40, note N. Fricéro.

donc que la Cour européenne soit moins exigeante que les juges français lesquels recherchent au delà des principes directeurs du procès si un intérêt particulier, tel que l'impossibilité de produire une autre preuve, vient justifier que soient versés par un tiers des documents médicaux ne le concernant pas au soutien de ses prétentions. Ainsi, en droit français le fait justificatif ne recouvre que la défense personnelle de celui qui produit le document, empêchant son conseil d'en faire de même.

170. Malgré tout, s'agissant de la production d'un document médical par l'avocat dans son propre intérêt en tant que partie au procès et pas uniquement représentant, à l'occasion d'un arrêt récent en date du 28 juin 2012¹⁷⁴, la première chambre civile retient que l'avocat est délié du secret professionnel lorsque les strictes exigences de sa défense le justifient mais que *« ce fait justificatif ne s'étend pas aux documents couverts par le secret médical qui ont été remis à l'avocat par la personne concernée et qui ne peuvent être produits en justice qu'avec l'accord de celle-ci »*. Ainsi, contrairement au médecin, quel que soit le motif l'avocat ne peut donc pas produire en justice un document médical lui ayant été remis par son client sans l'accord de ce dernier. Une telle position se voulant sans doute protectrice du rôle de l'avocat qui, s'il utilise toute sa compétence personnelle pour défendre son client, doit s'effacer en tant qu'individu pour ne rester que l'*ad vocatem*, la voix que l'on ajoute au justiciable. Il est cependant permis d'imaginer que la Chambre criminelle n'aurait pas eu une approche identique dans le cadre d'une instance pénale au regard de la différence des enjeux.

Ainsi pour l'avocat, les hypothèses dans lesquelles celui-ci est admis à produire un document médical comme moyen de preuve en justice restent plus restreintes en ce que l'origine de l'obtention du document est prise en considération, contrairement aux autres justiciables, ce qui ne peut l'autoriser à utiliser à ses fins personnelles un document remis par son client.

171. La nécessité de respecter les droits de la défense constituait donc un fait justificatif en matière pénale avant de devenir également un but légitime en matière civile permettant à un tiers de produire au soutien de ses prétentions un document couvert par le secret médical comme cela a pu être développé antérieurement. Ainsi, à titre d'exemple dans un arrêt rendu le 18 mars 1997¹⁷⁵, les magistrats de la première chambre civile déclarent que *« la nécessité de faire valoir ses droits en justice constitue un motif légitime de révéler des informations*

¹⁷⁴ Civ. 1ère, 28 juin 2012, n° 11-14486

¹⁷⁵ Civ. 1ère, 18 mars 1997, *JCP* 1997, II, 22829, rapp. P. Sargos.

médicales, à condition que l'atteinte au secret ne soit pas disproportionnée au but à atteindre ». La Cour d'appel de Paris retenant quant à elle quelques mois plus tard de façon plus spécifique que « le libre exercice des droits de la défense, autorise le médecin, pour sa seule défense personnelle, à faire état dans les instances civiles des faits strictement nécessaires à sa défense »¹⁷⁶. Aussi à l'origine, ce n'est pas le reconnaissance d'un droit à la preuve qui permet à un tiers de produire en justice des documents protégés par le secret médical, mais le respect des droits de la défense, intimement lié à la preuve, qui garanti ce même résultat.

172. Enfin, et dans le but d'élargir le nombre de documents recevables en tant que preuve dans un procès pénal de façon à faciliter la recherche de la vérité, la chambre criminelle va également jouer sur l'interprétation de l'élément matériel de l'infraction en restreignant ce qui doit être entendu au titre de « document couvert par le secret médical ». Ce faisant, dans un arrêt rendu le 1^{er} février 1977¹⁷⁷, les juges estiment que la seule divulgation du nom des clients d'une clinique, sans aucune indication de tout renseignement d'ordre médical ne constitue pas une violation du secret professionnel, en l'espèce, les documents ne faisaient que retracer les dates d'entrée et de sortie des malades avec leurs noms. En dépit de la possibilité de reconnaître les personnes concernées par les informations médicales la chambre criminelle admet donc la production de ces documents comme ne portant pas atteinte au secret médical.

