

Titre V.

Le secret médical et l'assureur:

Commentaire du nouvel article 95 de la loi du 25 juin 2002 sur le contrat d'assurance terrestre

Geneviève SCHAMPS

*Professeur aux Facultés de droit et de médecine de l'Université catholique de Louvain
Professeur invité à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Chapitre 1. Les modifications introduites par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et la ratio legis	131
Chapitre 2. La nouvelle réglementation.....	134
A. L'intérêt de maintenir la remise des certificats médicaux au candidat à l'assurance ou à l'assuré.....	134
B. La remise des certificats médicaux au candidat à l'assurance ou à l'assuré.....	135
C. L'examen médical nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance.....	140
D. L'incidence de certaines dispositions de la loi du 22 août 2002 dans le cadre de l'assurance:	
le refus du praticien professionnel de communiquer au patient, en cas de pressions, une copie de son dossier;	
l'exception thérapeutique; le refus de savoir	141
E. La remise des certificats médicaux au médecin-conseil de l'assureur.....	143
F. Le certificat établissant la cause du décès	145
G. La restitution des certificats médicaux à l'assuré ou aux ayants droit	148
Conclusions	148

Chapitre 1. Les modifications introduites par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et la ratio legis

1. La loi du 22 août 2002¹ a remplacé l'article 95² de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre³ par une nouvelle disposition⁴. Celle-ci comprend dorénavant cinq alinéas. Les modifications introduites sont les suivantes:

- le médecin choisi par l'assuré n'est plus tenu mais il a simplement la faculté de remettre à l'assuré qui en fait la demande les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat (al. 1^{er});
- ces certificats médicaux se limitent à une *description de l'état de santé actuel* (al. 1^{er});
- l'assuré ne peut les remettre qu'au médecin-conseil de l'assureur. Ce praticien ne peut communiquer à l'assu-

¹ Pour une présentation générale de la loi, cons. H. NYS, «De wet betreffende de rechten van de patiënt», *R.W.*, 2002-2003, p. 1121-1133; C. TROUET et I. DREEZEN, «Rechtsbescherming van de patient. De wet van 22 augustus 2002 betreffende de rechten van de patiënt», *NjW*, n° 16, 15 janvier 2003, pp. 2-12; D. MAYÉRUS et P. STAQUET, «La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et son impact sur la relation patient-médecin», *DCCR*, 2002, pp. 3-48. Sur le projet ayant abouti à l'actuelle législation, voy. notamment V. VERDEYEN et B. VAN BUGGENHOUT, «Patiëntenrechten, een nieuw wetsontwerp, een stap naar Social Governance?», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, pp. 224-238. Pour un commentaire de l'avant-projet de l'ancien ministre M. COLLA, voy. notamment T. VANSWEEVELT, F. SWENNEN, J. TER HEERDT, B. WEYTS, N. JEGER, «Het voorontwerp van wet 'patiëntenrechten': een kritische analyse», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, pp. 534-554; voy. également les rapports du Congrès tenu sur le sujet les 30 et 31 janvier 1998, publiés dans le même numéro, pp. 366 et suiv.; J. MASSION, «Les droits des patients: une application des droits de l'Homme à la Santé», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, pp. 183-189. Sur les autres projets de responsabilité sans faute, voire de système *no-fault* en matière médicale, cons. J.-L. FAGNART et T. VANSWEEVELT, *Aansprakelijkheid en Medische Ongevallen. Responsabilité et Accidents Médicaux*, Mys & Breesch, 1996, 206 p.; voy. aussi les actes du Symposium tenu sur le sujet le 14 juin 2000 à Bruxelles, dans *Medische Aansprakelijkheid: fault, no fault, or...?*, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, 177 p.

² L'ancien article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre était libellé comme suit: «Information médicale. Le médecin choisi par l'assuré remet à l'assuré qui en fait la demande les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Les examens médicaux nécessaires à la conclusion et à l'exécution du contrat ne peuvent être fondés que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat-assuré et non sur des techniques d'analyse génétiques propres à déterminer son état de santé futur (al. 1^{er}). Pour autant que l'assureur justifie de l'accord préalable de l'assuré, le médecin de celui-ci transmet au médecin conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès (al. 2)».

reur aucune information non pertinente eu égard au risque pour lequel les certificats ont été établis ou relative à d'autres personnes que l'assuré (al. 2);

- il est question, au singulier, de «l'examen médical» nécessaire à la conclusion et à l'exécution du contrat, alors qu'auparavant, le pluriel était utilisé (al. 3);
- lorsqu'il n'existe plus de risque pour l'assureur, le médecin-conseil restitue, à leur demande, les certificats médicaux à l'assuré ou, en cas de décès, à ses ayants droit (al. 5).

D'autres aspects demeurent inchangés:

- il revient toujours à l'assuré de demander au médecin qu'il a choisi la remise des certificats médicaux et il ne peut s'agir que de ceux qui sont nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat (al. 1^{er});
- ces certificats médicaux sont remis à l'assuré (al. 1^{er});

- l'examen médical, nécessaire à la conclusion et à l'exécution du contrat, ne peut être fondé que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat-assuré et non sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer son état de santé futur (al. 3);
- le médecin de l'assuré transmet au médecin-conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès, pour autant que l'assureur justifie de l'accord préalable de l'assuré (al. 4).

2. La question se pose de savoir si le médecin-conseil de l'assureur doit respecter les dispositions de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient⁵. L'article 3 § 1^{er} de cette législation prévoit qu'elle s'applique aux rapports juridiques de droit privé et de droit public dans le domaine des soins de santé dispensés par un praticien professionnel⁶ à un

³ Sur cette ancienne disposition, voy. notamment M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 1996, pp 346-348; J.-L. FAGNART (collab. avec A. DUPONT), *Traité pratique de droit commercial. Tome 3. Droit privé des assurances terrestres*, Diegem, E. Story-Scientia, 1998, pp. 138-140, 299-300, 317; L. SCHUERMANS, *Grondslagen van het belgisch verzekeringsrecht*, Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, pp. 376-377; F. PONET, P. RUBENS et W. VERHEES, *De landverzekeringsovereenkomst. Praktische commentaar bij de wet van 25 juni 1992*, Deurne, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1993, pp. 419-435; les contributions à l'ouvrage *Medisch beroepsgeheim en verzekeringen*, J. VAN STEENBERGE (Ed.), Brugge, Die Keure, 1994, 139 p.; D. FRERIKS, «De verzekeringswet van 25 juni 1992 en het medisch beroepsgeheim», *Vl. Tijd. Gez.*, 1995, pp. 198-206; K. TROCH, «Het medisch beroepsgeheim en zijn impact op de levensverzekering (slot)», *R.W.*, 1993-1994, pp.1295-1300; «Commentaar bij art. 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst», dans *Verzekeringen. Commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, 2002, pp. 7 et s. et les auteurs cités.

⁴ L'article 95 nouveau de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (introduit par l'article 19 de la loi du 22 août relative aux droits du patient) énonce: «— Information médicale – Le médecin choisi par l'assuré peut remettre à l'assuré qui en fait la demande, les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Ces certificats se limitent à une description de l'état de santé actuel (al. 1^{er}). Ces certificats ne peuvent être remis qu'au médecin-conseil de l'assureur. Ce dernier ne peut communiquer aucune information non pertinente eu égard au risque pour lequel les certificats ont été établis ou relative à d'autres personnes que l'assuré (al. 2). L'examen médical, nécessaire à la conclusion et à l'exécution du contrat, ne peut être fondé que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat-assuré et non sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer son état de santé futur (al. 3). Pour autant que l'assureur justifie de l'accord préalable de l'assuré, le médecin de celui-ci transmet au médecin-conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès (al. 4). Lorsqu'il n'existe plus de risque pour l'assureur, le médecin-conseil restitue, à leur demande, les certificats médicaux à l'assuré ou, en cas de décès, à ses ayants droit (al. 5)».

⁵ Des amendements ont été introduits afin d'exclure du champ d'application du projet de loi «les procédures mises en place en vue d'établir l'état de santé dans le cadre de la médecine d'assurance, de la médecine légale et de l'exécution des missions de contrôle par les médecins-conseils des organismes assureurs et par les médecins du travail» ou encore par le médecin-conseil d'une mutualité (Projet de loi relatif aux droits du patient, Rapport du 8 juillet 2002 fait au nom de la Commission de la santé publique, de l'environnement et du renouveau de la société par M. GILKINET et H. BROUNS, Discussion des articles et votes, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, pp. 56 et s.; voy. aussi le Projet de loi relatif aux droits du patient, Rapport du 18 juillet 2002 fait au nom de la Commission des affaires sociales par REMANS et DE ROECK, Discussion des amendements, *Doc. parl.*, Sén. sess. ord. 2001-2002, n° 1250/3, pp. 66 et s.). Ces amendements n'ont toutefois pas été adoptés. La ministre de la Protection de la consommation, de la Santé publique et de l'Environnement M. Aelvoet avait indiqué qu'elle y était défavorable et que «l'arrêté royal, visé à l'article 3 § 2, déterminera les règles édictées par le projet de loi qui, eu égard aux spécificités dans les domaines de la médecine de contrôle (maladies professionnelles, des accidents de travail, des allocations familiales, des moins valides) et de la médecine préventive obligatoire, doivent être appliqués selon des modalités distinctes. Il importe en effet dans ces situations que le patient ne soit pas purement et simplement exclu du champ d'application de la loi» (*Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, pp. 56 et 57); voy. aussi *Doc. parl.*, Sén. sess. ord. 2001-2002, n° 1250/3, pp. 65 à 67 où elle ne peut marquer son accord sur l'amendement tendant à exclure «les procédures qui se situent dans le cadre de la médecine d'assurance, de la médecine légale ou de l'exécution de missions de contrôle par un médecin-conseil» (amendement n° 2) car, selon la ministre, un tel amendement «aurait pour effet de faire disparaître une partie du champ d'application du projet à l'examen, notamment en ce qui concerne la médecine de contrôle»; voy. aussi la réponse que la ministre a donnée à la Question n° 564 posée le 14 février 2003 par J. VANDEURZEN quant à l'application éventuelle de la loi sur les droits du patient lorsque les prestataires de soins exercent leur activité en tant que salariés au sein d'une maison de repos, de MRS ou de MSP: «(...) Ces praticiens professionnels sont tenus de respecter les droits du patient dans le cadre de la relation avec leur patient, quels que soient leur statut et le milieu dans lequel ils travaillent (par exemple, maison de repos, MRS, MSP)», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2003, p. 350.

⁶ Le praticien professionnel est le praticien visé par l'arrêté royal n° 78 du 10 novembre 1967 relatif à l'exercice des professions des soins de santé ainsi que le praticien professionnel ayant une pratique non conventionnelle, telle que visée dans la loi du 29 avril 1999 relative aux pratiques non conventionnelles dans les domaines de l'art médical, de l'art pharmaceutique, de la kinésithérapie, de l'art infirmier et des professions paramédicales (art. 2, 3° de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient).

patient⁷. Selon l'exposé des motifs, elle a trait notamment à la situation où une personne saine se fait examiner par un praticien professionnel à la demande d'un tiers, tel l'employeur, une compagnie d'assurance ou une mutualité⁸. Quant aux soins de santé visés par la loi du 22 août 2002, il s'agit notamment des services dispensés par un praticien professionnel en vue de déterminer l'état de santé d'un patient⁹.

Le Roi pourra, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, et après avis de la Commission fédérale «Droits du patient», préciser les règles relatives à l'application de la loi aux rapports juridiques visés au § 1er, qu'il aura définis, afin de tenir compte du besoin de protection spécifique (article 3 § 2 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient)¹⁰.

Il est parfois avancé que l'application de la loi du 22 août 2002 serait limitée aux seuls rapports juridiques établis entre un patient et un praticien ayant le statut d'indépendant, au motif qu'aucune relation juridique ne se créerait entre un patient et un praticien professionnel agissant dans un lien de subordination¹¹.

Cette conception qui semble limiter l'application de la loi aux relations contractuelles est discutée. Parmi les arguments invoqués à l'encontre d'une telle limitation, figurent, outre les travaux préparatoires¹² et la création d'une discrimination entre les praticiens professionnels selon leur sta-

tut, une définition du «rapport juridique»¹³. Cette notion implique que la relation soit régie par une ou plusieurs règles de droit, dont les conditions d'application sont remplies *in concreto*¹⁴ et dont la violation peut être sanctionnée et contrainte en droit. Dans le rapport juridique entre deux sujets de droit peuvent se présenter des actes juridiques ou de simples faits juridiques, auxquels des conséquences juridiques sont liées¹⁵. Les relations extra contractuelles doivent dès lors être comprises dans le concept de «rapport juridique», les législations déjà existantes qui imposent certains devoirs à charge du praticien professionnel à l'égard du patient et l'article 1382 du Code civil¹⁶ étant des règles juridiques qui doivent être respectées et dont la méconnaissance peut être sanctionnée en droit¹⁷.

3. Les travaux préparatoires sont assez laconiques quant aux raisons sous-jacentes à l'adoption du nouvel article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Il était à l'origine projeté de supprimer la première phrase de l'ancienne disposition¹⁸. Celle-ci imposait au médecin choisi par l'assuré de lui remettre, lorsqu'il en faisait la demande, les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

Selon l'exposé des motifs, cette disposition était défavorable au patient, en raison du caractère illimité de l'obligation imposée au médecin quant au contenu et à la durée des

⁷ Au sens de l'article 2, 1° de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, le patient est la personne physique à qui des soins de santé sont dispensés, à sa demande ou non.

⁸ Projet de loi du 19 février 2002 relatif aux droits du patient, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/001, p. 16 (cité *infra* Exposé des motifs, n° 1642/001).

⁹ Selon l'article 2, 2° de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, les soins de santé sont les services dispensés par un praticien professionnel en vue de promouvoir, de déterminer, de conserver, de restaurer ou d'améliorer l'état de santé d'un patient ou de l'accompagner en fin de vie.

