UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Secrets, mensonges et confidences.
Conclusions
L'assurance et le secret professionnel

par

Bernard DUBUISSON

Doc. 2000/12

Actes du colloque organisé par le DES en assurances de l'U.L.B. le 24 octobre 2000 sur l'assurance et le secret professionnel.
Revue de Droit de l'ULB, Bruylant-Bruxelles, vol. 21, 2000-1, pp. 335-366.

SECRETS, MENSONGES ET CONFIDENCES
CONCLUSIONS

INTRODUCTION

1. Au regard des développements remarquables des technologies de l'information et de l'exigence de transparence, l'idée même que l'on puisse conserver ou taire des renseignements utiles pour un autre paraît à la fois anachronique et condamnable.

La rapidité et l'efficacité des modes de transmission de l'information n'altèrent pourtant en rien le devoir que certains acteurs de la vie économique ou sociale ont de garder le silence ou, à tout le moins, d'être discrets à propos des informations qu'on leur confie dans l'exercice de leurs activités. Ces évolutions ne devraient pas davantage porter préjudice au droit reconnu à chacun au respect de sa vie privée.

Sans doute faut-il reconnaître que le secret éveille la suspicion. Dans un monde où la transparence est érigée en mode de protection, il se présente parfois comme un voile destiné à dissimuler quelques forfaits inavouables. Pourtant, l'obligation de garder le silence peut aussi servir des valeurs dignes de protection. Il convient de résoudre ces conflits conformément à la méthode de pondération des intérêts. On sait que cet exercice est souvent périlleux.

2. L'assureur, dans un premier temps, recherche principalement des informations pour mieux connaître et maîtriser les risques qu'il prend en charge. En même temps, par son activité, il détient nombre d'informations qui peuvent intéresser d'autres opérateurs financiers ou même des autorités publiques. Il pourrait par ailleurs être tenté d'utiliser les informations qu'il a recueillies à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été collectées, voire de mettre en commun ces informations avec d'autres membres de la profession en vue de constituer des bases de données performantes.

De nombreuses questions juridiques se posent tant dans la recherche de l'information que dans sa transmission (violation du secret professionnel, respect de la vie privée ...). Nous nous proposons ici de résumer les problèmes évoqués dans le corps de cet ouvrage issu d'un colloque organisé par le DES en droit des assurances de l'U.L.B. et de proposer ça et là quelques réflexions personnelles.

I. L'ASSUREUR EN QUETE D'INFORMATIONS

3. Dans l'exercice de ses activités, l'assureur est naturellement gourmand d'informations. Il a besoin de savoir et ce besoin, il le ressent tout au long de la vie du contrat.

Au moment de la conclusion du contrat d'assurance, des informations précises lui sont indispensables pour apprécier correctement le risque qu'on lui propose de couvrir. En tant que prestataire de services, il peut aussi s'interroger sur la solvabilité du futur débiteur des primes.

Au moment du sinistre, il doit recueillir les informations nécessaires en vue de vérifier s'il doit sa garantie, s'il n'a pas matière à exercer un recours en remboursement ou si le sinistre n'est pas entaché de fraude. Il doit aussi évidemment disposer des renseignements indispensables en vue de déterminer le montant de l'indemnité qu'il aura à payer.

Où et comment peut-il se procurer ces informations ? On pense en premier lieu au preneur d'assurance lui-même. Le contrat fait naître des relations qui sont marquées par la confiance et la bonne foi. L'obligation de bonne foi, qui s'applique tant dans la phase préliminaire que dans la phase d'exécution du contrat, interdit en principe aux parties de garder secrètes des informations qui présentent une utilité pour l'autre partie et qui sont de nature à influencer son consentement ou l'équilibre des engagements. Dans la relation contractuelle, la transparence est la règle, le secret l'exception (§1).

Le preneur d'assurance, l'assuré, la personne lésée ou le tiers bénéficiaire n'est toutefois pas toujours en mesure de livrer lui-même les informations dont l'assureur a besoin. En outre, l'assureur ne peut s'en remettre exclusivement à la bonne foi de son assuré. Il doit parfois mener ses recherches lui-même. Il se peut que les informations dont il a besoin se trouvent dans les mains d'un autre professionnel auquel le preneur d'assurance ou l'assuré a confié sa personne (le médecin) ou ses intérêts (l'avocat). Le détour par un tiers s'avère alors nécessaire. Des problèmes difficiles naissent si ce tiers est tenu de respecter le secret professionnel.