Néanmoins, si cette restriction de l'élément matériel est opérée devant les juridictions répressives dans leur intérêt, dans les autres contentieux en revanche, et notamment en matière fiscale, la seule possibilité d'identifier la personne à qui se rapportent les informations médicales au travers des documents versés aux débats constitue en l'absence d'intérêt légitime une violation du secret médical rendant irrecevables ces derniers. C'est pourquoi dans un arrêt rendu le 12 mars 1982¹⁷⁸, le Conseil d'Etat déchargeait un contribuable de son imposition considérant comme irrégulières les vérifications auxquelles il avait été procédé en tant que les documents produits étaient protégés par le secret médical. En effet, afin de justifier de l'impôt réclamé, le contrôleur produisait des informations tirées du registre de police d'une clinique comportant l'indication des noms des personnes admises. Aussi bien que les documents ne comportent pas en eux-mêmes des informations d'ordre médical,

¹⁷⁶ Paris, 27 mai 1997, *Gaz. Pal., Rec.* 1997, somm. p. 383 ; *J.C.P.* 1997. II. 22894, note Derieux

¹⁷⁷ Cass. crim., 1er févr. 1977; *Bull. crim.* n° 40

¹⁷⁸ CE, Ass., 12 mars 1982, req. n° 11.431

contrairement aux magistrats statuant en matière pénale, les juges administratifs les considèrent comme protégés par le secret médical. Position que le Conseil d'Etat réitérera plus tard à l'occasion de faits similaires¹⁷⁹, également reprise par les tribunaux administratifs au fond¹⁸⁰.

Autant d'illustrations de la formidable entreprise jurisprudentielle afin de faire coopérer secret médical et droit de la preuve.

¹⁷⁹ CE, 7e et 9e sous-sections, 24 novembre 1986, req. n. 18.803, 18.804, 49.333 et 49.334,

¹⁸⁰ CAA Paris, 2ème Chambre - Formation A, du 31 mars 2004, 99PA02903, *inédit au recueil Lebon*, 31 mars 2004, affaire n° 99PA02903

CONCLUSION GENERALE :

173. Après avoir exposé la relation complexe qu'entretiennent secret médical et droit de la preuve, il semble possible de nuancer l'affirmation de monsieur Vitu selon laquelle « *L'obscurité... devient extrême quand il s'agit du secret médical* ». Cependant le secret médical reste un formidable facteur de fragmentation du droit, et notamment du droit de la preuve, et à ce titre il faut reconnaître que cette affirmation sied bien à la matière.

174. Georg Simmel, dans sa recherche de ce qui fait la société des Hommes au sens large disait que « *si la socialisation humaine est déterminée par la capacité de parler, elle est modelée par la capacité de se taire* ». Ainsi, parce que les mots sont précieux, représentant la richesse du savoir de celui qui les formule, leur utilisation peut devenir source de conflits. Et, parce que le Droit protège ce qui est cher aux yeux de la société qui l'instaure, l'encadrement de la parole devient facteur d'intérêt pour la règle juridique. C'est pourquoi en fonction des valeurs considérées comme devant être protégées la norme juridique entourera de silence certaines informations comme autant de trésors pour ceux qui en ont connaissance. Ainsi la confiance que doit porter le patient à son médecin afin de pouvoir être correctement soigné a-t-elle été longtemps considérée comme si importante que rien ne devait pouvoir délier le médecin de son secret. Cependant, et comme le propriétaire du fonds qui a obtenu de la loi que l'inventeur du trésor qui se trouverait caché dessus soit contraint à le partager pour moitié avec lui, le patient obtiendra l'accès sans conditions à ses informations de santé, changeant de ce fait les rapports de force existant avec ceux qui en convoitent la révélation.

Aussi, face au conflit opposant ces intérêts antagonistes, la norme non écrite en la matière a évolué en faveur d'un compromis sous l'influence des décisions jurisprudentielles s'inspirant de la méthode mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'Homme. Et, contrairement aux secrets économiques qui se veulent toujours mieux gardés face à la reconnaissance d'un droit à la preuve, le secret médical a remplacé son caractère absolu au profit d'un partage accepté avec celui qui avancerait un motif légitime.