¹⁰ Voy. notamment l'Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, pp. 16 et 17; cons. aussi les réponses de la ministre M. Aelvoet, *Doc. parl.*, Sén. Sess. ord. 2001-2002, n° 1250/3, pp. 46 et 47 qui souligne que l'arrêté royal concernera notamment les activités des médecins dans certaines branches de la sécurité sociale (INAMI, maladies professionnelles, accidents du travail, invalidités et allocations familiales). Selon elle, cet arrêté royal pourra prévoir des règles spécifiques concernant, par exemple, le libre choix du praticien, le consentement du patient, notamment lorsque celui-ci est obligé de se soumettre à un examen, ainsi dans le cadre de la médecine de contrôle.

¹¹ H. NYS, «De wet betreffende de rechten van de patiënt», *op. cit.*, p. 1123 qui renvoie néanmoins à l'article 17^{novies} de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987, introduit par l'article 17 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. En vertu de cette disposition, l'hôpital est tenu de respecter, dans les limites de ses capacités légales, les dispositions de la loi du 22 août 2002 pour ce qui concerne les aspects médicaux, infirmiers et d'autres pratiques professionnelles de soins dans ses relations juridiques avec le patient. H. NYS indique aussi que la question de l'application de la loi du 22 août 2002 au médecin qui effectue un examen médical dans le cadre d'une mission donnée par un tiers, devra être davantage creusée.

¹² Voy. aussi la note 5 où est mentionnée la volonté de la ministre M. Aelvoet d'appliquer la loi relative aux droits du patient aux praticiens professionnels, quel que soit leur statut.

¹³ Cons. en ce sens T. VANSWEEVELT, «Definities en toepassingsgebied van de wet patiëntenrechten», n° 9, publié dans ce numéro de cette revue.

¹⁴ De sorte que la règle de droit doit être effectivement respectée.

¹⁵ L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, n° 2 et 3.

¹⁶ La violation d'une obligation légale déterminée constitue une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, G. SCHAMPS, *La mise en danger: un concept fondateur d'un principe général de responsabilité. Analyse de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 810 et suiv., n° 289 et suiv.

¹⁷ T. VANSWEEVELT, «Definities en toepassingsgebied van de wet patiëntenrechten», *op. cit.*, n° 9.

¹⁸ Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, pp. 48 et 49.

informations à remettre. Il était considéré, dans les travaux préparatoires, qu'il y avait un déséquilibre manifeste en faveur de l'assureur. Le second alinéa était au contraire approuvé au motif que la communication de la cause du décès ne serait qu'une information ponctuelle¹⁹.

La Commission pour la Protection de la vie privée²⁰ a indiqué qu'elle se ralliait totalement aux considérations de l'exposé des motifs relatives à l'ancien article 95, sans développer davantage sa position²¹.

Le Conseil d'Etat a été plus nuancé. S'il a admis que le patient pouvait subir un préjudice du fait d'être autorisé à obtenir du médecin choisi les certificats nécessaires, il a souligné que l'abrogation pure et simple de ce droit ne servait pas toujours ses intérêts. Il a dès lors invité les auteurs du projet à examiner une alternative à l'abrogation de la première phrase de l'ancien article 95²².

Le gouvernement a ensuite déposé un amendement²³ afin d'abandonner cette suppression et d'insérer les modifications précitées. Selon la ministre M. Aelvoet, cet amendement tendait à concilier le respect des droits du patient et l'intérêt légitime des compagnies d'assurance d'être informées de son état de santé au moment de la conclusion du contrat²⁴. Elle soulignait en outre tenir compte, de cette manière, des remarques formulées par l'Ordre national des médecins, selon lequel ces compagnies exerceraient trop souvent une pression sur le patient. Les modifications proposées comporteraient, selon la ministre, des améliorations tant pour le médecin que pour le patient²⁵.

Les justifications de l'amendement ne sont toutefois pas davantage détaillées que ne l'était le projet initial²⁶. Ceci

contraste avec les discussions parlementaires qui ont précédé l'adoption de l'ancienne disposition²⁷.

Les développements ci-dessous s'attachent à commenter les modifications introduites par la nouvelle réglementation.

Chapitre 2. La nouvelle réglementation

A. L'intérêt de maintenir la remise des certificats médicaux au candidat à l'assurance ou à l'assuré

4. Le champ d'application du nouvel article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre demeure inchangé: seules les assurances de personnes sont visées, c'est-à-dire celles où «la prestation d'assurance ou la prime dépend d'un événement incertain qui affecte la vie, l'intégrité physique ou la situation familiale d'une personne»²⁸.

5. Il est heureux que le législateur n'ait pas supprimé purement et simplement la disposition²⁹ prévoyant la remise à l'assuré des certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance. Avec la suppression de cette disposition, l'assuré aurait pu connaître d'importantes difficultés dans ses rapports avec l'assureur, étant donné les obligations que lui impose la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre.

5.1. Selon l'article 5 de cette législation, il est en effet tenu de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Il ne doit toutefois pas déclarer les circonstances déjà connues de l'assureur ou

¹⁹ «Entre l'intérêt du patient et celui de l'assureur, la balance penche tellement en faveur de ce dernier qu'une révision de cette disposition s'impose», Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, pp. 11, 48 et 49, 58, 83; Exposé introductif de M. AELVOET, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, pp. 6 et 7 (cité *infra* Exposé introductif, Chambre).

²⁰ Sur cette Commission, cons. notamment D. DE BOT, «De Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levensfeer: 'Tussen droom en daad staan er niet alleen wetten in de weg, maar vooral praktische problemen'», *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2003, pp. 384-402.

²¹ Avis du 22 août 2001 de la Commission pour la protection de la vie privée, «Avant-projet de loi relatif aux droits du patient», n° 30/2001, n° 37.

²² Avis du Conseil d'Etat n° 32.399/3, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/001, p. 70.

²³ Projet de loi relatif aux droits du patient 23 avril 2002, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/003, pp. 1 à 3, Amendement n° 2 (cité *infra* «Amendement n° 2»).

²⁴ Discussion des articles et votes, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, pp. 107 et 108.

²⁵ Exposé introductif, Chambre, *op. cit.*, pp. 11 et 23; Exposé introductif de M. AELVOET, *Doc. parl.*, Sén. sess. 2001-2002, n° 1250/3, pp. 3, 6 et 18 (cité *infra* Exposé introductif, Sénat); Discussion générale, Sén. sess. 2001-2002, n° 1250/3, p. 63.

²⁶ Exposé introductif, Chambre, *op. cit.*, p. 23; Exposé introductif, Sénat, *op. cit.*, p. 18.

²⁷ Voy. H. COUSY et G. SCHOORENS, «La nouvelle loi sur le contrat d'assurance terrestre. Travaux préparatoires du 25 juin 1992 et de la loi modificative du 16 mars 1994», Kluwer, Diegem, 1994, pp. 277 et s.

²⁸ Article 1er, litt. H. de la loi du 25 juin 1992. Il s'agit notamment notamment des assurances sur la vie ou en cas de décès, celles contre les accidents corporels ou la maladie, qu'elles soient collectives ou individuelles; voy. sur le sujet M. FONTAINE, *Droit des assurances*, *op. cit.*, pp. 340 et s.

²⁹ C'est-à-dire la première phrase de l'ancien article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

que celui-ci devait raisonnablement connaître³⁰. L'assureur guidera en général le candidat par un questionnaire détaillé³¹.

Les informations de nature médicale permettent l'appréciation du risque lors de la conclusion du contrat. Si le candidat ne peut les communiquer à l'assureur, celui-ci serait peut-être amené à imposer une prime non proportionnée au risque voire à refuser de conclure la convention.

Les certificats médicaux peuvent jouer un rôle important dans le domaine de la preuve³², eu égard aux possibilités d'omission ou d'inexactitude dans la déclaration du risque (art. 6 et 7 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre), voire à la survenance d'une cause d'exclusion, telle le suicide³³.

5.2. Les données médicales importent également pour l'exécution³⁴ du contrat d'assurance en cas de réalisation du sinistre. L'assuré doit en effet fournir sans retard à l'assureur tous renseignements utiles et répondre aux demandes qui lui sont faites pour déterminer les circonstances et fixer l'étendue du sinistre (art. 19 § 2 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre). Les informations médicales permettent d'apprécier l'étendue des droits de l'assuré ou du tiers bénéficiaire. A défaut, celui-ci n'obtiendrait pas la prestation de l'assureur ou celle-ci pourrait ne pas correspondre au sinistre réellement subi.

5.3. Il est ainsi de l'intérêt, tant du candidat à l'assurance (ou de l'assuré) que de l'assureur, d'obtenir les renseigne-

ment médicaux pertinents. Selon l'article 95, al. 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, les certificats médicaux, remis par le médecin à l'assuré, sont ceux qui sont nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. D'éventuels abus quant à l'étendue des informations demandées par certains assureurs doivent en effet être évités. Il est vrai que la communication de l'information médicale peut être défavorable au candidat à l'assurance ou à l'assuré, par exemple, si elle constitue un élément justifiant l'annulation, l'adaptation ou la résiliation du contrat ou encore un refus de la couverture.

La ministre de la santé publique a néanmoins souligné, dans un second temps, qu'il était légitime pour les compagnies d'assurances d'être informées de l'état de santé du candidat à l'assurance au moment de la conclusion du contrat. C'est la raison pour laquelle elle a abandonné la suppression de la première phrase de l'ancien article 95, comme indiqué plus avant³⁵.

B. La remise des certificats médicaux au candidat à l'assurance ou à l'assuré

6. Si cette première phrase a été maintenue, elle a toutefois subi d'importantes modifications.

Le médecin n'est ainsi plus obligé de remettre, à l'assuré qui en fait la demande, les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Il en a simple-

³⁰ Voy. aussi Cass., 18 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 322: «(...) si l'assureur tient pour importante une circonstance que le preneur n'est pas tenu de déclarer spontanément, il doit prendre l'initiative de s'informer et ne peut demeurer passif».

³¹ Selon l'article 5 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, «s'il n'est point répondu à certaines questions écrites de l'assureur et si ce dernier a néanmoins conclu le contrat, il ne peut, hormis le cas de fraude, se prévaloir ultérieurement de cette omission»; B. DUBUIS-SON, «Secrets, mensonges et confidences. Conclusions», *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 338 souligne qu'il sera difficile de reprocher au preneur d'assurance ayant répondu correctement à une question de ne pas avoir donné d'informations complémentaires qui débordent le cadre de la question posée; Bruxelles, 26 novembre 1996, *R.G.A.R.*, 1998, n° 13.005. Sur la pratique du questionnaire et le respect de la vie privée, voy. E. WILLEMAERT, «Le respect de la vie privée dans les relations entre l'assureur et le candidat-assuré, dans *Liber Amicorum Hubert Claassens. Verzekering: theorie en praktijk. Assurance: théorie et pratique*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, Academia-Bruylant, Louvain-la-Neuve, 1998, pp. 291-301.

³² La problématique de la preuve des exclusions et des déchéances fait l'objet de nombreuses discussions. La Cour de cassation vient par ailleurs de modifier sa jurisprudence quant à la charge de la preuve en matière d'exclusion. Dorénavant, selon la Cour de cassation, par application de l'article 1315 al. 2 du Code civil, il incombe à l'assureur qui prétend être déchargé de la garantie de prouver que l'assuré a commis un fait intentionnel qui le prive du bénéfice de l'assurance; voy. sur le sujet les développements de M. FONTAINE, «Déchéances, exclusions, définition du risque et charge de la preuve en droit des assurances», note sous Cass., 7 juin 2001 et Cass., 18 janvier 2002, *R.C.J.B.*, 2003, pp. 20-73. et les références doctrinales et jurisprudentielles citées; J.-L. FAGNART, «La requalification des clauses du contrat d'assurance», dans *Liber Amicorum Lucien Simont*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 665 et s.

³³ Sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas le suicide survenu moins d'un an après la prise d'effet du contrat. La preuve du suicide incombe à l'assureur (art. 101, § 1^{er}, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre).

³⁴ Les dispositions relatives à la diminution du risque et à l'aggravation du risque (art. 25 et 26 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre) ne s'appliquent toutefois pas à l'assurance sur la vie ou à l'assurance maladie.

³⁵ Voy. le n° 3. Quant à l'intérêt de l'assuré, une parlementaire s'est réjouie de ce changement de position puisque cette suppression aurait pu empêcher l'assuré de conclure un contrat d'assurance, Y. AVONTROODT, Discussion des articles et vote, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, p. 107. voy. également l'avis de la Commission des assurances du 1^{er} mars 2002 (Doc C/2001/10) où une majorité de délégations a considéré que la suppression pure et simple de la première phrase de l'article 95 n'était pas une bonne solution car elle risquait de se retourner contre le preneur d'assurance, la loi lui imposant de déclarer complètement le risque et le sinistre.

ment la faculté. En outre, ces certificats se limitent dorénavant à une description de l'état de santé actuel³⁶.

7. La violation du secret professionnel³⁷ n'est dès lors plus ordonnée par la loi mais elle est uniquement autorisée³⁸. Le médecin a la possibilité de refuser la remise des certificats médicaux à son patient, candidat à l'assurance ou assuré. Si, en revanche, il accède à sa demande, il ne commet pas d'infraction.

Cette conception constitue une véritable rupture par rapport à la situation antérieure. L'adoption de l'ancien article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre avait donné lieu à d'importantes discussions et de vives critiques, particulièrement de la part des médecins.

7.1. Selon les travaux préparatoires de cette ancienne disposition, il convenait de rejeter la thèse du secret absolu³⁹. Le patient devait pouvoir décider, lorsque ses intérêts étaient en jeu, que son médecin fournirait une description complète et sincère de son état de santé. Il s'agissait en outre d'éviter que le caractère absolu du secret puisse abriter la fraude ou favoriser la malhonnêteté⁴⁰. Un refus du médecin d'accéder à la demande du patient pouvait engager sa responsabilité civile.