Le tiers peut aussi être un organisme public qui, dans le cadre d'une mission d'intérêt général, détient des informations qui pourraient s'avérer utiles pour l'assureur (le fisc, les autorités judiciaires, les organismes de sécurité sociale ...) (§2).

§ 1. L'OBLIGATION D'INFORMATION ENTRE CONTRACTANTS

4. La loi du 25 juin 1992 réglemente de façon impérative plusieurs obligations dont l'objet est précisément d'apporter à l'assureur les éléments nécessaires pour l'appréciation du risque et le règlement des sinistres.

A. La déclaration du risque à la souscription

5. Lors de la conclusion du contrat d'assurance, la position des parties au regard de l'information est ambivalente. Le candidat preneur d'assurance est évidemment le mieux placé pour décrire à l'assureur les éléments matériels du risque à couvrir, mais l'assureur, maître de sa technique, est assurément le plus qualifié pour déterminer, parmi ces éléments, ceux qui lui sont utiles en vue d'apprécier correctement le risque.

L'article 5 de la loi du 25 juin 1992 prend à cet égard une option claire : il appartient au preneur d'assurance de déclarer exactement et spontanément « toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque. Toutefois, il ne doit pas déclarer à l'assureur les circonstances déjà connues de celui-ci ou que celui-ci devrait raisonnablement connaître ». Le principe est donc celui de la déclaration spontanée, même si, en pratique, l'assureur prendra soin d'orienter son assuré par le moyen d'un questionnaire détaillé.

Une autre solution aurait précisément pu consister dans le renversement de la perspective. L'assureur aurait été obligé de présenter au candidat preneur les questions pertinentes pour l'appréciation du risque, seules celles-ci étant censées avoir une influence sur sa décision finale. Même dans le contexte de l'article 5, il sera toutefois difficile de reprocher au preneur qui a répondu correctement à une question, de ne pas avoir divulguer des informations complémentaires débordant le cadre de la question posée.

L'article 26 de la loi du 25 juin 1992 adopte une position tout à fait similaire à propos des aggravations du risque survenant en cours d'exécution du contrat. « Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer, en cours de contrat, dans les mêmes conditions que celles de l'article 5, les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstances qui sont de nature à entraîner une aggravation sensible et durable du risque de survenance de l'événement assuré. »

6. L'assureur est-il libre de poser au candidat preneur toutes les questions qu'il souhaite ? Cette interrogation n'a guère retenu l'attention de la doctrine. Elle est pourtant essentielle du point de vue de l'éthique et du respect de la vie privée.

L'article 5 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre prévoit expressément que les données génétiques ne peuvent être communiquées à l'assureur. Sur ce sujet sensible, le législateur a adopté une attitude à la fois préventive et radicale. Avant même que le caractère pertinent et exploitable des données génétiques soit scientifiquement établi, l'assureur ne peut ni imposer à l'assuré de se soumettre à un test génétique, ni lui demander de lui révéler les résultats de tests effectués antérieurement. Apparemment, l'assuré ne peut pas davantage faire spontanément état de tests qui se seraient révélés favorables.

Un large débat a lieu pour l'instant sur l'opportunité ou non d'interdire la communication des données génétiques. Sans entrer dans le détail, il y a lieu tout d'abord de s'interroger sur les préoccupations qui justifient de rendre indisponibles ces données pour l'assurance.

Plus que le respect et la protection de la vie privée, c'est sans doute le danger d'exclusion des victimes innocentes de maladies génétiques qui explique cette méfiance. Au moment où l'assurance privée apparaît de plus en plus comme une clé d'accès à une vie sociale normale, la communication des données génétiques pourrait, par le biais d'une sélection abusive, placer en marge de la société une frange déterminée de la population. La solidarité commanderait au contraire que ces personnes restent intégrées dans la mutualité des assurés quitte à ce qu'elles bénéficient ainsi des primes payées par les personnes non sujettes à ces maladies.

Cette conception a été critiquée au motif que la technique de l'assurance n'est pas fondée sur un principe de justice sociale mais sur un principe de justice actuarielle qui impose que les risques soient rassemblés en groupes homogènes et tarifés à leur valeur réelle. A défaut, les personnes les moins exposées pourraient se détourner de l'assurance.

Dans l'état actuel de la science, l'on a probablement tendance à surestimer la pertinence et le caractère exploitable des données génétiques pour l'assurance (sous réserve des maladies monogéniques). Par ailleurs, comme les données génétiques ne révèlent la plupart du temps qu'une variation par rapport à une moyenne d'exposition à telle ou telle affection, elles ne devraient pas nécessairement aboutir à une exclusion. La connaissance génétique permet sans doute de mieux cerner un risque. Elle ne supprime pas l'aléa.