175. Illustration de la prise d'importance actuelle que connaît la nécessité de pouvoir obtenir et produire une preuve en justice, observateurs des mouvements du droit nous ne pouvons que nous interroger quant au fait de savoir si la judiciarisation de notre société nécessite

qu'obtenir une preuve pour mener un procès devienne un droit incontestable. Toujours est-il que le statu quo actuel, laissant aux magistrats l'appréciation du bien fondé de la demande faite par celui souhaitant prendre connaissance du secret, présente le grand avantage de tenir compte de la diversité des situations permettant au secret de rester une forme de silence respecté, au détriment de la sécurité juridique peut-être.

176. Finalement ce mémoire dresse un portrait de la jurisprudence actuelle et il est bien difficile de porter un jugement car il s'agit pour le juge de trancher entre respect du secret et nécessité pour lui d'avoir accès au maximum d'éléments afin de résoudre le différend dont il est saisi, de sorte que ce que nous observons témoigne du choix actuel de la proportionnalité suffisante à justifier une dérogation au secret. C'est ainsi qu'il est possible de conclure que si le secret médical comme tous les secrets consacrés par le droit comme par les faits, connaît un recule dans la protection apportée aux informations, il reste néanmoins l'un des mieux protégés, les cas dans lesquels le juge peut ordonner la levée du secret restant rares au profit d'une interprétation du silence gardé. Ainsi si la preuve doit permettre au juge de prendre sa décision de manière la plus impartiale au regard de la situation, confrontée au respect du secret la résolution du litige réintroduit une grande part de subjectivité basant la réalité des faits sur une interprétation personnelle de l'attitude des plaideurs plutôt que sur l'appréciation de faits scientifiquement vérifiables.

Mais parce que mettre en place des règles afin de rompre un silence accepté et reconnu comme nécessaire n'est jamais aisée, on observe que le législateur face au secret médical avance à pas prudents, préférant reconnaître la particularité des situations sans imposer de principe. Ainsi le secret médical n'est plus absolu et pourtant continu à exister, le recours à l'appréciation souveraine de ceux qui ont à appliquer la loi dans chaque situation particulière permettant encore de trouver le meilleur compromis.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages

BERGEAUD (A.), « Droit à la preuve » thèse Bordeaux 2007

BESSONE (M.), « La justice » corpus éd. Flammarion 2011

Cour de Cassation. « Rapport annuel 2012 de la Cour de cassation - La preuve ». *La documentation française*, 2013

DESPORTES (F.) et LAZERGES-COUSQUER (L.), « Traité de procédure pénale » Dir. N. MOLFESSIS. éd. *Economica*

FOUCAULT (M.), « Surveiller et punir ». éd. *Gallimard* 1975

MOURALIS (J-L.), « Preuve (1^o modes de preuve) ». *Répertoire civil Dalloz* janvier 2011

MOURALIS (J-L.), « Preuve (2^o règles de preuve) ». *Répertoire civil Dalloz* janvier 2011

VIAL (G.), « La preuve en droit extrapatrimonial de la famille », thèse, *Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, vol. 80, 2008

Articles

ABRAVANEL-JOLLY (S.), « Le secret médical en assurances de personnes » *Revue générale du droit des assurances*, n° 2005-04, P. 887

BAUDRY (P.), « Le non-verbal : un point de vue sociologique », <http://communicationorganisation.revues.org>

BERGOIGNAN ESPER (C.), « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ?
Le respect du secret médical dans la législation de notre pays : réalité ou illusion ? », *Recueil Dalloz*, 2008, p. 1918

BOSSAN (J.), « La protection du secret des sources des journalistes en procédure pénale », *Droit pénal*, Juillet 2010, n° 7, étude 14

CARBUCCIA-BERLAND (J.-P.), « secret professionnel » *Gazette du Palais*, 29 octobre 2002, n° 302, p. 28

CERVEAU (B.), « Assurance et secret médical : un cadre juridique précis, une jurisprudence bien établie » *Gazette du Palais*, 13 février 2010, n° 44, P. 15 - Assurances terrestres

CHOISEZ (S.), « Le secret médical et la preuve de la fraude rapportée par le médecin- conseil de la compagnie d'assurance », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 117

COLONNA (J.) et RENAUX-PERSONNIC (V.), *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 4 Octobre 2012, n° 40, 1598 (fin)

CONTE (P.), « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution de la quadrature du cercle ? », *Droit pénal* n° 4, Avril 2009, étude 8