Pour le législateur de l'époque, le secret médical n'avait d'autre but que celui de protéger le malade contre des indiscretions intolérables. Le patient devait être maître du secret, celui-ci étant «la chose du malade». Il était considéré qu'il

n'y était d'ailleurs pas porté atteinte puisque les certificats étaient remis au patient lui-même⁴¹. L'accent était également mis sur la pratique d'autres pays européens où le secret médical était considéré comme un droit de la personnalité⁴².

7.2. Le Conseil national de l'Ordre des médecins a réagi à l'adoption de l'ancien article 95 en lui donnant une interprétation dans la circulaire du 27 janvier 1993. Il soulignait notamment que le médecin traitant devait refuser de procéder à l'examen médical de son patient lorsque celui-ci se présentait en tant que candidat à l'assurance. Il préconisait aussi le caractère facultatif de la remise des certificats médicaux dans le cadre de l'exécution du contrat d'assurance.

Cette circulaire était contraire à la disposition légale. Elle a été annulée par le Conseil d'Etat, non pour ce motif mais en raison d'un excès de pouvoirs⁴³. Le Conseil de l'Ordre avait en effet donné sur un ton impératif une interprétation de l'article 95. De plus, les directives déontologiques concernant le médecin-conseil de l'assurance et le médecin examinateur avaient été fixées de la même manière. Or, le Conseil de l'Ordre n'a pas de pouvoir réglementaire.

Plus tard, celui-ci a indiqué, dans un avis du 16 novembre 1996⁴⁴, qu'il n'avait jamais défendu une conception absolue du secret professionnel. Selon lui, celui-ci se distingue des données médicales à caractère personnel qui concernent la vie privée du patient. Ce dernier peut donc en disposer librement et le médecin peut (*sic*) lui fournir les certificats

³⁶ Voy. le n° 12.

³⁷ Incriminée à l'article 458 du Code pénal. Sur cette disposition, voy. notamment D. KIGANAHE, «La protection pénale du secret professionnel (Code pénal, article 458)», dans *Le secret professionnel*, D. KIGANAHE et Y. POULLET (Ed.), Namur, Association des Juristes Namurois, FUNDP Faculté de droit, Bruges, La Charte, 2002, pp. 19 et s.; quant aux sanctions, voy. notamment A. MASSET, «Les sanctions de la violation du secret professionnel», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 65 et s.

³⁸ L'ordre ou l'autorisation de la loi constituent des causes de justification objective: celles-ci rendent le fait licite et impliquent un acquittement (art. 70 du Code pénal); voy. par exemple l'article 458bis du Code pénal relatif à la dénonciation d'infractions commises sur des mineurs, introduit par la loi du 22 novembre 2000. Sur cette disposition, cons. notamment I. VAN DER STRAETE et J. PUT, «Het spanningsveld tussen beroepsgeheim en kindermishandeling: wetgevende initiatieven in België en Nederland», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, pp. 70-84; N. COLETTE-BASECQZ, «Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée», *Ann. Dr. Louvain*, 2002, pp. 3-30; M. HIRSCH et N. KUMPS, «Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 231 et s.; I. WATTIER, «La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs», *J.T.*, 2001, p. 444.

³⁹ Selon cette conception, il est interdit aux médecins d'effectuer toute révélation, directe ou indirecte, de faits qui leurs sont confiés dans l'exercice de leur profession, sauf dans les cas prévus à l'article 458 du Code pénal (témoignage en justice ou devant une commission d'enquête parlementaire, ordre de la loi); sur le sujet, voy. entre autres H. COUSY, «L'assurance et le secret professionnel», *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 12; B. WEYTS, «De informatieplicht van de kandidaat-verzekerde en de afgifte van het medisch dossier in het raam van een levensverzekeringsovereenkomst», note sous Gand, 7 novembre 1996, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 329; W. DIJKHOFFZ, «Rol van medische getuigschriften in de functionele opvatting van het beroepsgeheim», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 88 et les auteurs cités.

⁴⁰ Exposé des motifs, pp. 86-88, cité par H. COUSY et G. SCHOORENS, *op. cit.*, p. 278.

⁴¹ Pour une critique de cette conception, voy. les auteurs cités à la note 57.

⁴² Exposé des motifs, pp. 86-88, cité par H. COUSY et G. SCHOORENS, *op. cit.*, p. 278.

⁴³ Cons. Etat, 30 juin 1995, *J.T.*, 1996, p. 27; *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1995-1996, p. 118, note T. BALTHAZAR, «Opnieuw over de normatieve bevoegdheid van de Orde de Geneesheren».

⁴⁴ Avis sur l'article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance de personnes⁴⁵.

8. Aujourd'hui, avec le nouveau libellé de l'article 95, les médecins n'ont plus l'obligation de remettre ces certificats au candidat à l'assurance ou à l'assuré mais ils en ont simplement la faculté. Or, comme indiqué plus avant⁴⁶, il est de l'intérêt légitime du patient et de l'assureur que ces informations médicales leur soient communiquées.

Il convient dès lors d'éviter, comme cela a parfois été le cas même sous l'ancien article 95⁴⁷, que des médecins se retranchent derrière une conception absolue du secret médical et refusent de communiquer au patient les données qui lui sont indispensables, au motif que celles-ci seront transmises à un tiers, c'est-à-dire le médecin-conseil de l'assureur.

9. Selon la conception absolue, le secret professionnel est établi dans l'intérêt général. Celui-ci prime l'intérêt particulier. Seule une loi peut libérer le détenteur mais non le patient, le juge ou un tiers intéressé⁴⁸. Cette conception est toutefois majoritairement délaissée en faveur d'une appréciation relative du secret⁴⁹.

9.1. Ainsi, s'il est d'ordre public, le secret médical n'est plus absolu. Le Conseil national de l'Ordre l'a d'ailleurs lui-même reconnu dans son avis du 16 novembre 1996 précité⁵⁰. La Cour de cassation l'a encore affirmé récemment et a souligné que ce secret avait pour but de protéger le patient⁵¹. Une conception fonctionnelle est de plus en plus avancée: le secret professionnel n'étant pas un but en soi, il doit céder le pas devant une valeur jugée supérieure avec laquelle il est en conflit⁵². Il peut s'agir de l'intérêt du particu-

⁴⁵ Le Conseil national de l'Ordre des médecins a toutefois recommandé que le médecin traitant ne prenne pas cette mission en charge, lors de la conclusion d'un contrat d'assurance, car le praticien devrait prendre en considération l'intégralité des données.

⁴⁶ Voy. les n° 5.1 à 5.3.

⁴⁷ P. LUCAS, «Le secret professionnel du médecin vis-à-vis de l'assurance privée», *Rev. Dr. ULB*, 2000, p. 79; J.-M. BINON, «Les assurances de personnes: aperçu général du cadre juridique actuel», dans *Droit des assurances*, M. FONTAINE (Ed.), Liège, Formation permanente CUP, vol. XIII, 1997, p. 158.

⁴⁸ Voy. la note 38.

⁴⁹ Divers fondements sont invoqués pour asseoir le secret professionnel, notamment l'intérêt général et l'ordre public, l'honneur de la profession, la base contractuelle, les conflits de valeurs, cons. entre autres H. COUSY, «L'assurance et le secret professionnel», *op. cit.*, pp. 10 et suiv.; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Nemesis, 1985, pp. 25 et suiv.; Ch. HENNAU-HUBLET, «Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation?», *Louvain Med.*, 1998, pp. S169 et s.; M. VAN DE KERCHOVE, «Fondements axiologiques du secret professionnel et de ses limites», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 1 et s.; G.-A. DAL, «Les fondements déontologiques du secret professionnel», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 95 et s. Il est généralement admis que le secret médical repose entre autres sur la nécessité de garantir à chacun la possibilité de bénéficier des soins requis par son état de santé, en lui donnant l'assurance de la confidentialité. Une relation de confiance peut ainsi s'instaurer avec le médecin. La santé de la collectivité doit également être protégée en permettant à un patient de se faire soigner, en toute discrétion, pour une maladie transmissible; voy. aussi les décisions citées par I. MASSIN, «La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?», note sous Cass., 19 janvier 2001, *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, pp. 141 et s.; quant au secret professionnel de l'aumônier de prison, cons. Bruxelles, 13 mars 2002, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2002, p. 435, note K. STANGHERLIN, «Responsabilité de l'Etat: les juges d'instruction ne sont plus à l'abri»; P. DE POORTER, «Secret professionnel et secret de la confession», *J.T.*, 2002, pp. 201-206.

⁵⁰ Voy. le n° 7.2.

⁵¹ Cass., 19 janvier 2001, *J.T.*, 2002, p. 9; Cass., 7 mars 2002, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2003, pp. 54 et s.; sur ces décisions, voy. les n° 24.1. et 24.2.; voy. aussi Civ. Bruxelles, 10 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 10 qui souligne que le secret existe en faveur du patient.

⁵² Voy. notamment I. MASSIN, «La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?», *op. cit.* p. 146; C.A., 3 mai 2000, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2002, p. 452, note A. THILLY, «Une victoire pour le secret professionnel?»; Cour eur. D.H., 25 février 1997, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 314, note S. CALLENS, «De bekendmaking van gezondheidsgegevens door het gerecht aan de pers»; *R.D.P.C.*, 1998, p. 311, note S. VAN DROOGHENBROECK, «Secret médical et répression pénale» qui regrette toutefois que la Cour n'ait pas clarifié les lignes directrices permettant de définir le juste équilibre entre les intérêts antagonistes présents. La Cour a souligné notamment que le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel. La protection de la confidentialité peut toutefois, selon elle, s'effacer devant un intérêt plus important. Il convient toutefois de vérifier si l'ingérence est proportionnée au but légitime poursuivi. Celle-ci ne peut se concilier avec l'article 8 de la Convention que si elle vise à défendre un aspect primordial de l'intérêt public.

lier mais aussi de celui de tiers ou de la société en général, ainsi la sécurité ou la santé publique⁵³.

9.2. La question de savoir si le consentement libre et préalable du patient suffit à libérer le médecin du secret professionnel afin de communiquer les données à des tiers est discutée⁵⁴. Il est parfois avancé que ce consentement rend le fait licite⁵⁵, en raison notamment d'un droit de libre disposition du patient sur les informations couvertes par ce secret⁵⁶. Pourtant, en droit pénal, le consentement ne constitue pas une cause de justification d'une infraction⁵⁷.

Il est vrai que l'article 95 prévoit que, si le médecin accède à la demande du patient, c'est à celui-ci qu'il remet les certificats médicaux. Or, le secret professionnel n'est en principe pas de mise entre le médecin et le patient. Néan-

moins, le praticien sait que les certificats sont destinés à un tiers, soit le médecin-conseil de l'assureur. Certains considèrent dès lors que la violation du secret professionnel pourrait quand même être soulevée⁵⁸. En ce cas, il peut être répondu que c'est l'autorisation de la loi qui enlève le caractère illicite de la violation du secret médical par le médecin.

10. Même si le médecin n'a plus l'obligation mais dispose de la simple faculté de remettre ces certificats médicaux, il convient qu'il soit attentif, dans sa décision, à l'intérêt légitime du patient. Le refus du détenteur de violer le secret professionnel ne peut en effet aboutir à détourner celui-ci

⁵³ Outre les hypothèses de levée du secret professionnel prévues à l'article 458 du Code pénal – témoignage en justice (Cass., 23 septembre 1986, *Pas.*, 1987, I, 89; Civ. Bruxelles, 29 août 1997, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2000, p. 112) ou devant une commission d'enquête parlementaire, ordre de la loi –, la jurisprudence admet la levée du secret professionnel en cas d'état de nécessité (Cass., 13 mai 1987, *R.C.J.B.*, 1989, p. 588, note A. DE NAUW, «La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité»; Mons, 22 novembre 1996, *R.D.P.C.*, 1997, p. 575), de respect des droits de la défense (Civ. Bruxelles, 9 janvier 2002, *J.T.*, 2002, p. 692), de la production de documents en justice (art. 877 du Code judiciaire; Cass., 19 décembre 1994, *R.W.*, 1995-1996, p. 1207, note S. VAN OVERBEKE, «Het beroepsgeheim van de geneesheer en de overlegging van stukken») ou encore dans l'hypothèse du secret partagé (Bruxelles, 23 octobre 1990, *J.T.*, 1991, p. 496, note J. CRUYPLANTS, «La cessibilité des créances des prestataires de soins sur les organismes assureurs»); voy. les décisions citées par Y.-H. LELEU et G. GENICOT, *Le droit médical. Aspects juridiques de la relation médecin-patient*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, pp. 149-150; W. DIJKHOFFZ, *op. cit.*, pp. 88 et s.; T. VANSWEEVELT, *Rechtspraak- en Wetgevingsbundel Gezondheidsrecht*, 5ème éd., Mechelen, Kluwer, 2002, pp. 140 et s.; I. MASSIN, «Secret médical et insécurité d'esprit: jurisprudence récente de la Cour de cassation», *J.T.*, 2003, p. 291, n° 4. Sur la comparaison entre les données médicales à caractère personnel et le secret, voy. S. CALLENS, *Goed geregeld? Het gebruik van medische gegevens voor onderzoek*, Antwerpen, Maklu, 1995, pp. 93 et s. Quant à une présentation de diverses applications du secret professionnel, cons. B. ALLEMEERSCH, «Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het succes van het beroepsgeheim en het geheim van dat succes», *R.W.*, 2003-2004, pp. 1-19.

⁵⁴ Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a pas admis que le consentement du patient était une cause de justification de la levée du secret médical, Cass., 30 octobre 1978, *Pas.*, 1979, I, 248.