Si réellement, notre identité génétique est unique et s'il n'y a pas de « normalité » en la matière, on est même en droit de se demander si, à force de segmentation, la notion même de mutualité ne serait pas condamnée à disparaître, plus aucun risque n'étant identique à un autre.

Ajoutons que la notion de « maladie génétique » demande à être précisée. L'évolution de la science en ce domaine ne pourrait-elle pas déboucher sur la conclusion qu'une majorité des maladies actuelles sont favorisées par des facteurs génétiques ? De ce point de vue, l'interdiction actuelle de la communication des données génétiques crée une discrimination difficilement justifiable entre les assurés atteints de maladies génétiques et les autres. Pourquoi ces derniers n'auraient-ils pas droit également à la solidarité réconfortante de la mutualité ? La question fondamentale est en définitive de savoir si l'assurance, compte tenu de ses implications sociales, doit entrer dans l'arsenal des politiques publiques relatives à l'accès à la propriété ou à la santé, quitte à déroger dans certaines branches à la justice actuarielle.

7. Outre l'interdiction explicite qui frappe d'indisponibilité les données génétiques, il faut souligner que les informations demandées par l'assureur doivent répondre aux exigences de la loi du 8 décembre 1992 telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998, sur le traitement des données à caractère personnel, dès lors qu'elles sont recueillies en vue d'un traitement au sens de cette loi. On s'est rarement demandé si ces informations satisfont aux critères de finalité, de légitimité et de pertinence qui s'en dégagent. Il n'est pas certain que toutes les propositions d'assurance passeraient ce test avec succès.

B. Au moment du sinistre

8. Lorsque le sinistre s'est réalisé, la loi sur le contrat d'assurance terrestre impose également à l'assuré d'en informer son assureur, dans des délais raisonnables et de lui transmettre toutes les pièces nécessaires en vue du règlement (art. 19 et 80).

A ce moment, l'assureur sera particulièrement attentif à toute information qui serait de nature à faire naître un soupçon de fraude ou à tout autre renseignement qui pourrait justifier un refus de garantie. De ce point de vue, il ne peut plus se satisfaire des déclarations faites par son assuré. Par ailleurs, sans mettre aucunement en doute la bonne foi de ce dernier, l'assureur doit mesurer l'étendue des droits du requérant et calculer le montant des prestations. Bien souvent, il ne pourra se procurer ces informations qu'en passant par un tiers.

Il est vrai que s'agissant des causes d'exclusion, l'assureur pourrait théoriquement se cantonner dans une position d'attente. Conformément à l'arrêt de la Cour de cassation du 5 janvier 1995 (J.L.M.B., 1996, 336), il appartient en effet à l'assuré de démontrer qu'il est dans les conditions pour bénéficier de la garantie et qu'aucune cause d'exclusion ne peut lui être opposée. Dans d'autres hypothèses en revanche (faute intentionnelle, faute lourde, déchéance ...), c'est à l'assureur qu'il incombe, selon nous, de rapporter la preuve du fait qui l'exonère de sa garantie. L'assureur devra alors démontrer le bien-fondé de son refus

On sait cependant qu'au civil, le Code judiciaire oblige en principe les parties en litige à collaborer à la charge de la preuve (art.871 et 877). En définitive, l'attribution de la charge de la preuve permettra de déterminer qui doit succomber s'il s'avère en bout de course que cette preuve n'est pas rapportée et que l'incertitude subsiste. L'enjeu reste donc déterminant. Le contractant sur qui repose la charge de la preuve ne pourra s'enfermer dans un mutisme obstiné à peine de perdre le procès.

§ 2. LA RECHERCHE D'INFORMATIONS AUPRES DE TIERS

9. Que ce soit au moment de la conclusion du contrat ou au cours de son exécution, il se peut que l'assuré n'ait pas la maîtrise complète de l'information recherchée par l'assureur ou qu'il ne la connaisse tout simplement pas. L'assureur ne peut pas toujours se contenter non plus des déclarations de son assuré et s'en remettre exclusivement à sa bonne foi. Il doit alors sortir du cadre strictement contractuel pour emprunter des chemins plus tortueux. Sur sa route, il peut rencontrer différents obstacles liés le plus souvent à l'obligation de discrétion ou de secret qui s'impose au tiers détenteur de l'information.