CREDEVILLE (A-E), « Le secret médical et la preuve judiciaire ou le secret médical mis en perspective » *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2645

DA ROS (J.) et CURTET (A.), « La fraude à l'assurance... un sport à haut risque » *La Semaine Juridique Edition Générale*, 21 novembre 2011, n° 47, 1299

DAVENAS (L.), « Le secret médical et la preuve judiciaire », *Recueil Dalloz*, 2009

DEHARO (G.), « La levée du secret professionnel pesant sur l'avocat ne s'étend pas au secret médical », *Gazette du Palais*, 24 juillet 2012, n° 206, P. 18 - Secret professionnel

DELEBECQUE (P.), BRETZNE (J.-D.) et GELBARD-LE DAUPHIN (I.), « Droit de la preuve » *Recueil Dalloz 2011* p.2891

DELEBECQUE (P.), BRETZNE (J.-D.) et VASSEUR (T.), « Droit de la preuve » *Recueil Dalloz 2009* p.2714

DETRAZ (S.), « Le rôle du Défenseur des droits en matière pénale : un nouveau « tout-en-un » procédural », *Droit pénal*, Juin 2011, n° 6, étude 8

DETRAZ (S.), « Un an de droit pénal fiscal et douanier. - Octobre 2009 – août 2010 », *Droit pénal*, Octobre 2010, n° 10, chron. 8

DUBOUIS (L.), « Feu le secret médical ? » *Mélanges Peiser*, PUG, 1995, p. 201-214

EVIN (C.), « Le secret médical dans le cadre hospitalier », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2639

GEORGET (V.), « Un an d'instruction préparatoire octobre 2010 – octobre 2011 », *Droit pénal* n° 1, Janvier 2012, chron. 1

HONORAT (J.) et MELENNEC (L.), « Vers une relativisation du secret médical », *JCP G* 1979, I, 2936

KAHN (A.), « Le secret médical : d'Hippocrate à Internet », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2623

KRATZ (P.), « La confidentialité : 1ère partie : Le secret professionnel - Le secret médical », <http://www.cadredesante.com>

KULLMANN (J.), « Assurances de personnes – secret médical », *Revue générale du droit des assurances*, n° 2005-1, P. 105

LARDEUX (G.), « Du droit de la preuve au droit à la preuve », *Recueil Dalloz*, 2012 p. 1596

LE GOFFIC (C.), *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, p.987

LENA (M.), « Quand le médecin-expert... n'est pas médecin » *Dalloz actualité*, 02 février 2011

MANAOUIL (C.) et BENILLOUCHE (M.), Étude : « Regards croisés sur le secret médical face aux juridictions répressives » *Petites affiches* 15 juin 2009 n° 118, P. 7 - Chronique de droit médical n° IV (1re partie)

MASSON (A.) et CADOR (V.), « Application du droit de l'Union européenne par le Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne - (juillet 2011 – juillet 2012) » *Europe* n° 10, Octobre 2012, chron. 2. §43

PANSIER (F.-J.), « Saisie informatique, libertés publiques et droit à la vie privée » *Cahiers sociaux du Barreau de Paris*, 2012, n° 247, P. 355 – Droit social

PENNEAU (J.), « De quelques incidences du secret médical sur l'expertise judiciaire » *AJ Pénal*, 2009, p. 169

PÉRIER (M.), « Le secret médical à l'épreuve de la loyauté contractuelle en assurances de personne: un tournant décisif ? » *Gazette du Palais*, 2003, n° 203, P. 2

PRADEL (C-F) et PRADEL (V.), « L'abus d'arrêt de travail », *La Semaine Juridique Social* n° 48, 27 Novembre 2012, 1504

PY (B.), « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? » *AJ Pénal*, 2004, p.133

RAJOT (B.), « Indemnisation résultant du préjudice de harcèlement moral : sa preuve pèse-t-elle sur le salarié victime ? » *Responsabilité civile et assurances* n° 2, Février 2012, alerte 3

RASSAT (M.-L.) « Secret, personnes et famille : le secret médical » *revue Droit et patrimoine*, 2002, n°102

REY-SALMON (C.), « Secret médical et personnes vulnérables : le cas du mineur », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2651

SARCELET (J.-D.), « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ? », *Recueil Dalloz*, 2008 p.1921

SARCELET (J.-D.), « La confidentialité des informations de santé peut-elle tenir face à la protection d'autres intérêts légitimes ?