⁵⁵ S. CALLENS et J. PEERS, *Organisatie van de gezondheidszorg*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, p. 251; voy. aussi les auteurs et la jurisprudence citée par les auteurs suivants: W. DIJKHOFFZ, *op. cit.*, p. 89; B. WEYTS, *op. cit.*, p. 330; I. MASSIN, «Secret médical et insécurité d'esprit: jurisprudence récente de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 291; J. STEVENS, «Het beroepsgeheim van de advocaat en dat van de geneesheer», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 3; *contra* Ch. HENNAU-HUBLET, «Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical», note sous Cass., 19 décembre 1994, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1996-1997, p. 258; H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, pp. 368 et suiv.; «De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997», *op. cit.*, pp. 127 et 128. Tout en soulignant que le secret médical sert à la fois l'intérêt particulier et l'intérêt général (impliquant que tout malade, éventuellement auteur d'une infraction, puisse consulter un médecin en toute confiance, outre la nécessité d'éviter d'éventuelles contaminations), celui-ci indique qu'il serait souhaitable que la Cour de cassation admette, à l'avenir, que le consentement du patient constitue une cause de justification de la violation du secret professionnel. L'auteur précise toutefois que ce consentement ne pourrait pas obliger le médecin à révéler le secret puisque celui-ci doit prendre en considération non seulement l'intérêt particulier du patient mais également les répercussions de la révélation; voy. aussi J. VAN DAMME, H. NYS et T. VAN DAMME, «De patiënt, de huisarts en zijn dossier», Antwerpen, Intersentia, 2003, p. 168.

⁵⁶ Voy. notamment la doctrine citée par les auteurs suivants: I. MASSIN, «Secret médical et insécurité d'esprit: jurisprudence récente de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 291, note 9; S. THIELEN, «Le droit de disposition du patient sur les données médicales le concernant et l'administration de la preuve en justice», obs. sous Liège, 9 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2002, p. 632; K. JACOBS, «Zwijgen is niet altijd goud. Een spanningsveld tussen privacy, beroepsgeheim, recht op informatie en medische hulpverlening bij erfelijkheidsdiagnostiek», *VI. Tijd. Gez.*, 1994, p. 100. Selon J.-L. FAGNART, *Traité pratique de droit commercial. Tome 3. Droit privé des assurances terrestres*, *op. cit.*, p. 298, le secret médical devrait s'analyser comme un droit de la personnalité. Le patient devrait pouvoir en disposer librement, particulièrement lorsque la remise des informations médicales le concernant est la condition d'un droit ou d'une faculté, telle la conclusion d'un contrat d'assurance.

⁵⁷ Ch. HENNAU-HUBLET, *L'activité médicale et le droit pénal. Les délits d'atteinte à la vie, l'intégrité physique et la santé des personnes*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 36, n° 24; F. TULKENS et M. van de KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 6ème éd., Bruxelles, Kluwer, 2003, pp. 313 et 314.

⁵⁸ H. NYS, «De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 1996 en 1997», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1998-1999, p. 127; I. MASSIN, «La preuve de l'insécurité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?», *op. cit.*, pp. 146 et 147.

de son but⁵⁹. Ainsi que l'a souligné la Cour de cassation, celui-ci consiste en la protection du patient⁶⁰.

Le médecin veillera néanmoins à ne communiquer que les renseignements strictement nécessaires à la finalité recherchée. Le législateur a d'ailleurs précisé que ces certificats devaient se limiter à une description de l'état de santé actuel, ainsi que développé plus loin⁶¹.

Le caractère restreint⁶² des informations et leur remise à l'assuré, à sa demande, ne devraient dès lors pas altérer la confiance qui doit présider aux relations entre le patient et le médecin⁶³.

11. Il est par ailleurs surprenant que le législateur ait transformé l'obligation de remise des certificats médicaux en une simple faculté laissée au seul pouvoir d'appréciation du médecin qui ne doit pas motiver son refus. Ce changement de conception cadre difficilement avec la *ratio* de la loi du 22 août 2002.

Celle-ci met en effet en évidence le droit à l'autodétermination du patient. Certaines de ses dispositions étaient déjà admises par la jurisprudence, notamment par application du droit des contrats ou de la responsabilité extra contractuelle. Il n'est en outre pas certain que le praticien professionnel soit la personne la mieux placée pour apprécier l'intérêt du patient, en dehors de la relation thérapeutique⁶⁴.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins n'avait d'ailleurs pas proposé de supprimer le caractère obligatoire de la remise des certificats médicaux. Il souhaitait simple-

ment que l'étendue de l'information soit limitée. Il regrettait que des médecins soient, à son avis, régulièrement mis sous pression par des patients pour leur remettre des rapports médicaux conditionnant la prestation de la compagnie d'assurance. En outre, selon lui, des assureurs refuseraient le paiement tant que le médecin ne leur aurait pas fourni l'information la plus approfondie⁶⁵.

Le Conseil souhaitait dès lors que, pour la conclusion du contrat d'assurance, un examen médical soit effectué par un médecin désigné par l'assureur et qu'il ne soit fondé que sur l'anamnèse de l'état de santé actuel et non sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer son état de santé futur. Il convenait, selon lui, d'éviter ainsi que, lors de l'exécution du contrat, l'assureur pose des questions trop étendues sur l'histoire médicale du patient. Il proposait également que les certificats délivrés en exécution du contrat ne comprennent aucune information sur les antécédents⁶⁶.

12. Le législateur a répondu en partie aux observations du Conseil national de l'Ordre des médecins en ajoutant une nouvelle limitation par rapport à la situation antérieure: les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat doivent se limiter à une description de l'état de santé actuel (article 95, alinéa 1^{er}). Il est à regretter que cette notion n'ait pas été davantage définie car elle risque de donner lieu à des interprétations différentes dans le chef des médecins d'une part et des assureurs d'autre part⁶⁷.

L'Union Professionnelle des Entreprises d'Assurances (UPEA) avait déploré une telle limitation. Selon elle, l'appréciation du risque et sa tarification supposent notamment

⁵⁹ Cass., 29 octobre 1991, *Pas.*, 1992, I, 162; Cass., 18 juin 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1463; Conclusions de l'avocat général DUBRULLE précédant Cass., 19 janvier 2001, R.G. n° C970293Nt; J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, «Les droits du patient face au traitement informatisé de ses données dans une finalité thérapeutique: les conditions d'une alliance entre informatique, vie privée et santé», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 61, note 43.

⁶⁰ Voy. le n° 24.1.

⁶¹ Voy. le n° 12.

⁶² Voy. Ch. HENNAU-HUBLET, «Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical», *op. cit.*, p. 259 qui craignait que le médecin en vienne à jouer le rôle d'informateur du médecin-conseil de la compagnie d'assurance, en raison notamment de l'étendue des informations demandées par celle-ci.

⁶³ P. LUCAS, «Le secret professionnel du médecin vis-à-vis de l'assurance privée», *op. cit.*, p. 79; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 347.

⁶⁴ M.-N. VERHAEGEN et J. HERVEG, «Quand la 'communication' du secret médical à des tiers est mise en cause», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, p. 119; P. LUCAS, *op. cit.*, p. 109; V. CALLEWAERT, «Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre par les lois des 2 et 22 août 2002», *R.G.A.R.*, 2003, n° 13733/5 regrette le pouvoir d'appréciation illimité ainsi accordé au médecin et le risque que le patient ne puisse conclure une assurance, celle-ci étant éventuellement imposée contractuellement. A propos de l'exception thérapeutique prévue à l'article 9, § 2, 5ème alinéa, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, la Commission pour la protection de la vie privée a souligné, dans son avis relatif à l'avant-projet de loi, que le praticien professionnel ne pouvait pas être chargé de l'évaluation des intérêts (au sens large) autres que ceux qui concernent la santé (bien-être physique, psychique et social), Avis du 22 août 2001 «Avant-projet de loi relatif aux droits du patient», n° 30/2001; sur l'exception thérapeutique, voy. le n° 17.

⁶⁵ Avis du 17 février 2001 concernant la Note conceptuelle Droits du patient.

⁶⁶ Avis du 16 février 2002 sur l'avant-projet de loi relatif aux droits du patient.

⁶⁷ Voy. l'Avis du 26 juillet 2003 «Loi relative aux droits du patient» du Conseil national de l'Ordre des médecins qui souligne qu'une analyse plus approfondie de cette notion sera nécessaire.

que le début d'une maladie puisse être déterminé. A son avis, l'ignorance de cette donnée pourrait impliquer des conditions plus sévères pour le candidat à l'assurance, atteint d'une pathologie déterminée.

L'UPEA avait dès lors proposé, lors d'une discussion devant la Commission des assurances⁶⁸, un affinement du libellé de l'article 95, à la lumière de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée: les certificats remis par le médecin ne devraient comprendre que des données adéquates, pertinentes et non excessives au regard de la conclusion et de l'exécution du contrat, sans aucune donnée relative à un tiers⁶⁹.

C. L'examen médical nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance

13. Le législateur a cependant choisi d'indiquer uniquement que les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance devaient être limités à une description de l'état de santé actuel (art. 95, al. 1^{er}). Toutefois, il a maintenu la possibilité de procéder à un examen médical pour la conclusion et⁷⁰ l'exécution du contrat (art. 95, al. 3). Comme auparavant, cet examen médical ne peut être fondé que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat ou de l'assuré.

Le maintien de la possibilité de tenir compte de ces antécédents peut être étonnant puisque le certificat médical visé à l'article 95, al. 1^{er}, ne peut les décrire. Cela signifie-t-il que le médecin-conseil de l'assureur qui procéderait à un examen médical du candidat à l'assurance ou de l'assuré pourrait les prendre en considération?

Le législateur n'a en tout cas pas conditionné la conclusion du contrat d'assurance à un examen médical préalable

ni n'a autorisé l'assureur à désigner le médecin devant effectuer cet examen, alors que le proposait le Conseil national de l'Ordre des médecins⁷¹.

L'absence d'examen obligatoire à la conclusion d'un contrat d'assurance est appréciable pour le patient. Il est vrai que l'assureur est libre de le demander. Des examens répétés peuvent cependant avoir un caractère pénible pour le patient, particulièrement s'il en a déjà subis dans un cadre thérapeutique.

14. Il est en outre à observer que l'article 95 nouveau mentionne dorénavant «l'» examen médical. Aucune explication n'est donnée dans les travaux préparatoires quant à ce passage du pluriel au singulier. Il est parfois avancé que l'utilisation de ce singulier pourrait traduire la volonté d'empêcher que de nombreux examens médicaux soient imposés à l'assuré⁷².

15. Par ailleurs, le législateur a maintenu⁷³ l'interdiction de fonder l'examen médical, nécessaire à la conclusion et à l'exécution du contrat, sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer l'état de santé futur de l'intéressé (art. 95, alinéa 3). L'article 5 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre interdit également la communication des données génétiques⁷⁴. L'assuré ne peut ainsi pas fournir cette information de façon spontanée, même si celle-ci lui est favorable.

Dans les discussions relatives à l'adoption de l'ancien article 95, l'accent a été mis sur le souci d'éviter une sélection abusive des risques par l'assureur, sur la protection de la vie privée, dont celle des membres de la famille, ainsi que sur la solidarité sociale à l'égard des personnes plus vulnérables d'un point de vue génétique⁷⁵. Cette interdiction fait toutefois l'objet de nombreuses critiques.

⁶⁸ Position exprimée devant la Commission des assurances, voy. l'Avis précité de cette Commission du 1er mars 2002, Doc. C/2001/10, pp. 4 et 6; Ch. VAN OLDENEEL, «Droit du patient: protection ou leurre?», *Assurinfo*, 21 mars 2002, p. 13.

⁶⁹ Sur l'interdiction de communiquer des informations relatives à des tiers, voy. le n° 19.

⁷⁰ Tout comme la version antérieure, c'est le terme «et» qui a été utilisé. Il peut être supposé que l'intention du législateur était l'usage du «ou». Ce n'est en effet probablement pas le même examen médical qui vaudra tant pour la conclusion que l'exécution du contrat.

⁷¹ Voy. le n° 11.

⁷² V. CALLEWAERT, *op. cit.*, n° 13.733/5.

⁷³ Il ne s'agit donc pas d'une innovation ou d'un «progrès» par rapport à la situation antérieure, contrairement à ce qui est indiqué dans les travaux préparatoires (Discussion générale, Sén. sess. 2001-2002, n° 1250/3, p. 64).

⁷⁴ Sur la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale, cons. notamment Cass., 31 janvier 2001, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 158, note F. BLOCKX, «Témoignage du corps humain et consentement éclairé: *mens rea in corpore tacito?*»; M.-N. VERHAEGEN, «La nouvelle loi relative à la procédure d'identification par analyse ADN en matière pénale», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, pp. 255-265.

⁷⁵ Amendement n° 31 du gouvernement, Ch., n° 1586/4, pp. 6 et 9, cité par H. COUSY et G. SCHOORENS, *op. cit.*, p. 280; Commission de l'Economie et de la Politique Scientifique de la Chambre, *Doc. Parl.*, Ch., session ordinaire 1990-1991, n° 1586/5, pp. 75 et 76, cité par J.-M. BINON, «Assurance vie: règles générales et droits du preneur», dans *La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre*, M. FONTAINE et J.-M. BINON (Ed.), Louvain-la-Neuve, Academia, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 264. Sur l'application des techniques génétiques, voy. notamment N. HAUTENNE, «L'application des techniques génétiques à la médecine contemporaine au regard de la Convention de biomédecine», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, pp. 87-111.

Il lui est ainsi reproché d'introduire une autre discrimination, cette fois à l'égard des candidats à l'assurance dont les données génétiques sont favorables. Alors qu'ils ne peuvent communiquer ces dernières, ils doivent déclarer leurs affections non génétiques. Il est encore invoqué que cette interdiction méconnaîtrait en effet la technique de l'assurance reposant sur une justice actuarielle et non sur une justice sociale⁷⁶. En outre, la portée des expressions «techniques d'analyse génétique» et «données génétiques» est discutée. Certains ont dès lors proposé d'affiner l'interdiction de communiquer les données génétiques voire de la supprimer⁷⁷. Le législateur n'a cependant pas examiné cette question lors de la modification de l'article 95.