Ce tiers peut être tantôt une autorité publique qui, dans le cadre de la mission d'intérêt général qui lui est confiée, détient des informations utiles pour l'assureur (A), tantôt un médecin qui détient des informations sur l'état de santé de l'assuré (B), ou encore un avocat auquel l'assuré a confié la défense de ses intérêts (C),

A. Les autorités publiques

10. Le principe est ici celui d'un strict cloisonnement entre le service public et les opérateurs économiques privés. Sauf dérogations légales, les informations recueillies dans l'exercice d'une mission d'intérêt général ne peuvent normalement pas être transmises pour servir des fins purement commerciales.

Ainsi, le fisc ne peut-il communiquer à un assureur qui lui en fait la demande aucun renseignement concernant la situation d'un contribuable. Si de tels renseignements sont nécessaires pour effectuer le calcul de l'indemnité, il appartient au contribuable lui-même de les fournir à son assureur.

Il en va de même pour les organismes de sécurité sociale. On sait que la loi du 15 janvier 1990 institue une banque-carrefour de la sécurité sociale, organisme public chargé de gérer un réseau d'échanges électroniques de données pour l'ensemble des institutions de sécurité sociale. Toute communication de données sociales à caractère personnel émanant d'une institution de sécurité sociale doit normalement s'opérer par le biais de la banque-carrefour qui constitue un passage obligé. Les compagnies d'assurance privées ne peuvent en principe y avoir accès, le principe de finalité s'opposant à ce que ces données soient utilisées à des fins autres que celles qui visent à assurer le fonctionnement correct de la sécurité sociale.

Les assureurs accidents du travail occupent une situation particulière à cet égard. La loi du 15 janvier 1990 les inclut en effet dans son champ d'application au titre d'institutions de droit privé agréées, participant à l'application des lois de sécurité sociale. La communication des données entre les instances du réseau ou entre des institutions faisant partie d'un réseau secondaire fait l'objet d'une réglementation détaillée. Entre les assureurs accidents du travail, la communication et son contrôle se réalisent par l'intermédiaire du Fonds des accidents du travail, en sa qualité de gérant du réseau. Même dans ce cas, la communication n'est pas admise si elle sert d'autres fins que l'accomplissement d'une mission de sécurité sociale.

11. Afin de connaître les éléments de fait qui ont concouru au sinistre et vérifier si ceux-ci entrent dans le champ de la garantie, l'assureur devra obtenir des renseignements en provenance des autorités judiciaires impliquées dans l'information ou l'instruction pénales. L'assureur n'a pas en effet les pouvoirs ni les moyens de mener sa propre enquête. Sa requête aux fins d'obtenir les renseignements dont il a besoin risque de se heurter au secret de l'information ou de l'instruction

Ce secret s'appuie en effet sur des valeurs supérieures qui dépassent l'intérêt particulier d'un opérateur économique.

Lorsqu'il est opposé aux tiers, le secret de l'instruction ou de l'information pénale trouve sa justification dans le respect de la présomption d'innocence et dans la nature même de la justice pénale. La loi a mis à la disposition de celle-ci des moyens exceptionnels en vue de poursuivre les infractions et préserver ainsi l'ordre public. Dans l'exercice de cette mission, il lui arrive fréquemment d'entrer dans la sphère la plus intime de la vie privée des

justiciables. Il serait choquant que des informations recueillies à cette occasion puissent servir, sans aucun contrôle, à d'autres fins que la recherche de la vérité et l'application des peines. La règle est donc que les tiers ne peuvent obtenir aucune copie sans autorisation préalable du parquet.

Encore faudrait-il vérifier si les éléments de fait dont l'assureur a besoin pour régler un sinistre sont de nature à porter atteinte aux intérêts que la loi entend protéger. Dans les affaires de roulage ,par exemple, les circonstances de fait présentent rarement un caractère confidentiel. Ceci justifie une transmission plus rapide des premières constatations de la police, celles-ci pouvant suffire pour permettre à l'assureur de prendre position. S'agissant de régler rapidement des dommages, on peut d'ailleurs se demander si la société ne trouve pas également son intérêt dans une communication rapide des éléments pertinents du dossier répressif.

Rappelons d'ailleurs que l'article 9 de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance automobile obligatoire donne au Roi le pouvoir de fixer des règles concernant la constatation de l'accident par les assurés, la forme et les modalités de la déclaration à l'assureur, et le modèle des documents qui doivent être utilisés à ces fins et dont l'assuré doit être porteur. L'alinéa 2 ajoute que le Roi peut aussi fixer des règles concernant la constatation de l'accident par les agents qualifiés à cet effet. Il peut notamment établir le modèle du constat à utiliser par ceux-ci et déterminer les renseignements qui doivent être transmis sans délai aux parties intéressées et à leurs assureurs. Le Roi ne semble pas avoir exercé le pouvoir que lui octroie l'alinéa 2.