Le rôle du juge dans la confrontation des intérêts légitimes en présence », *Recueil Dalloz* 2008, p. 1921

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

SERRA (G.) et WILLIATTE-PELLITTERI (L.), « Droit du divorce », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 832

SICARD (D.), « Quelles limites au secret médical partagé ? », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2634

TABUTEAU (D.), « Le secret médical et l'évolution du système de santé », *Recueil Dalloz*, 2009, p. 2629

VERGES (É.), « Eléments pour un renouvellement de la théorie de la preuve en droit privé »

VERGES (E.), « Chronique de procédure civile », *Revue Lexbase Hebdo édition privée*, 22 novembre 2012, n°506

Circulaires/ Décrets

Circulaire du 20 octobre 2011 concernant la mise en œuvre de la loi du 22 avril 2005 relative aux droits des malades et à la fin de vie et de traitement judiciaire des affaires dites de « fin de vie »

NOR : JUSD1128836C

INSTRUCTION n° DGOS/PF3/2012/384 du 12 novembre 2012 relative au guide méthodologique relatif à la circulation, au sein des centres et des maisons de santé, des informations concernant la santé des patients

INSTRUCTION n° DGOS/PF2/2012/287 du 19 juillet 2012 portant sur la généralisation de l'indicateur de mesure de la satisfaction des patients hospitalisés au sein des établissements de santé, publics et privés, exerçant une activité de médecine-chirurgie ou obstétrique (MCO)

INSTRUCTION n° 1270/DEF/SGA/DAJ relative à la communication par les services du ministère de la défense des documents administratifs aux citoyens.

Du 11 juillet 2012

Questions au gouvernement

Assemblée nationale, 4 mars 2008, Question écrite n° 10856. Ministère de la santé, de la jeunesse et des sports

Assemblée nationale, 30 juin 2009, Question écrite n° 22078. Garde des Sceaux, ministère de la justice

Assemblée nationale, 15 février 2005, Question écrite n° 52760. Ministère délégué aux anciens combattants

Assemblée nationale, Question écrite, n° 15610. Ministère de la santé

Assemblée nationale, 12 juin 1989, Question écrite n° 10483. Ministère de l'économie, des finances et du budget (Assurances. questionnaires. légalité.)

Assemblée nationale, 5 juillet 1999, Question écrite n° 29116. Ministère de l'emploi et de la solidarité

Assemblée nationale, 7 sept. 1998, Question écrite n° 16387. Ministère de l'emploi et de la solidarité. (Risques professionnels – Accidents du travail – Cotisations. taux.)

Assemblée nationale, 6 avril 1998, Question écrite n° 4713. Ministère de l'emploi et de la solidarité

Assemblée nationale, 24 novembre 1997, Question écrite n° 1735. Ministère de la santé (Santé – Hépatite C – Transfusés. indemnisation.)

Assemblée nationale, 6 juillet 1997, Question écrite n° 56406. Ministère de la fonction publique et des réformes administratives (maladie fonctionnaires)

Sites Internet

<http://www.conseil-national.medecin.fr/article/article-4-secret-professionnel-913>

Jurisprudence

• **Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme**

- CEDH, 12 juill. 1988, n° 10862/84, Schenk c/ Suisse, § 46
- CEDH, 25 février 1997, Z. c/ Finlande, req. 22009/93.
- CEDH, 18 mai 2004, Plon c/ France, req. n° 58148/00
- CEDH, 10 octobre 2006, L. L. c/ France, req. n° 7508/02
- CEDH 13 mai 2008 n° 65097/01 ; D. 2009. 2714, spéc. 2717, obs. T. Vasseur
- CEDH, 16 juin 2011, Pascaud c. France, n° 19535/08
- CEDH, 15 déc. 2011, *Procédures 2012*, comm. 40, note N. Fricéro.
- CEDH, 18 avr. 2012, n° 20041/10, Eternit c/ France