D. L'incidence de certaines dispositions de la loi du 22 août 2002 dans le cadre de l'assurance: le refus du praticien professionnel de communiquer au patient, en cas de pressions, une copie de son dossier; l'exception thérapeutique; le refus de savoir

16. Comme indiqué ci-avant⁷⁸, l'article 95 nouveau de la loi sur le contrat d'assurance terrestre prévoit de nouvelles limitations pour la remise des certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance.

Il convient également de souligner que, de manière générale, la loi du 22 août 2002 offre la possibilité au praticien professionnel de refuser de remettre au patient une copie de son dossier⁷⁹ s'il dispose d'indications claires selon lesquelles ce dernier subit des pressions pour la communiquer à des tiers (article 9 § 3, alinéa 2 de la loi du 22 août 2002). L'assureur et l'employeur sont particulièrement visés, tout comme les personnes intervenant dans les prisons ou les établissements de protection sociale⁸⁰. La notion de «pressions» de la part de l'assureur n'est cependant pas explicitée dans les travaux préparatoires⁸¹.

Alors que le patient reçoit le droit de consulter directement son dossier⁸² et d'en recevoir une copie, son autonomie étant ainsi soulignée, le législateur accorde ensuite au médecin l'important pouvoir d'apprécier si le patient fait l'objet de pressions, afin, dans son esprit, de le protéger contre des tiers⁸³.

S'il est souhaitable que l'assureur ne contourne pas les limitations imposées à l'article 95, alinéa 1^{er}, qui concerne la remise par le médecin des certificats médicaux - par exemple, en demandant d'office au patient une copie intégrale de son dossier médical⁸⁴-, il convient aussi que le praticien

⁷⁶ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 339.

⁷⁷ N. JEGER et P. CAUWENBERGH, «Individuele levensverzekeringen 'overlijden' en erfelijkheidsonderzoek: een kritische analyse van de artikelen 5 en 95 van de wet van 25 juni 1992 op de landverzekeringsovereenkomst», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, pp. 239 et s.; A. ROUVROY, «Informations génétiques et assurance. Discussion critique autour de la position 'prohibitionniste' du législateur belge», *J.T.*, 2000, pp. 585 et s. qui souligne notamment les critiques adressées à l'approche de non-discrimination suivie par la loi belge en tant qu'outil d'analyse et correctif vis-à-vis des inconvénients subis en raison de la race ou du sexe; voy. aussi les auteurs cités par K. TROCH, «Commentaar bij art. 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst», *op.cit.*, pp. 58 et s.; pour un aperçu de droit comparé, voy. H. COUSY, «Le principe de précaution et ses relations avec le droit des assurances», dans *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 699 et 700.

⁷⁸ Voy. les n° 12 et s.

⁷⁹ Sur le dossier médical, voy. notamment J. DHONT et Y. POULLET, «Het Algemeen Medisch Dossier: een correcte afweging tussen staatsefficiëntie en de vrijheid van de zorgverlener en de privacy van de patiënt?», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, pp. 245-254; S. BRILLON et S. CALLENS, «La conservation du dossier patient», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2001-2002, pp. 176-182.

⁸⁰ Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, pp. 33 et 34; Amendement n° 2, *op. cit.*, pp. 1 à 3.

⁸¹ Sont ainsi indiqués, comme exemples d'indications «claires» de pressions, «une lettre d'un assureur ou de l'employeur, ainsi qu'une déclaration du patient lui-même. S'il s'avère qu'un patient demande une copie parce que son employeur veut obtenir cette information, le médecin peut refuser de la donner», Réponses de la ministre de la Protection de la consommation, de la Santé publique et de l'Environnement, M. Aelvoet, *Doc. parl.*, Sén. Sess. ord. 2001-2002, n° 1250/3, pp. 57 et 58.

⁸² Sur la consultation du dossier visée à l'article 9 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, voy. l'article publié dans cette revue de M.-N. VERHAEGEN, «L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel». L'article 42 du Code de déontologie médicale ne correspond pas à la teneur de cette disposition. En effet, il laisse une simple faculté au médecin de remettre au patient les éléments objectifs du dossier. Il lui permet en outre de déterminer si cette remise est utile et si l'intérêt du patient l'exige.

⁸³ Voy. aussi M.-N. VERHAEGEN et J. HERVEG, *op. cit.*, p. 118.

⁸⁴ Aucune disposition légale ne l'interdit toutefois expressément. Néanmoins, le libellé de l'article 95 nouveau de la loi sur le contrat d'assurance terrestre souligne la volonté du législateur de limiter l'étendue des informations susceptibles d'être fournies à l'assureur pour la conclusion ou l'exécution du contrat d'assurance. Selon l'article 9 § 3 de la loi du 22 août 2002, il doit être précisé sur chaque copie que celle-ci est strictement personnelle et confidentielle. Cette obligation a été insérée par la voie d'un amendement dont la *ratio* était d'éviter que le dossier soit utilisé à d'autres fins par des tiers, notamment des compagnies d'assurance; Projet de loi relatif aux droits du patient, 4 juin 2002, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/008, pp. 2 et 3, Amendement n° 32; (Discussion des articles et votes, *Doc. parl.*, Ch. sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, pp. 85 et 86). Malgré cette précision obligatoire sur la copie, le libellé de la loi n'interdit pas au patient de communiquer l'entièreté ou des extraits de son dossier médical à des tiers pour la défense de ses intérêts; cons. également en ce sens l'Avis du 26 juillet 2003 du Conseil national de l'Ordre des médecins, «Loi relative aux droits du patient»; voy. aussi les développements aux n° 9 et s. concernant la conception fonctionnelle du secret professionnel.

professionnel n'abuse pas de la possibilité de refuser au patient une copie de son dossier. Il ne lui revient pas comme tel d'apprécier l'intérêt de son patient mais bien de vérifier, dans une relation d'écoute et de confiance, si la demande que celui-ci formule est bien libre de toute pression. Il peut bien sûr l'éclairer quant aux conséquences de la remise de ce dossier à des tiers⁸⁵.

Comme indiqué plus avant⁸⁶, il est de l'intérêt légitime tant du patient que de l'assureur d'obtenir les (seules) informations nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance. Ainsi que le précisent les discussions parlementaires, le rôle du praticien professionnel est de renforcer la position du patient mais non d'affaiblir ses droits⁸⁷. En cas de contestation, le patient pourra également saisir la fonction de médiation compétente de l'hôpital voire le service de médiation de la Commission fédérale «Droits du patient»⁸⁸.

17. Un autre aspect à prendre en considération est l'exception thérapeutique, inscrite à l'article 7 § 4 de la loi du 22 août 2002: le praticien professionnel peut, à titre exceptionnel, ne pas divulguer au patient les informations nécessaires à comprendre son état de son santé et son évolution probable, si leur communication risque de causer manifestement un préjudice grave à sa santé⁸⁹. La question des rapports avec l'assurance en pareil cas n'a pas été développée dans la loi ou les travaux préparatoires⁹⁰. Certains ont cependant considéré, avant que cette exception devienne léga-

le, que celle-ci devait pouvoir être soulevée à l'égard de l'assureur. La portée en était toutefois discutée⁹¹.

18. Le refus de savoir aura également une incidence dans les relations avec l'assureur (art. 7 § 3 de la loi du 22 août 2002). Le patient peut en effet demander expressément au praticien professionnel de ne pas être informé. Celui-ci accédera à sa demande sauf si la non-communication des informations cause manifestement un préjudice grave à la santé du patient ou de tiers⁹².

Il se peut dès lors que le candidat à l'assurance ou l'assuré effectue une déclaration incomplète ou inexacte de son état de santé. Le législateur ne précise pas quelle est l'attitude que doit adopter le médecin qui établit le certificat médical destiné à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Celui-ci ne pouvant faire de fausses déclarations, il est préférable qu'il ne remette pas au patient le certificat demandé. Quant au candidat à l'assurance, il est souhaitable qu'il déclare à l'assureur son refus d'être informé.

Ce refus de savoir aura des conséquences au niveau de la conclusion et de l'exécution du contrat d'assurance. Les réponses fournies par le candidat au questionnaire médical pourront en effet ne pas refléter la réalité. L'assureur pourrait avoir des difficultés à apprécier le risque et par exemple le sous-estimer ou le surestimer, ne pas vouloir le couvrir ou encore appliquer des critères de sélection plus ou moins sévères⁹³. Le refus de savoir du patient pourra également

⁸⁵ Sur le refus du praticien professionnel de remettre une copie du dossier au patient, en cas de pressions, voy. les n° 25 et 26 de l'article précité de M.-N. VERHAEGEN publié dans ce numéro de cette revue.

⁸⁶ Voy. les n° 5 et s.

⁸⁷ M. AELVOET, Discussion des articles et votes, *Doc. parl.*, Ch., sess. ord. 2001-2002, n° 1642/012, p. 87.

⁸⁸ Voy. les articles 11, 16, § 3 et 17 de la loi du 22 août 2002 sur les droits du patient.

⁸⁹ Selon l'Exposé des motifs, n° 1642/001 (*op. cit.*, pp. 26 et 27), cette exception thérapeutique ne peut toutefois pas être invoquée lorsqu'il s'agit d'obtenir le consentement du patient, visé à l'article 8 de la loi du 22 août 2002. Il doit cependant être tenu compte de sa capacité à supporter les informations nécessaires à l'obtention de ce consentement.

⁹⁰ L'article 9 § 2, 5ème al. de la loi du 22 août 2002 prévoit qu'en cas d'exception thérapeutique, le patient exerce son droit de consultation du dossier par l'intermédiaire d'un praticien professionnel désigné par lui. Celui-ci consulte également les annotations personnelles. Pourrait-il être considéré que le médecin-conseil de l'assureur, désigné par le patient, peut consulter ce dossier? Rien ne l'interdit expressément mais cette conception est-elle souhaitable, le médecin-conseil de l'assureur agissant aussi en tant que mandataire de ce dernier? Par ailleurs, de manière générale, le patient peut se faire assister ou exercer son droit de consultation du dossier par l'entremise d'une personne de confiance (art. 9 § 2, al. 4). Celle-ci n'est pas définie par la loi. Les travaux préparatoires soulignent néanmoins que la personne qui assume le rôle de personne de confiance accepte tacitement de n'utiliser les informations obtenues que dans le seul intérêt du patient (Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, p. 21). Il ne semble dès lors pas adéquat que le médecin-conseil de l'assureur intervienne en cette qualité puisqu'il est aussi mandaté par la compagnie d'assurance. Il convient également d'être attentif à la *ratio* de l'actuel article 95 de la loi sur le contrat d'assurance qui prévoit de nouvelles limitations à la communication des informations médicales à l'assureur.

⁹¹ Voy. B. WEYTS, *op. cit.*, p. 330, n° 13 et les auteurs cités; W. DIJKHOFFZ, *op. cit.*, p. 91; H. CLAASSENS, «De nieuwe verzekeringswet en de medische expertise. Het standpunt van een verzekeringsjurist», dans *Medisch beroepsgeheim en verzekeringen*, *op. cit.*, p. 45; sur la portée de l'exception thérapeutique, cons. notamment C. DELFORGE, «La responsabilité civile du médecin au regard de la prescription de médicaments», *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2003, p. 376; T. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, Antvers-Apeldoorn, Maklu-Uitgevers, Diegem, ced.samson, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 254 et s.; J. TER HEERDT, *Het experiment beproefd. Een juridische analyse van medisch experimenten met mensen*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, 2000, pp. 394-396.

⁹² Voy. l'article 7 § 3 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient. Le praticien professionnel doit toutefois en avoir consulté préalablement un autre et entendu l'éventuelle personne de confiance.

⁹³ Voy. les observations du C.A.S.O. devant la Commission des assurances, Avis du 1er mars 2002, pp. 9 et 10.

avoir des implications au niveau probatoire si une omission ou une déclaration inexacte du risque devait être soulevée⁹⁴.

E. La remise des certificats médicaux au médecin-conseil de l'assureur

19. A l'article 95, 2ème al., le législateur a introduit une importante modification qui restreint l'accès de l'assureur aux données médicales du patient (article 95, 2ème alinéa): l'assuré ne peut remettre les certificats médicaux qu'au médecin-conseil⁹⁵ de l'assureur. Ceux-ci ne peuvent donc plus être adressés à un gestionnaire de la compagnie d'assurance.

En outre, le médecin-conseil ne peut communiquer à l'assureur aucune information non pertinente eu égard au risque pour lequel les certificats ont été établis ou relative à d'autres personnes que l'assuré. Il effectuera dès lors un tri parmi les données obtenues.⁹⁶

Le médecin-conseil de l'assureur joue donc un rôle de filtre, ce qui n'était pas le cas auparavant. Il ne peut communiquer à la compagnie d'assurance les informations non pertinentes par rapport au risque visé. Jusqu'alors, il était en général considéré que, n'étant pas un confident nécessaire de l'assuré ou du candidat à l'assurance, il n'était pas lié par le secret médical à l'égard de son mandant⁹⁷. Néanmoins, il lui était déjà recommandé de ne divulguer à l'assureur que ce qui était nécessaire à l'exécution de sa mission, sans dévoiler, par exemple, les données ayant trait à l'intimité de la personne⁹⁸. A l'égard des tiers, le médecin-conseil doit respecter, sans limite cette fois, le secret professionnel⁹⁹.

20. Quant à l'assureur, il doit organiser ses services de façon à ce que la confidentialité des données soit préservée¹⁰⁰. Il lui revient d'ailleurs de respecter les dispositions de la loi du 8 décembre 1992¹⁰¹ relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel¹⁰². Il devra notamment veiller à ce que la confidentialité

⁹⁴ Voy. le n° 5.1.