S'il existe apparemment des pratiques qui autorisent la communication des premières constatations effectuées sur les lieux de l'accident, dans le cadre d'une instruction par contre, l'autorisation de prendre copie des pièces n'est généralement pas délivrée avant le règlement de la procédure.

De façon générale, il est cependant curieux de constater que les règles du jeu en la matière ne sont pas fixées par la loi, sauf indirectement par le biais de l'arrêté royal du 28 décembre 1950 fixant le tarif criminel. Cette lacune est à la source de pratiques divergentes qui gagneraient à être harmonisées.

B. Le secret des médecins

a) Fondement

12. L'assuré n'a pas toujours la maîtrise totale et exclusive des informations dont l'assureur a besoin. C'est le cas lorsque ces informations concernent son état de santé. Il faut alors faire un détour par un médecin qui, comme chacun sait, est tenu par la loi et par sa déontologie, au secret professionnel (art. 458 du Code pénal).

Que ce soit au moment de la conclusion du contrat d'assurance ou de son exécution, les occasions de confrontation sont nombreuses. Celles-ci entraînent des conflits complexes dont la solution ne peut être trouvée que moyennant une pondération minutieuse des intérêts en présence.

L'assuré peut tout d'abord avoir intérêt à la révélation médicale lorsqu'elle est la condition de la conclusion du contrat ou du versement de la prestation garantie. Cette révélation peut toutefois se retourner contre lui, si l'assureur trouve dans celle-ci un motif d'annulation du contrat ou de refus de la couverture. L'assureur, quant à lui, a besoin de ces informations pour apprécier correctement le risque et l'étendue des droits de l'assuré ou du tiers, victime ou bénéficiaire, en cas de sinistre. Il y a lieu de ne pas sous-estimer l'importance des règles qui répartissent la charge de la preuve dans ce débat.

À l'intérêt bien compris de l'assuré se superpose celui du médecin lui-même, tenu par les règles de sa profession. Le médecin sera réticent à délivrer des informations qui pourraient se retourner contre son patient et rompre la confiance que celui-ci a placée en lui. L'on songe ici non seulement aux informations sensibles révélées en confidence, mais aussi à celles qui, portées à la connaissance de l'assureur, pourraient aboutir à un refus de couverture.

L'intérêt de la profession est, dans un troisième temps, porté au rang d'intérêt général, car la société toute entière trouve son profit dans un fonctionnement correct du système des soins de santé, et celui-ci se conçoit difficilement en l'absence de secret. Ceci explique que ce secret soit généralement considéré comme d'ordre public, ce qui ne signifie nullement qu'il soit absolu ou qu'il ne connaisse aucune limite (l'article 55 du Code de déontologie médicale se prononce clairement en faveur du caractère d'ordre public). Cet intérêt qualifié de général peut en effet entrer en conflit avec d'autres, non moins dignes de protection, comme celui du bon fonctionnement de la justice ou de l'exercice efficace des droits de la défense. Ce dernier principe permet par exemple au médecin attaqué en justice de révéler tout ce qui est nécessaire à sa défense.

b) Maîtrise

13. L'analyse des intérêts en jeu et des fondements du secret médical invite à s'interroger brièvement sur sa maîtrise et ses limites.

Qui a la maîtrise du secret médical ? La question est importante puisqu'elle revient à se demander si le patient a en principe le pouvoir de délier son médecin du secret professionnel, quand il y va de son intérêt.

Attribué au patient, un tel pouvoir heurte sans doute le caractère d'ordre public du secret. Comment le patient pourrait-il apprécier des intérêts qui le dépassent ? Le même pouvoir se concilie, par contre, parfaitement avec le droit à l'autodétermination qui se déduit de la loi sur le traitement des données à caractère personnel et qui semble progressivement prendre le pas sur le devoir de se taire.

Celle loi reconnaît en effet à tout citoyen le droit d'accéder aux données relatives à la santé qui le concernent (art. 10, § 2). Sans doute le droit d'accès n'emporte-t-il pas nécessairement celui de disposer librement de ces données, mais on peut difficilement accepter que le secret soit opposé au malade lui-même, alors que sa levée est indispensable pour bénéficier de la garantie. On ne voit d'ailleurs pas en quoi la décision de délier le médecin de son secret porterait atteinte à l'intérêt général.