- TFPUE, 5 juill. 2011, aff. F-46/09, V/Parlement

• **Jurisprudence constitutionnelle**

- Cons. const., déc., n° 2012-248 16 mai 2012 QPC

• **Jurisprudence administrative**

1. Conseil d'Etat

- CE, 12 avril 1957, Dupont : *D.*, 1957, *jur. p.* 336, *concl. Gazier*
- CE, 11 février 1972, *D.*, 1972, *jur. p.* 426, *note Le Roy ; JCP, éd. G, 1973. II, 17363, note R. Savatier*
- CE Ass., 12 mars 1982, req. n. 11.431
- CE, (7e et 9e sous-sections), 24 novembre 1986, req. n. 18.803, 18.804, 49.333 et 49.334
- CE, 8 février 1989, Conseil national de l'Ordre des médecins et autres, req. n°54494.
- CE, 31 mai 1989, Roujansky : *Gaz. Pal., Rec. 1990, somm. p. 57, Rec. p. 135.*

- CE (3e et 8e sous-sect.) 13 février 2006, n° 279180, SOCIETE FIDUCIAL INFORMATIQUE
- CE, 26 septembre 2005, Conseil national de l'Ordre des médecins, req. n°270234

2. Cours d'appel

- CAA Bordeaux, 2^{ème} ch., 15 déc. 1997, req. n° 95-1168
- CAA Paris, 2ème Chambre - Formation A, du 31 mars 2004, 99PA02903, inédit au recueil Lebon, 31 mars 2004, affaire n° 99PA02903

3. Tribunaux de première instance

- TA Montreuil, 14 juin 2012, n° 1009924

• **Jurisprudence judiciaire**

1. Cour de Cassation

Chambre criminelle

- Cass. crim., 11 mai 1844 : *D. 1844, 1, p. 228*
- Cass. crim., 8 mai 1947, *Bull. crim., n°126, D. 1948, p. 109*, note Gulphe
- Cass. crim., 5 juin 1985, *Bull. crim., 1985, n° 218*
- Cass. crim., 19 déc. 1885, Watelet : *Bull. crim. 1885, n°363 ; S. 1886, p. 86.*
- Cass. crim. 9 nov. 1901 : *DP 1902 I. 235*
- Cass. crim., 8 mai 1947, Decraene : *D. 1948, jur., p. 109 note P. Gulphe, JCP éd. G 1948, II, n° 4141 note A. Légal, Rev. sc. crim. 1947, p. 403, obs. Hugueney*
- Cass. crim., 27 juin 1967, *Bull crim n°194, JCP G 1968. II. 15411, note Savatier.*
- Cass. crim., 20 décembre 1967, *Bull. crim. n° 338.*
- Cass. crim., 17 mai 1973, *D. 1973, Jur. p. 582*
- Cass. crim., 20 janvier 1976, *Bull. crim., n° 23, Gaz. Pal. 1976, I, jur., p. 308.*
- Cass. Crim., 1er fevr.1977 ; *Bull. crim. n. 40*
- Cass. crim., 5 novembre 1981, *Bull. crim., n° 295*
- Cass. crim., 29 mai 1989 : *Bull. crim. 1989, n° 218*
- Cass. crim. 1er juill. 1992, n° 92-82.110, inédit
- Cass. crim., 15 juin 1993, pourvoi n° 92-82.509, *Bull. crim. 1993, n° 210*
- Cass. crim., 17 mai 1995, n° 94-85.000, inédit
- Cass. crim., 8 avril 1998, *Bull. crim., n° 138 ; Dr. pénal, 1998, comm. p. 113, obs. Véron*
- Cass. crim. 8 juin 1999, *D. 1999. IR. 221*
- Cass. crim., 4 mai 2000, n° 00-80104 non publié au bulletin
- Cass. crim., 11 mai 2004 : *Bull. crim. 2004, n° 113 et 117*
- Cass. crim., 24 avril 2007 ; *Bull. crim., n° 108 ; AJ pénal 2007. 331*
- Cass. crim., 16 février 2010, n°09-86363
- Cass. crim., 30 juin 2010, n° 09-81.674
- Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-82.862 ; *JurisData n° 2010-024684 ; Bull. crim. 2011, n° 122.*