⁹⁵ Dans son avis du 26 juillet 2003 «Loi relative aux droits du patient», le Conseil national de l'Ordre des médecins a décidé de faire examiner la question de l'intervention des médecins-conseils de l'assureur par un groupe de travail comprenant des experts extérieurs.

⁹⁶ Voy. l'Amendement n° 2, *op. cit.*, pp. 2 et 3: les informations mises à la disposition de l'assureur «doivent, en d'autres termes, être suffisantes, pertinentes et ne pas excéder les objectifs, et elles ne peuvent se rapporter qu'à l'assuré».

⁹⁷ J.-L. FAGNART, «Le droit au secret de l'assureur à l'égard de l'assuré, du bénéficiaire et de la personne lésée», *Rev. Dr ULB*, 2000, p. 249. Sur les types d'interventions du médecin-conseil de l'assureur en tant que mandataire de celui-ci, voy. notamment J.-M. VAN GYSEGHEM et J.-C. ANDRE-DUMONT, «Droit médical et assurance-vie», *B.A.*, 2001, pp. 429 et 430; Anvers, 30 avril 2001, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 167.

⁹⁸ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 340. Selon P. LUCAS, *op. cit.*, p. 106, le médecin-conseil ne devrait pas transmettre à l'assureur les antécédents héréditaires (sauf si toute identification avec les proches est rendue impossible) ni les antécédents médicaux ou chirurgicaux qui ne peuvent pas influencer sur la conclusion d'un contrat ou les conséquences d'un sinistre. A son avis, seules les conclusions et non le corps d'un rapport psychiatrique pourraient être communiquées; voy. aussi l'art. 128 §§ 1er et 2 du Code de déontologie médicale.

⁹⁹ Ch. HENNAU-HUBLET, «Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical», *op. cit.*, p. 259; B. WEYTS, *op. cit.*, p. 333; Ph. COLLE, *Handboek bijzonder gereglementeerde verzekeringscontracten*, 3de ed., Antwerpen-Groningen, Intersentia Rechtswetenschappen, 2001, p. 204.

¹⁰⁰ Exposé des motifs, pp. 86-88, cité par H. COUSY et G. SCHOORENS, *op. cit.*, p. 279; sur l'obligation de discrétion de l'assureur et l'échange d'informations entre assureurs, voy. J. ROGGE, «Le secret professionnel de l'assureur à l'égard des autres assureurs et des professionnels de l'assurance», *Rev. Dr. ULB*, 2000, pp. 218 et s.

¹⁰¹ Sur cette législation, voy. notamment M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE et Th. LEONARD, «La protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. La loi du 8 décembre 1992», *J.T.*, 1993, pp. 369-388; M.-H. BOULANGER, S. CALLENS et S. BRILLON, «La protection des données à caractère personnel relatives à la santé et la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998 et complétée par l'arrêté royal du 13 février 2001», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2000-2001, pp. 326-345. Sur les banques de données, voy. notamment J. DHONT, «Le traitement des données à caractère personnel dans le secteur d'assurances. La légalité des banques de données», *Rev. Dr ULB*, 2000, pp. 289 et s.; D. FRALA, «La pratique des banques de données dans le secteur de l'assurance. Le cas des fichiers communs au secteur gérés par le GIE Datassur», *Rev. Dr ULB*, 2000, pp. 267 et s. Quant à la vie privée et le matériel humain, cons. C. TROUET, *Van lichaam naar lichaamsmateriaal. Recht en het nader gebruik van cellen en weefsels*, Antwerpen-Groningen-Oxford, Intersentia, 2003, pp. 372 et s.; «Nader gebruik van lichaamsmateriaal en rechten van patiënten en proefpersonen», *T.P.R.*, 2003, n° 32 et s.

¹⁰² Voy. entre autres l'article 7 § 2, a) de la loi du 8 décembre 1992 qui lève l'interdiction de traiter les données à caractère personnel relatives à la santé lorsque la personne concernée a donné son consentement écrit au traitement, celui-ci pouvant être retiré à tout moment. L'article 7 § 4 de cette législation prévoit notamment que le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé peut – sauf dans le cas d'un consentement écrit de la personne concernée ou lorsque le traitement est nécessaire pour la prévention d'un danger concret ou la répression d'une infraction pénale déterminée – être uniquement effectué sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé. Celui-ci ainsi que ses préposés ou ses mandataires sont soumis au secret; voy. aussi l'article 7 § 2, j) selon lequel lorsque le traitement est nécessaire aux fins de diagnostics médicaux notamment, les données sont traitées sous la surveillance d'un professionnel des soins de santé.

soit maintenue dans l'archivage des dossiers et certificats médicaux – dont l'accès doit être réservé au médecin-conseil –, ainsi que dans leur gestion électronique.

21. L'article 10 § 2, al. 1^{er} et 2, de cette législation mérite l'attention. Il a en effet été modifié par la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient afin de coordonner le droit pour toute personne de consulter son dossier médical¹⁰³ ainsi que celui de prendre connaissance et d'obtenir la communication de ses «données à caractère personnel traitées en ce qui concerne la santé»¹⁰⁴.

21.1. En vertu de l'article 10 § 2 précité, le candidat à l'assurance ou l'assuré peuvent ainsi demander l'accès aux données qui le concernent. S'il s'agit d'un dossier médical¹⁰⁵ qui est traité¹⁰⁶, la prise de connaissance et la communication de celui-ci ont lieu selon l'article 9 § 2 de la loi du 22 août 2002 qui prévoit le droit à la consultation directe du dossier médical.

Quant aux «données à caractère personnel traitées en ce qui concerne la santé», qui ne relèvent pas d'un dossier médical, la personne visée peut également en prendre directement connaissance¹⁰⁷. Néanmoins, leur communication sera indirecte, si le responsable du traitement¹⁰⁸ le demande. Cette communication indirecte devra s'effectuer par l'intermédiaire d'un professionnel des soins de santé choisi par la

personne concernée et non d'une simple personne de confiance¹⁰⁹.

La distinction entre la prise de connaissance et la communication de ces données n'ira pas nécessairement de soi si le patient peut disposer d'un accès télématique¹¹⁰. Il ne sera pas non plus toujours aisé de déterminer si un élément relève d'un dossier médical ou s'il constitue une simple «donnée à caractère personnel traitée en ce qui concerne la santé».

21.2. Par ailleurs, le législateur ne s'est pas penché sur la distinction parfois avancée, dans le cadre de l'application de la loi relative à la protection de la vie privée, entre les données objectives et les éléments subjectifs, tels les rapports internes que le médecin-conseil remet à l'assureur et la correspondance que ceux-ci échangent entre eux. Les partisans de cette distinction considèrent que seules les premières devraient être communiquées au candidat à l'assurance ou à l'assuré. D'autres rétorquent notamment que la loi relative à la protection de la vie privée n'effectue pas une telle distinction¹¹¹.

En tout cas, s'il s'agit du dossier médical, les annotations personnelles de ce praticien professionnel pourront être consultées par la personne de confiance, intervenant à titre

¹⁰³ Inscrit à l'article 9 § 2 de la loi du 22 août 2002.

¹⁰⁴ Voy. l'article 18 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient; Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, p. 31. Sur le traitement des données et le respect de la vie privée, voy. notamment M. VAN OVERSTRAETEN et S. DEPRE, «Le traitement automatisé de données à caractère personnel et le droit au respect de la vie privée en Belgique», *Rev. trim. dr. h.*, 2003, pp. 664 à 701.

¹⁰⁵ Quant à l'application de la loi du 22 août 2002 dans l'hypothèse où le médecin-conseil de l'assureur serait sous contrat de travail avec ce dernier, voy. les développements du n° 2.

¹⁰⁶ Sur l'application complémentaire de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient et de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, voy. l'article de M.-N. VERHAEGEN, publié dans ce numéro de cette revue, «L'accès du patient au dossier géré par le praticien professionnel», n° 12 et s. ainsi que 20 et s.

¹⁰⁷ Ou avec l'aide d'un praticien professionnel en soins de santé (art. 10 § 2, al. 1^{er}, de la loi du 8 décembre 1992).

¹⁰⁸ Ou la personne concernée.

¹⁰⁹ L'article 10 § 2, al. 2 prévoit en effet que, sans préjudice de l'article 9 § 2 de la loi du 22 août 2002, la communication des données à caractère personnel en ce qui concerne la santé peut avoir lieu par l'intermédiaire d'un professionnel des soins de santé choisi par la personne concernée, à la demande du responsable du traitement ou de la personne concernée.

¹¹⁰ J. HERVEG, M.-N. VERHAEGEN et Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 76 et s. Sur le secret professionnel et les technologies de l'information, voy. notamment Y. POULLET, «Le secret professionnel et les technologies de l'information et de la communication», dans *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 251 et s. Sur la télémedecine, voy. notamment S. CALLENS et J. TER HEERDT, «Juridische beschouwingen bij telegeneeskunde», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, pp. 310-321.

¹¹¹ Voy. K. TROCH, «Het inzagerecht op grond van de Privacywet in het medisch dossier van de verzekeringsraadsgeneesheer», note sous Civ. Brugge, 27 mei 1998 en Gent, 5 januari 2000, *B.A.*, 2000, pp. 746 et s. qui présente les arguments favorables ou défavorables à cette conception, développés dans la doctrine et la jurisprudence; voy. également l'arrêt de la Cour d'appel de Gand du 5 janvier 2000 précité qui a admis que les rapports confidentiels du médecin-conseil de l'assureur et leur correspondance ne devaient pas être communiqués en l'espèce, l'assureur n'ayant pas souhaité les utiliser dans la procédure; cons. aussi l'Avis du 22 décembre 1995 rendu par la Commission pour la protection de la vie privée, «Interprétation de l'article 10, § 3 de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel», n° de rôle 36/95, n° 6. La Commission a souligné que le secret professionnel ne pouvait être opposé au droit d'accès de l'individu aux données médicales le concernant et qu'en principe, elles devaient toutes lui être communiquées. A titre exceptionnel, le médecin peut effectuer une sélection parmi celles-ci si elle s'avère nécessaire pour la protection de l'intéressé ou des droits et libertés d'autrui.

d'assistant ou d'intermédiaire, pour autant que celle-ci soit un praticien professionnel¹¹².

Selon l'exposé des motifs de la loi du 22 août 2002¹¹³, les annotations personnelles¹¹⁴ sont les notes que le praticien professionnel a dissimulées à des tiers voire aux autres membres de l'équipe de soins, qui ne sont jamais accessibles et sont réservées à son usage personnel. Lorsque le praticien soumet ces notes à un confrère, celles-ci perdent leur caractère personnel et peuvent dès lors être consultées directement par le patient. Il est en outre précisé dans les travaux préparatoires que la fonction de médiation compétente pourra fournir des indications quant à ce concept et à la notion de données concernant des tiers.

F. Le certificat établissant la cause du décès

22. En ce qui concerne la cause du décès, l'article 95, al. 4, de la loi sur le contrat d'assurance terrestre reprend le libellé de l'ancienne disposition: pour autant que l'assureur justifie de l'accord préalable de l'assuré, le médecin de celui-ci transmet au médecin-conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès.

La remise du certificat est cette fois effectuée directement au médecin-conseil de l'assureur. Ce document permettra à ce dernier de vérifier, par exemple, si la cause du décès ne constitue pas une exclusion de la garantie ou encore si elle laisse apparaître une omission ou une inexactitude dans la déclaration du risque.

A la différence de l'alinéa 1er de l'article 95, la levée du secret professionnel n'est pas simplement autorisée par la loi mais elle est ordonnée. Il est toutefois requis que l'assuré ait donné au préalable son consentement. Afin d'en faciliter la preuve, cet accord est en général demandé lors de la conclusion du contrat en proposant à la signature une clause spécifique. Il convient toutefois que celle-ci soit clairement libellée afin d'éviter d'éventuelles contestations quant à sa portée¹¹⁵.

23. Le législateur n'a pas précisé ce qu'il entendait par «cause du décès», expression qui fait l'objet de discussions. Il est généralement¹¹⁶ considéré que, puisqu'il s'agit d'une dérogation au secret professionnel, celle-ci doit être interprétée strictement: le certificat médical doit dès lors être limité à la seule cause directe et immédiate du décès¹¹⁷. Il ne conviendrait pas d'obliger le médecin à fournir d'autres informations¹¹⁸, ainsi le début et la durée de la maladie, les

¹¹² L'article 10 de la loi relative à la protection de la vie privée se réfère en effet à l'article 9 § 2 de la loi du 22 août 2002 et cette possibilité est prévue à l'article 9 § 2, al. 4, de la loi du 22 août 2002.

¹¹³ Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴ Cons. aussi l'Avis du 22 août 2001 de la Commission pour la protection de la vie privée, «Avant-projet de loi relatif aux droits du patient», *op. cit.*, n° 23 qui souligne que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Selon la Commission, les annotations personnelles doivent dès lors avoir un intérêt au regard de la finalité du traitement des données, à peine d'être considérées comme disproportionnées. Il est précisé qu'elles doivent toujours cadrer avec les finalités professionnelles de la relation entre le patient et le praticien professionnel. La Commission ajoute qu'il ne convient donc pas de soustraire des données à caractère personnel à la prise de connaissance en les qualifiant d'annotations personnelles ou en les enregistrant de façon séparée; sur la notion de données objectives médicales, voy. notamment Civ. Bruxelles, 18 janvier 1991, *R.G.A.R.*, 1992, n° 11.905; R.O. DALCQ et G. SCHAMPS, «Examen de jurisprudence (1987 à 1993). La responsabilité délictuelle et quasi délictuelle», *R.C.J.B.*, 1995, pp. 600 et 601; voy. aussi R.O. DALCQ, «Expertises civiles et secret professionnel des médecins», dans *Liber Amicorum Pro. Em. E. Krings*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, pp. 502 et 503 qui considère que la distinction faite entre les éléments objectifs du dossier et les notes personnelles doit être écartée, le médecin n'ayant pas à déterminer unilatéralement les pièces qui ne seraient pas des données objectives.