Alors que le Code de déontologie, en son article 64, prévoit que la déclaration du malade relevant son médecin du secret professionnel ne suffit pas à libérer ce médecin de son obligation, l'article 95 de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre a rompu une lance dans le sens de l'autonomie du patient. L'alinéa 1er précise que « 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 » et l'alinéa 2 que « 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 ».

On sait que l'article 95 a suscité de vives critiques et des commentaires sévères de la part de l'ordre professionnel des médecins. Une nouvelle exception a néanmoins été introduite dans le Code de déontologie (art. 58, i) et 68). Le Conseil d'Etat a d'ailleurs condamné la propension du Conseil National à statuer par voie d'avis, de façon générale et abstraite, sur l'interprétation correcte qu'il convenait de donner à cette disposition (J.T., 1996, p. 27).

Sans doute peut-on faire valoir que le patient assuré pourrait être soumis à certaines pressions et qu'il ne maîtrise pas nécessairement toutes les conséquences de sa décision. Mais il n'est pas moins discutable que le médecin s'érige, au nom d'un paternalisme suranné, en maître exclusif du secret.

Certains estiment pourtant qu'en dépit de l'article 95, le médecin ne serait jamais contraint de donner suite à la demande du patient, même si celui-ci l'a délié du secret. Cette opinion, qui peut s'appuyer sur l'article 64 du Code de déontologie médicale, va trop loin. Sauf circonstances exceptionnelles que le médecin doit expliquer, le secret ne saurait être opposé au malade quand la détermination de ses droits dépend des renseignements

demandés. Le médecin qui, malgré cela, refuse d'accéder à cette demande pourrait engager sa responsabilité civile. Il n'est pas pour autant privé de tout pouvoir d'appréciation. La révélation doit en effet être limitée à ce qui est strictement nécessaire pour l'exercice des droits de l'assuré.

L'assuré doit bien entendu être conscient qu'en déliant son médecin du secret et en transmettant les informations demandées par l'assureur, il s'expose à un possible refus de couverture (découverte d'un état antérieur, d'une réticence ou d'une fausse déclaration...). Si les informations ont été demandées par l'assuré lui-même, remises entre ses mains avec les précautions qui s'imposent, et transmises par lui sous sa propre responsabilité, la relation de confiance entre le patient et son médecin ne saurait en être altérée. L'article 95, alinéa 1er, nous paraît irréprochable sur ce point. Cet article ne résout toutefois pas le problème de la levée du secret lorsque les renseignements demandés concernent un tiers.

Pour éviter des situations cornéliennes, le Conseil National a cependant recommandé que ce ne soit pas le médecin traitant de l'assuré, mais un autre médecin spécialement choisi par lui à cet effet, qui remette les certificats médicaux à l'assuré.

14. Le deuxième alinéa est davantage sujet à caution puisqu'il prévoit une transmission directe de médecin à médecin sans passer par la famille. Le certificat *post mortem* est en effet remis au médecin-conseil de l'assureur par le médecin de l'assuré décédé. Nous reviendrons plus loin sur cette hypothèse.

La possibilité pour les ayants droit de délier le médecin de l'assuré décédé du secret médical reste, il est vrai, discutée. Conçu comme un droit de la personnalité, le droit du patient ne se transmet pas par voie successorale. Le Code de déontologie médicale le confirme en précisant que la mort du malade ne relève pas le médecin du secret et que les héritiers ne peuvent l'en délier ni en disposer. Une fois de plus, il faut se garder ici de tout automatisme. Sauf raisons particulières liées au respect de la mémoire et de l'intimité de la personne décédée, le médecin ne devrait pas s'opposer systématiquement à la délivrance des renseignements qui sont indispensables pour l'établissement du droit des bénéficiaires. À défaut d'un accord préalable de l'assuré en ce sens, l'on pourrait à tout le moins présumer son consentement puisque l'assurance a précisément été souscrite pour subvenir au besoin des personnes désignées.

En outre, la seule vérification de l'étendue des droits des bénéficiaires de l'assurance ne nécessite sans doute pas de révéler les informations recueillies en confidence qui n'ont aucune pertinence eu égard à l'objectif recherché. Une garantie supplémentaire résulte de l'intervention du médecin-conseil.

À l'inverse, l'assureur ne saurait se retrancher derrière le secret professionnel pour refuser de communiquer aux bénéficiaires les renseignements médicaux sur lesquels il se fonde pour refuser sa garantie. L'assureur n'est pas une personne protégée par le secret, il ne peut donc en tirer parti à des fins personnelles.

c) Limites

15. À l'égard des tiers autres que l'assuré et ses ayants droit, le secret doit être en principe maintenu. Peut-on néanmoins lui fixer certaines limites ? La question est souvent présentée en termes ambigus.