Chambres civiles

- Civ. 1^{ère}, 26 juillet 1845, *D. 1845. I. 340*.
- Civ. 1^{ère}, 12 février 1963 *Bull. civ. I, n° 98*.
- Civ. 1^{ère}, 13 oct. 1970, n° 67-12654
- Civ. 1^{ère}, 29 mars 1978, n° 76-15422.
- Civ. 1^{ère}, 18 mars 1986, n° 84-15702, *Bull. civ. I, n° 68*
- Civ. 1^{ère}, 21 juillet 1987 ; *Bull. N°248, p. 181, Gaz. Pal., Rec. 1987, panor. cass. p. 269*
- Civ. 1^{ère}, 25 avril 1989, *Bull. civ. I, n° 169*
- Civ. 1^{ère}, 3 janvier 1991, *Resp. civ. et assur.*, 1991, comm. n° 116
- Civ. 1^{ère}, 9 juin 1993, *Bull. civ. I, n° 214*
- Civ. 1^{ère}, 10 déc. 1996, n° 94-17.317 : *D.*, 1998, *jur. p. 117*
- Civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, n° 95-12576 : *JCP 1997, II, 22829, rapp. P. Sargos*.
- Civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, *Bull. civ. I, n° 3*
- Civ. 1^{ère}, 7 octobre 1998, , n° 96-17315 : *Bull. civ. I, n° 280 ; JCP G 1998, II, 10185, concl. C. Petit ; Resp. civ. et assur.*, 1998, comm. n° 403
- Civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999, *JCP, éd. G, 1999. II, 10025*
- Civ. 1^{ère}, 1er juin 1999, *Bull. civ. I, n° 183*
- Civ. 1^{ère}, 14 mars 2000 ; *Bull. civ. I, n° 87 ; L'Argus*, 12 mai 2000, p. 44
- Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, n° 98-12.806 : *JCP éd. G, 2000, II, 10 409*.
- Civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, *Bull. civ. I, n° 144 ; D. 2002. IR. 2029*
- Civ. 1^{ère}, 29 octobre 2002, *Bull. civ. I, n° 244 ; Resp. civ. et assur.*, 2003, comm. n° 56
- Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, n° 01-01.362
- Civ. 1^{ère}, 13 janvier 2004, *Bull. civ. I, n° 15*
- Civ. 1^{ère}, 2 mars 2004 *Bull. civ. I, n° 69* .
- Civ. 1^{ère}, 15 juin 2004 ; *Bull. civ. I, n° 171 ; Juris-Data n° 024132*
- Civ. 1^{ère}, 7 décembre 2004, n° 02-12539 ; *Bull. civ. I, n° 306*
- Civ. 1^{ère}, 8 mars 2005, *Juris-Data n° 027493 ; D. fam. 2005*, comm. n° 253, note M. Couturier
- Civ. 1^{ère}, 26 septembre 2006 *Bull. civ. I, n° 417*
- Civ. 1^{ère}, 28 févr. 2006, n° 04-12736
- Civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n° 08-12.742 ; *D. 2009. AJ. 1760*
- Civ. 1^{ère}, 25 nov. 2010, n° 09-69721.
- Civ. 1^{ère}, 5 avril 2012 n° 11-14.177 : *Lexbase : A 1166 IIZ*
- Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012, n° 11-14486

- Civ. 2^{ème}, 29 mars 1989 ; *Bull. n°88, p.42 ; Gaz. Pal., Rec. 1989, panor. cass. p. 169*.
- Civ. 2^{ème}, 16 novembre 2004, *RJS 2005, n°222, 2e espèce*.
- Civ. 2^{ème}, 22 février 2005, pourvoi n°03-30.308 : *JurisData n° 2005-027084, TPS 2005, n°185, 1ère espèce*.
- Civ. 2^{ème}, 2 juin 2005, n° 04-13-509 ; *Bull. civ. II, n° 142, Resp. civ. assur.*, sept. 2005, p. 28, note H. Groutel.
- Civ. 2^{ème}, 21 juin 2005, pourvoi n° 07-11.027 : *RJS 2005, n° 1045 et 21 février 2008*
- Civ. 2^{ème}, 14 février 2007, pourvoi n° 06-11.479.
- Civ. 2^{ème}, 22 nov. 2007, n° 06-18.250
- Civ. 2^{ème}, 17 janv. 2008, n° 07-13.356 : *JurisData n° 2008-042312*
- Civ. 2^{ème}, 6 mars 2008, n° 07-10.155.
- Civ. 2^{ème}, 16 oct. 2008, n° 07-15.731 ; *JurisData n° 2008-045421*.

- Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, n° 07-18367 / n° 07-18364 / n°07-18370 / n°07-18366 / n°07-18369 / n° 07-18368 / n° 07-18365 / n° 07-13153
- Civ. 2^{ème}, 10 sept. 2009, n° 08-18.078, inédit
- Civ. 2^{ème}, 19 novembre 2009, n°08-21988
- Civ. 2^{ème}, 17 déc. 2009, n° 08-20.915 : *JurisData n° 2009-050871*
- Civ. 2^{ème}, 19 février 2009, n°08-11959
- Civ. 2^{ème}, 14 janv. 2010, n° 08-22.033, inédit
- Civ. 2^{ème}, 7 oct. 2010, n° 09-16.829
- Civ. 2^{ème}, 26 mai 2011, n° 10-20.048, *D. 2011. 1494*
- Civ. 2^{ème}, 16 juin 2011, n° 10-27.172 : *JurisData n° 2011-011730*

Chambre sociale

- Cass. soc., 27 avril 1967, *Bull. civ. IV*, n° 343
- Cass., soc., 1er mars 1972, *Bull. V*, 162
- Cass. soc., 12 mai 2010, n° 09-40997
- Cass. soc., 5 juill. 2011, n° 09-42.959

Chambre commerciale

- Cass. comm. 15 mai 2007, *Bull n° 715*
- Cass. comm.15 mai 2007, *Bull. civ. IV*, n° 130

2. Cours d'appel

- CA Versailles, 30 avril 1990 : *D. 1990. IR. 178*
- CA Paris, 27 mai 1997, *Gaz. Pal., Rec. 1997*, somm. p. 383 ; *J.C.P. 1997. II. 22894*, note Derieux
- CA Rennes, 12 nov. 1997, *Juris-Data, n°049536*
- CA. Caen, 5 décembre 2000, *Resp. civ. et assur.*, 2001, comm. n° 207, note L. Grynbaum
- CA Bordeaux, 8 novembre 2004, *Juris-Data n° 261636*.
- CA Dijon, Chambre civile C, 18 Mai 2012, N° 11/01045

3. Tribunaux du premier degré

- T. corr. Seine, 4 janv. 1928 : *Sem jur. 1928. 401*, note Perraud-Charmantier
- T. Corr. Paris, 5 juillet 1996, Gubler

TABLE DES MATIERES

TABLE DES ABREVIATIONS	2
SOMMAIRE	4
INTRODUCTION	5

CHAPITRE I A LA RECHERCHE D'UNE PREUVE, L'OBSTACLE DU SECRET MEDICAL..... 15

I. LE SECRET MEDICAL, LIMITE A L'OBLIGATION DE COOPERATION A LA MANIFESTATION DE LA VERITE....	16
A. <i>Demande de communication de pièces ou informations et protection contre la révélation écrite du secret</i> ¹⁶	
1) La demande formée par une partie	17
2) La demande faite par le juge	31
B. <i>Témoignage du médecin et protection contre le révélation orale du secret</i>	34
II. LE SECRET MEDICAL, OBSTACLE A UNE MESURE D'INSTRUCTION	39
A. <i>Lorsque la mesure dépend encore de tiers, des aménagements apportés à l'expertise judiciaire</i>	39
B. <i>Lorsque la mesure n'est plus consensuelle, des règles spécifiques aux perquisitions et saisies</i>	60

CHAPITRE II LORS DE LA PRODUCTION D'UNE PREUVE, LA REALISATION D'UN COMPROMIS..... 66

I. LA PREUVE PRODUITE PAR LE TITULAIRE.....	66
A. <i>Une libre disposition du secret par celui qu'il protège</i>	67
B. <i>Des limites à la libre disposition</i>	70
II. LA PREUVE PRODUITE PAR UN TIERS AU PROCES.....	74
A. <i>Le cas particulier des tiers représentant le titulaire</i>	74
1) La preuve produite par le représentant du mineur	75
2) La preuve produite par le représentant du majeur protégé	78
3) La preuve produite par les ayants droit	81
B. <i>Le but légitime, mesure de la production par le tiers, adversaire du titulaire</i>	88

CONCLUSION GENERALE	97
BIBLIOGRAPHIE	99