¹¹⁵ J.-M. VAN GYSEGHEM et J.-C. ANDRE-DUMONT, *op. cit.*, p. 437; K. TROCH, «Commentaar bij art. 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst», *op. cit.*, pp. 51 et 52 considère qu'un consentement tacite devrait être admissible, pour autant qu'il soit suffisamment circonstancié, donné librement et en connaissance de cause, et qu'il ne soit pas susceptible d'une autre interprétation.

¹¹⁶ K. TROCH, «Commentaar bij art. 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst», *op. cit.*, pp. 52 et 54 est au contraire d'avis que le consentement de l'assuré doit pouvoir être étendu à tous les renseignements désirés par le médecin-conseil de l'assureur. Cette conception semble toutefois trop large, la dérogation légale devant être interprétée de façon stricte.

¹¹⁷ B. WEYTS, *op. cit.*, p. 331 et les auteurs cités; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 351; Conseil national de l'Ordre des médecins, «Avis du 16 novembre 1996 sur l'article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre»; voy. aussi les auteurs cités par K. TROCH, «Commentaar bij art. 95 Wet Landverzekeringsovereenkomst», *op. cit.*, p. 54.

¹¹⁸ Sur la problématique de l'information quant à la séropositivité ou au sida, la personne atteinte pouvant décéder d'infections ou d'un cancer provoqué par cette affection, cons. notamment Ph. COLLE, *op. cit.*, pp. 217 et s.; M. VINCINEAU, «dans *Le sida, stimulateur des discriminations*, Actes du Colloque «Le droit, un défi au sida» des 8 et 9 décembre 1994 (Textes actualisés au 31 mars 2000), Bruxelles, Bruylant, 2002, pp. 107 et s.; T. VANSWEEVELT, *Aids en recht. Een aansprakelijkheids- en verzekeringsrechtelijke studie*, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu Uitgevers, Bruxelles, ced.samson, 1989, pp. 111 et s.; C. LABBE, *Sida et assurances. Aspects médicaux, assurances de personnes, responsabilités, assurances de responsabilités*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 71 et s.; voy. aussi l'arrêt précité de la Cour eur. D.H., 25 février 1997, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1997-1998, p. 314; *R.D.P.C.*, 1998, p. 311.

antécédents médicaux du défunt, voire le dossier médical de celui-ci¹¹⁹.

24. Qu'en est-il si l'assuré n'a pas donné son consentement à la remise du certificat médical établissant la cause du décès? Des tiers, tel l'assureur¹²⁰, peuvent-ils délier du secret le médecin de l'assuré? L'article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre ne le prévoit pas. Les opinions varient toutefois, dans la doctrine et la jurisprudence¹²¹, en ce qui concerne les ayants droit, pour des hypothèses autres que les assurances.

Ainsi, s'il est souligné que le droit relatif au secret ne se transmet pas aux héritiers¹²², s'agissant d'un droit de la personnalité¹²³, des arguments sont avancés en doctrine pour leur permettre d'obtenir quand même la levée du secret médical. Ils s'appuient sur les nécessités de la preuve, du bon fonctionnement de la justice, des droits de la défense ou sur la sauvegarde d'un intérêt supérieur au respect du secret, le magistrat devant trancher le conflit de valeurs dans le cas d'espèce¹²⁴. Reste alors à déterminer les situations non prévues par la loi où un intérêt supérieur permet la révélation du secret.

24.1. La Cour de cassation a rendu ces dernières années deux décisions¹²⁵ où un tel conflit de valeurs se présentait. Dans chaque affaire, la nullité du testament du défunt était invoquée pour insanité d'esprit¹²⁶. La Cour a d'abord affirmé que le secret médical n'était pas absolu et qu'il avait pour but de protéger le patient. Elle a ensuite souligné que le secret

médical ne pouvait pas avoir pour effet de priver un malade mental de la protection découlant de l'article 901 du Code civil et de ne pas protéger celui-ci contre ses propres actes.

Elle a dès lors admis qu'une attestation médicale, régulièrement délivrée du vivant du testateur en vue d'une demande d'interdiction¹²⁷ ou de son hébergement dans une maison de repos et de soins¹²⁸, soit produite dans une procédure ultérieure tendant à l'annulation du testament¹²⁹. Dans la première affaire, le certificat médical avait été établi dans le cadre d'une procédure judiciaire mais non dans la seconde. Dans les deux cas, ce document a été retenu comme mode de preuve pour une action en justice distincte et postérieure.

24.2. La Cour de cassation a ainsi admis une nouvelle exception à la levée du secret professionnel. Dans ses conclusions précédant le premier arrêt¹³⁰, l'avocat général Dubrulle a considéré qu'il convenait de vérifier si un intérêt supérieur primait ce secret, celui-ci étant fonctionnel. Il a ajouté que la levée pouvait être aussi étendue en faveur d'un intérêt déterminé lorsque celui-ci ne portait pas atteinte au secret.

Selon lui, la production devant le juge, par le successible – soit exclusivement dans le but spécifique prévu par la loi, soit dans son intérêt matériel – d'une attestation délivrée à l'appui de la demande de l'interdiction, ne porte pas réellement atteinte au droit au secret médical du testateur. Il invoque le fait qu'aucun autre élément confidentiel nouveau n'est communiqué au magistrat ultérieur. La Cour de cassation n'a toutefois pas repris explicitement cet argument.

¹¹⁹ Ch. HENNAU-HUBLET, «Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical», *op. cit.*, p. 259; B. WEYTS, *op. cit.*, p. 331; W. DIJKHOFFZ, p. 89, *op. cit.*, note 22; Avis du 16 février 2002 du Conseil national de l'Ordre de médecins sur l'avant-projet de loi relatif aux droits du patient.

¹²⁰ J.-M. BINON, *op. cit.*, p. 263.

¹²¹ Voy. les auteurs et la jurisprudence cités par B. WEYTS, *op. cit.*, p. 331; B. ALLEMEERSCH, «Medische attestaten gebruiken als bewijs in rechte. Hoe relatief is het beroepsgeheim?», note sous Cass., 19 janvier 2001 et Cass., 7 mars 2002, *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2003, pp. 59 et s.

¹²² Voy. aussi l'article 65 du Code de déontologie médicale.

¹²³ I. MASSIN, «La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?», *op. cit.*, p. 144; B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 348; W. DIJKHOFFZ, *op. cit.*, p. 91.

¹²⁴ Voy. aussi le n° 9.1; I. MASSIN, «La preuve de l'insanité d'esprit du testateur au moyen de certificats médicaux: violation du secret médical?», *op. cit.*, pp. 145 et 146; B. WEYTS, *op. cit.*, p. 331; J.-M. BINON, *op. cit.*, p. 262.

¹²⁵ Cass., 19 janvier 2001 et Cass., 7 mars 2002, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2002-2003, p. 85, note précitée de W. DIJKHOFFZ; *T.B.B.R./R.G.D.C.*, 2003, p. 54, note précitée de B. ALLEMEERSCH; *Rev. trim. dr. fam.*, 2002, p. 135, note précitée de I. MASSIN; *J.T.*, 2003, p. 290, note précitée de I. MASSIN; *A.J.T.*, 2001-2002, p. 416, note de S. BROUWERS, «Over de gezondheid van geest en de onvermijdelijke medische attestaten».

¹²⁶ Voy. l'article 901 du Code civil.

¹²⁷ Arrêt du 19 janvier 2001.

¹²⁸ Arrêt du 7 mars 2002.

¹²⁹ Voy. aussi la jurisprudence aux Pays-Bas indiquée par W. DIJKHOFFZ, *op. cit.*, pp. 92 et 93; B. ALLEMEERSCH, *op. cit.*, p. 63; M.-H. BOULANGER, note sous Civ. Bruxelles, 23 avril 1999, *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 358; pour un bref aperçu de droit comparé (Pays-Bas, France, Royaume Uni, Suisse et Italie) de l'éventuel droit d'accès des héritiers aux données à caractère personnel du défunt, reconnu par la loi ou la jurisprudence, voy. l'Avis du 15 juin 2000 de la Commission pour la protection de la vie privée, «Avis d'initiative relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt», n° de rôle 18/2000, n° 10 et s.

¹³⁰ Cass., 19 janvier 2001, *R.G.* n° C970293Nt; voy. aussi le n° 10.

25. Les deux arrêts précités concernaient un certificat médical régulièrement établi du vivant du testateur. Qu'en est-il cette fois de la possibilité d'obtenir et d'utiliser, sans le consentement du défunt, un certificat *post mortem*? La levée du secret professionnel n'a généralement pas été admise mais les opinions évoluent¹³¹.

25.1. Avant l'adoption de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, certains soulignaient que les ayants droit voire les tiers bénéficiaires¹³² devaient pouvoir délier le médecin de son secret dans le cadre de l'assurance. Le certificat *post mortem* est en effet souvent le seul mode de preuve permettant d'établir que le défunt est décédé de mort naturelle ou qu'il n'y a pas eu d'omission ou de fausse déclaration. La coïncidence des intérêts des ayants droit et du défunt étant une condition essentielle, il était invoqué que la remise du certificat protège également les intérêts du défunt¹³³: son consentement pourrait être présumé puisque celui-ci a conclu une assurance afin d'en faire bénéficier ses héritiers ou le tiers bénéficiaire¹³⁴.

25.2. La loi du 22 août 2002 améliore la situation des proches¹³⁵ puisqu'elle leur donne un droit de consultation indirecte du dossier médical du patient après son décès. Leur demande doit toutefois être suffisamment motivée et spécifiée¹³⁶. En outre, le patient ne doit pas s'y être opposé

expressément. Cette consultation s'effectue par l'intermédiaire d'un praticien professionnel choisi par le demandeur. Ce praticien peut consulter les annotations personnelles.

Selon l'exposé des motifs, la consultation indirecte ne sera accordée que pour les documents ayant trait à l'objet de la demande¹³⁷. Une appréciation des intérêts des proches et du patient devra être également effectuée dans chaque cas. La consultation ne sera ainsi permise que si les intérêts des demandeurs ne portent pas atteinte au droit du défunt à la vie privée notamment. Le législateur n'a toutefois pas désigné de tiers pour effectuer cette appréciation. En cas de refus de consultation, un recours pourra toujours être introduit auprès de la fonction de médiation compétente.

Il est encore indiqué dans les travaux préparatoires que la consultation indirecte pourra être admise lorsque les proches soupçonnent une faute médicale¹³⁸ et qu'ils désirent introduire une action en responsabilité ou encore en présence d'un testament ou d'un contrat d'assurance¹³⁹. Ce droit ainsi accordé aux proches du défunt répond à une demande que la Commission pour la protection de la vie privée avait formulée dans un avis émis d'initiative le 15 juin 2000¹⁴⁰. Dans son avis du 26 juillet 2003, le Conseil national de l'Ordre des médecins a considéré au contraire que la contestation d'un testament ne peut justifier la consultation du

¹³¹ Voy. les décisions et les auteurs cités par I. MASSIN, «Secret médical et insanité d'esprit: jurisprudence récente de la Cour de cassation», *op. cit.*, p. 292; S. BROUWERS, *op. cit.*, p. 420.

¹³² J.-M. BINON, *op. cit.*, pp. 262 et 263.

¹³³ B. WEYTS, *op. cit.*, p. 331. Dans son Avis du 15 juin 2000, «Avis d'initiative relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt», *op. cit.*, n° 13, la Commission pour la protection de la vie privée considère également que les héritiers devraient disposer d'un droit d'accès aux données à caractère personnel du défunt, s'ils poursuivent un intérêt légitime. Il conviendrait toutefois, selon elle, d'instaurer un système qui permette l'évaluation des intérêts.

¹³⁴ B. DUBUISSON, *op. cit.*, p. 348.

¹³⁵ L'article 9 § 4 accorde ce droit à l'époux, le partenaire cohabitant légal, le partenaire et les parents jusqu'au deuxième degré inclus.

¹³⁶ La consultation pourrait être ainsi justifiée lorsqu'il s'agit de mieux gérer le décès de la personne ou de vérifier si une affection déterminée connaît des antécédents dans la famille du demandeur, Exposé des motifs n° 1642/001, *op. cit.*, p. 34.

¹³⁷ Exposé des motifs, n° 1642/001, *op. cit.*, p. 35 qui indique, par exemple, que si la demande est motivée par le souhait de connaître la cause du décès, la consultation ne pourra porter que sur les pièces médicales y ayant trait.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 34. Il ne peut dès lors pas être considéré *a priori* que la consultation doit être refusée lorsqu'elle est motivée par des intérêts matériels. Dans son Avis du 16 février 2002 sur l'avant-projet de loi relatif aux droits du patient, le Conseil national de l'Ordre des médecins avait pourtant estimé que ne constituent pas des motivations admissibles pour la consultation du dossier par les proches ou des tiers, des contestations relatives à des contrats souscrits par le défunt ou à ses dispositions testamentaires; H. NYS, «De wet betreffende de rechten van de patient», *op. cit.*, p. 1130; sur la reconnaissance d'une faute par le médecin qui a conclu une assurance de la responsabilité civile, voy. notamment T. VANSWEEVELT et V. PETITAT, «De erkenning van feiten en fouten door de arts-verzekerde in het raam van het aansprakelijkheidsverzekering: when sorry seems to be the hardest word?», *T. Gez./Rev. Dr. Santé*, 2003, pp. 306-321.

¹³⁹ L'Exposé introductif (Sénat, *op. cit.*, p. 12) mentionne aussi la génétique comme intérêt suffisamment motivé des proches pouvant «compenser» le droit à la vie privée du patient décédé. Il n'y a pas davantage de précision à ce sujet ni en ce qui concerne le testament ou le contrat d'assurance.