En principe, le secret n'est jamais absolu car il n'est pas un but en soi. Son appartenance à l'ordre public n'empêche pas qu'il doive parfois céder devant des valeurs supérieures. Même si la violation du secret professionnel est érigée en infraction pénale, le prévenu peut toujours faire valoir certaines causes de justification (ordre ou autorisation de la loi, état de nécessité, ...).

Le médecin ne peut donc opposer le secret comme un réflexe afin de se murer dans un silence obstiné. Lorsqu'un problème se pose, il doit au contraire se demander d'abord si un intérêt social plus impérieux ne commande pas la levée du secret et s'interroger ensuite sur le coin du voile qu'il convient de soulever pour permettre la sauvegarde de cet intérêt supérieur. Tout ceci se déduit en droite ligne des principes de finalité, de nécessité et de proportionnalité.

16. Quelles sont ces valeurs devant lesquelles le devoir de se taire doit s'effacer pour laisser place au devoir de parler ? Le secret professionnel ne peut servir de rempart à la mauvaise foi ni être utilisé pour dissimuler ou écarter des preuves embarrassantes pour le patient.

On sait que l'article 877 du Code judiciaire permet au juge civil, lorsqu'il existe des présomptions graves, précises et concordantes, de demander la production d'un document contenant la preuve d'un fait précis et pertinent. Le fait que le détenteur de l'information soit tenu au secret professionnel ne suffit pas, selon nous, pour justifier le rejet d'une telle demande. L'intérêt protégé par le secret peut devoir céder devant les exigences d'une bonne administration de la justice et du respect des droits de la défense.

Le secret n'étant jamais absolu, il appartient au juge, qui n'est pas un tiers comme les autres, d'apprécier la légitimité du refus fondé sur le secret et, au besoin, de limiter l'atteinte qui lui est portée. Il ne peut évidemment exercer ce contrôle sans ordonner au préalable la production des pièces et documents litigieux.

Le médecin ne doit pas non plus être guidé par le seul intérêt égoïste de son patient qui est, bien entendu, de dissimuler ce qui lui est défavorable. Le secret n'a pas été conçu pour favoriser le mensonge ni tromper la justice. Une divulgation ordonnée par le pouvoir judiciaire serait-elle de nature à porter atteinte à la relation de confiance entre le médecin et son patient ? Nous ne le pensons pas dès lors qu'elle est maintenue sous contrôle. Le secret une fois divulgué n'est pas porté sur la place publique ; il passe par le filtre d'un contrôle judiciaire. Le juge doit seulement être en mesure de vérifier si le confident qui invoque le secret ne détourne pas celui-ci de son but. Ceci ne fait pas pour autant du médecin un auxiliaire de la justice.

d) Médecin-conseil, médecin expert

17. La situation du médecin-conseil de l'assureur et du médecin expert mandaté par la justice est particulière, car ceux-ci n'apparaissent pas comme des confidents nécessaires du malade. En qualité de mandataires, ils ne sont donc pas tenus au secret professionnel à l'égard de leur mandant. À la différence du médecin-conseil de l'assurance sociale, ils n'ont d'ailleurs aucun pouvoir de décision. Ceci ne signifie cependant pas qu'ils soient autorisés à révéler à leur mandant tout ce qu'ils ont appris, sans aucun discernement. Ils ne doivent divulguer que ce qui est nécessaire pour l'exécution de la mission qui leur est confiée (voy. l'article 128, § 2 et § 3 du Code de déontologie médicale).

Le médecin-conseil ne doit, par exemple, révéler à son mandant que les informations qui sont utiles pour la conclusion ou l'exécution du contrat d'assurance, à l'exclusion de celles qui concernent l'intimité du patient et qui n'intéressent pas l'assureur. Il doit conserver vis-à-vis de l'assureur l'indépendance inhérente à son état.

Il en va de même du médecin expert mandaté par la justice en vue d'apprécier les lésions subies par la victime. Le médecin expert doit faire preuve de prudence dans l'énoncé des conclusions de son rapport et ne révéler que les informations indispensables pour une exécution correcte et complète de sa mission (art. 128, § 3 du Code de déontologie médicale). Le respect de cette exigence est indispensable pour permettre qu'une relation de confiance s'installe entre le médecin mandaté et la victime. Le Code de déontologie contient sur ce point de sages recommandations.