¹⁴⁰ Avis du 15 juin 2000 de la Commission pour la protection de la vie privée, «Avis d'initiative relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt», *op. cit.*, n° 13; Avis du 22 août 2001 de la Commission pour la protection de la vie privée, «Avant-projet de loi relatif aux droits du patient», *op. cit.*, n° 28; Projet de loi relatif aux droits du patient, Rapport du 18 juillet 2002 fait au nom de la Commission des affaires sociales par REMANS et DE ROECK, Discussion générale, Sén. sess. 2001-2002, n° 1250/3, p. 58. Selon la Commission, le refus d'accès opposé aux héritiers est inéquitable dans un certain nombre de cas, par exemple, lorsque ceux-ci soupçonnent qu'une erreur médicale a été commise, qu'ils désirent contester des dispositions testamentaires ou encore s'ils souhaitent connaître des informations quant à la cause du décès de leur proche afin de mieux accepter son départ.

dossier¹⁴¹. Il paraît toutefois difficile de suivre cette position, compte tenu des travaux préparatoires précités.

Il semble dès lors que les proches pourront utiliser ultérieurement les éléments appris lors de cette consultation indirecte. Le législateur ne leur a toutefois pas accordé expressément le droit d'obtenir une copie des documents soumis à la consultation indirecte¹⁴². En ce qui concerne le contrat d'assurance, il peut être aussi considéré que l'intérêt du défunt assuré était de veiller à ce que ses héritiers ne soient pas dans le besoin après sa mort grâce à la prestation de l'assureur en vertu de la convention conclue. L'intérêt du patient est donc lui aussi protégé par la levée du secret médical, celui-ci n'étant pas absolu ainsi que l'a encore indiqué la Cour de cassation¹⁴³.

G. La restitution des certificats médicaux à l'assuré ou aux ayants droit

26. Le législateur a introduit une dernière nouveauté au 5^{ème} alinéa de l'article 95 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre: lorsqu'il n'existe plus de risque pour l'assureur, le médecin-conseil restitue, à leur demande, les certificats médicaux à l'assuré ou, en cas de décès, à ses ayants droit.

S'il est vrai que ceux-ci peuvent avoir un intérêt légitime à obtenir les certificats médicaux du défunt, comme indiqué plus avant¹⁴⁴, le libellé de cette dernière disposition ne semble pas prendre suffisamment en considération l'intérêt de l'assuré. Cette remise ne semble ainsi pas être soumise à l'existence de son consentement préalable. La formulation de l'article 95, 5^{ème} alinéa, ne permet en tout cas pas de l'affirmer avec certitude. Or, il se peut que les certificats remis contiennent des informations médicales plus étendues¹⁴⁵

que les simples données nécessaires aux relations entre les bénéficiaires du contrat d'assurance et l'assureur.

Les travaux préparatoires signalent que l'article 95, 5^{ème} alinéa, doit être lu conjointement avec l'article 9 § 4 de la loi du 22 août 2002 qui accorde aux proches un droit de consultation indirecte du dossier¹⁴⁶. Cette dernière disposition introduit plusieurs conditions afin de tenir également compte des intérêts du défunt. Comme indiqué plus avant¹⁴⁷, elle énumère les personnes visées et le droit de consultation n'est qu'indirect. De plus, la demande doit être suffisamment motivée et spécifiée et le patient ne doit pas s'y être opposé expressément. L'article 95, 5^{ème} alinéa, ne prévoit cependant pas de telles conditions et il ne se réfère pas explicitement à l'article 9 § 4 précité.

Conclusions

27. La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient a remplacé l'ancien article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre par une nouvelle disposition. Le champ d'application du nouvel article 95 – les assurances de personnes – reste toutefois inchangé. Selon l'exposé des motifs, assez laconique à ce sujet, l'ancienne disposition était défavorable au patient en raison du caractère illimité de l'obligation imposée au médecin quant au contenu et à la durée des informations à fournir à l'assureur. La nouvelle législation a dès lors introduit un certain nombre de modifications.

27.1. Contrairement au projet initial qui tendait à sa suppression, la disposition prévoyant la remise à l'assuré, par le médecin qu'il a choisi, des certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat d'assurance a

¹⁴¹ C. TROUET et I. DREEZEN, *op. cit.*, p. 9, note 63 se demandent également si la volonté de contester un testament pour insanité d'esprit constitue une motivation suffisante pour obtenir la consultation indirecte du dossier médical du testateur; voy. aussi Mons, 9 avril 2001, *J.T.*, 2002, p. 409.

¹⁴² B. ALLEMEERSCH, *op. cit.*, p. 63 énonce au contraire que l'article 9 accorde aux proches le droit d'obtenir une copie du dossier. La loi ne le prévoit toutefois pas expressément.

¹⁴³ Voy. les n° 9.1. et 24.1; cons. toutefois C. TROUET, «Medische getuigschriften en beroepsgeheim», *De Juristenkrant*, 23 mai 2002, n° 50, p. 4 qui considère, à propos de la décision de la Cour de cassation du 7 mars 2002 précitée, que le fait que le demandeur soit régulièrement en possession du certificat délivré dans le cadre d'une procédure d'installation dans une maison de soins ne signifie pas nécessairement qu'il peut l'utiliser dans une autre procédure: la violation du secret qui est admise par la loi relative à l'assurance maladie invalidité devrait être strictement limitée au but poursuivi par cette législation. Selon l'auteur, l'intérêt général implique aussi de veiller à une relation de confiance entre le médecin et le patient.

¹⁴⁴ Voy. notamment les n° 5.1. à 5.3.

¹⁴⁵ La Commission pour la protection de la vie privée, Avis du 15 juin 2000, «Avis d'initiative relatif au droit d'accès des héritiers au dossier médical du défunt», *op. cit.*, n° 13, considère également que s'il convient de donner aux héritiers un droit d'accès aux données à caractère personnel du défunt, pour autant qu'ils poursuivent un intérêt légitime, un accès illimité accordé à tout ayant droit ne respecterait pas suffisamment les volontés du défunt et ne permettrait pas de tenir compte des intérêts des autres membres de la famille ou de tiers.

¹⁴⁶ Réponses de la ministre de la Protection de la consommation, de la Santé publique et de l'Environnement, Projet de loi relatif aux droits du patient, Rapport du 18 juillet 2002 fait au nom de la Commission des affaires sociales par REMANS et DE ROECK, *Doc. parl.*, Sén. sess. 2001-2002, n° 1250/3, p. 63.

¹⁴⁷ Voy. le n° 25.2.

été maintenue. Ce maintien présente en effet un intérêt légitime pour l'assuré (ou le candidat à l'assurance) et l'assureur, eu égard notamment aux obligations imposées au premier par la loi sur le contrat d'assurance terrestre.

Un changement important est toutefois intervenu, dans la mesure où le médecin n'est plus obligé mais a la simple faculté de remettre à l'assuré les certificats médicaux nécessaires.

Cette innovation est étonnante compte tenu de la *ratio* de la loi du 22 août 2002 dont les dispositions soulignent l'autodétermination du patient. Il est dès lors souhaitable que, dans son pouvoir d'appréciation, le médecin prenne effectivement en considération l'intérêt légitime du patient à l'obtention de ces certificats. Il ne convient pas qu'il applique une conception absolue du secret qui n'est d'ailleurs plus retenue, même par le Conseil national de l'Ordre des médecins. La Cour de cassation a également rappelé que, s'il est d'ordre public, le secret médical a pour vocation de protéger le patient et ne peut être détourné de son but. Une conception fonctionnelle du secret est en outre de plus en plus avancée, selon laquelle le secret doit pouvoir céder le pas devant une valeur jugée supérieure avec laquelle il est en conflit.

Le médecin veillera néanmoins à limiter les certificats médicaux à une description de l'état de santé actuel. Il s'agit d'un deuxième changement par rapport à la situation antérieure. Cette notion n'est cependant pas définie par la loi. Il se peut qu'elle donne lieu à des interprétations différentes de la part des médecins et des assureurs.

27.2. Le législateur a maintenu la possibilité de procéder à un examen médical nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat. Le pluriel a toutefois cédé le pas au singulier («l'» examen médical et non plus «les» examens médicaux). La loi et les travaux préparatoires n'en donnent pas de justification.

Tout comme auparavant, l'examen médical ne peut être fondé que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat à l'assurance ou de l'assuré. Le maintien de la possibilité de tenir compte de ces antécédents est étonnant puisque les certificats médicaux doivent se limiter à une description de l'état de santé actuel. Cela signifie-t-il que le médecin-conseil de l'assureur qui procéderait à un examen médical du candidat à l'assurance ou de l'assuré pourrait les prendre en considération?

En outre, la loi a maintenu l'interdiction de baser l'examen médical sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer l'état de santé futur du candidat à l'assurance. En vertu de l'article 5 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre, celui-ci ne peut pas fournir cette in-

formation spontanément, même si celle-ci lui est favorable. Le législateur n'a pas envisagé, lors de la réforme de l'article 95, les arguments de ceux qui déplorent cette interdiction.

27.3. Plusieurs dispositions de la loi du 22 août 2002 peuvent avoir une incidence particulière en matière d'assurance. Ainsi en est-il de l'article 9 § 3, al. 2, qui offre la possibilité au praticien professionnel de refuser de remettre au patient une copie de son dossier s'il dispose d'indications claires selon lesquelles ce dernier subit des pressions pour la communiquer à des tiers. L'assureur est spécialement visé dans les travaux préparatoires mais ceux-ci ne sont pas très explicites à ce sujet.

27.4. Par ailleurs, le législateur a accordé au patient le droit de ne pas savoir (art. 7 § 3 de la loi du 22 août 2002). Il admet également l'exception thérapeutique. En vertu de celle-ci, le praticien peut ne pas divulguer au patient les informations nécessaires à comprendre son état de santé et son évolution probable, si cette communication risque de causer manifestement un préjudice grave à sa santé. La loi ne règle cependant pas l'incidence du refus de ne pas savoir et de l'exception thérapeutique dans les relations avec l'assureur.

27.5. L'article 95, 2^{ème} al., introduit une importante modification par rapport à la situation antérieure: le candidat à l'assurance ou l'assuré ne peut remettre les certificats médicaux qu'au médecin-conseil de l'assureur. Ceux-ci ne peuvent donc plus être adressés à un gestionnaire de la compagnie d'assurance. Ce praticien joue en outre un rôle de filtre: il ne peut communiquer à l'assureur aucune information non pertinente eu égard au risque pour lequel les certificats ont été établis ou relative à des tiers.

27.6. Tout comme auparavant, l'assureur est tenu au respect de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Il doit veiller à la confidentialité dans l'archivage des dossiers et certificats médicaux, dont l'accès doit être dorénavant réservé au médecin-conseil.

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient a modifié l'article 10 § 2 de la loi du 8 décembre 1992 précitée afin de coordonner le droit de toute personne de consulter son dossier médical (art. 9 § 2 de la loi du 22 août 2002) ainsi que celui de la prise de connaissance et de la communication des «données à caractère personnel traitées en ce qui concerne la santé». Le législateur ne s'est toutefois pas penché sur la distinction parfois avancée entre les données objectives et subjectives, notamment en ce qui concerne les rapports internes du médecin-conseil et la correspondance que celui-ci échange avec l'assureur.

En tout cas, lorsque la loi du 22 août 2002 s'applique et s'il s'agit du dossier médical, les annotations personnelles de ce praticien professionnel pourront être consultées par la personne de confiance de l'assuré, si celle-ci est un praticien professionnel.

27.7. Quant à la communication du certificat établissant la cause du décès, la réglementation demeure inchangée. Le législateur n'a pas précisé ce qu'il entendait par cette notion qui fait l'objet de discussions. Il est généralement considéré que, dérogeant au secret professionnel, ce certificat devrait être limité à la seule cause directe et immédiate du décès.

Le législateur n'a pas examiné la question de savoir si les ayants droit peuvent délier du secret le médecin de l'assuré, lorsque celui-ci n'a pas donné son consentement à l'établissement d'un certificat *post mortem*. Dans deux arrêts, la Cour de cassation a admis qu'un certificat médical régulièrement délivré du vivant du testateur pouvait être utilisé comme mode de preuve dans une action en justice ultérieure. Le premier avait été établi dans une procédure judiciaire tendant à l'interdiction du défunt et le second était délivré dans le cadre d'un hébergement dans une maison de repos.

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient accorde dorénavant aux proches énumérés à l'article 9 § 4 un droit de consultation indirecte du dossier médical du défunt. Leur demande doit toutefois être suffisamment motivée et spécifiée. En outre, le patient ne doit pas s'y être opposé ex-

pressément. Selon l'exposé des motifs, cette consultation doit pouvoir être admise lorsque les proches soupçonnent qu'une faute médicale a été commise et qu'ils désirent introduire une action en responsabilité, ou encore en présence d'un testament ou d'un contrat d'assurance.

27.8. Enfin, le législateur a introduit une dernière nouveauté: lorsqu'il n'existe plus de risque pour l'assureur, le médecin-conseil restitue, à leur demande, les certificats médicaux à l'assuré ou, en cas de décès, à ses ayants droit.

Si les ayants droit peuvent avoir un intérêt légitime à l'obtention de ces certificats, le libellé de la disposition ne paraît pas prendre suffisamment en considération l'intérêt de l'assuré. En effet, cette remise ne semble pas être soumise à l'accord préalable de l'assuré. Or, les données médicales ainsi communiquées peuvent être plus étendues que les simples renseignements nécessaires aux relations entre les bénéficiaires de l'assurance et l'assureur.

27.9. D'autres questions pourront encore se poser, notamment quant à l'application générale de la loi du 22 août 2002 au médecin-conseil de l'assureur et, plus particulièrement, au libre choix du médecin par le patient ou encore au retrait du consentement. Elles pourraient être examinées, avec les problématiques mises en évidence dans cette contribution, à l'occasion de l'élaboration de l'arrêté royal qui sera pris en vertu de l'article 3 § 2 de cette législation.