18. La question de savoir si le médecin expert ou le médecin-conseil de l'assureur peut exiger du médecin traitant qu'il lève le secret médical à son profit suscite davantage de discussions. Selon l'article 129 du Code de déontologie, les médecins chargés d'une mission de conseil ou d'expertise doivent éviter d'amener le médecin traitant à violer le secret médical auquel ce dernier est tenu, même à leur égard.

Afin de résoudre la difficulté pour les assurances de personnes, l'article 95, alinéa 2, de la loi du 25 juin 1992 autorise la transmission d'un certificat établissant la cause du décès par le médecin de l'assuré au médecin-conseil, pour autant que l'assuré ait donné préalablement son accord. Il est ainsi répondu à l'exigence formulée par l'article 7 de la loi sur le traitement des données à caractère personnel qui n'autorise le traitement des données relatives à la santé que s'il est effectué sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé. Le Conseil National suggère toutefois de donner à l'article 95 une interprétation stricte en limitant l'objet du certificat à la seule cause du décès. Celle-ci doit néanmoins être précisée sans quoi la disposition légale perdrait tout son sens. Il ne suffit donc pas de dire que la mort a été naturelle.

L'article 95, alinéa 2, ne résout cependant pas toutes les difficultés. À défaut de précision légale, le principe du secret subsiste pour le surplus entre le médecin traitant et le médecin-conseil. Certains pensent que le seul moyen d'éviter toute contestation est de généraliser

l'examen médical préalable. Cette solution, qui implique la répétition d'examens déjà réalisés, entraînerait un coût financier difficilement supportable pour les assureurs. Elle semble d'autant moins réalisable à l'heure où l'absence d'examen médical est précisément utilisée comme argument de vente.

Lorsqu'un examen médical est effectivement réalisé, il convient de rappeler que la loi sur le traitement des données à caractère personnel garantit l'accès de l'assuré aux données médicales qui le concernent. Le principe de la liberté contractuelle qui comporte le droit de ne pas contracter dispense toutefois l'assureur de fournir les motifs de l'acceptation ou du refus du risque.

19. Le secret médical devrait céder plus aisément devant l'expertise judiciaire. L'article 62, b, du Code de déontologie médicale prévoit qu'un diagnostic ou des renseignements médicaux peuvent être communiqués au médecin chargé d'une mission d'expertise judiciaire lorsque la communication est limitée aux données objectives médicales en relation directe avec le but précis de l'expertise, et que le patient a donné son accord.

On ne voit d'ailleurs pas au nom de quoi le médecin traitant pourrait refuser la communication des documents qui sont indispensables en vue d'évaluer le dommage subi par son patient.

En s'inspirant de la solution retenue par l'article 95, alinéa 2, il est souhaitable de demander à la personne qui se soumet à une expertise en vue de déterminer l'étendue de ses droits, de délier son médecin traitant du secret médical préalablement à l'exécution de la mission d'expertise. Il est plus délicat de déduire implicitement cet accord du seul fait pour le patient de participer à l'expertise. Quoi qu'il en soit, le médecin expert doit faire connaître à l'intéressé l'objet de sa mission et l'informer du fait qu'un rapport sera transmis (art. 123 du Code de déontologie médicale).

L'argument va dans le sens de l'économie puisqu'il permet d'éviter de recommencer inutilement des examens médicaux qui ont déjà eu lieu. Même s'il conduit à une multiplication des coûts, le cloisonnement est, par contre, de mise entre le médecin du travail ou le médecin de l'organisme mutualiste et le médecin-conseil de l'assureur.

C. Le secret des avocats

20. *Mutatis mutandis*, les considérations relatives à la maîtrise et aux limites du secret professionnel du médecin valent aussi pour le secret de l'avocat. Comme pour la profession médicale, les ordres professionnels défendent une conception très rigoureuse du secret. Ils estiment par exemple que l'avocat n'est jamais tenu de révéler des faits couverts par le secret professionnel même si son client le lui demande.

Le secret professionnel de l'avocat trouve son fondement ultime dans l'intérêt supérieur du bon fonctionnement de la justice et dans le respect des droits de la défense. Comme pour le médecin, l'obligation de se taire apparaît, en premier lieu, comme une condition

nécessaire de la confiance que le justiciable place dans son conseiller. Cette confiance est elle-même comprise comme une condition de l'exercice efficace de la profession d'avocat, celle-ci étant à son tour perçue comme indispensable au fonctionnement de la justice dans un état démocratique.

L'avocat n'est pas seulement tenu au secret. Au devoir de se taire se superpose le droit à l'inviolabilité de la correspondance qui n'est pas conçu uniquement dans l'intérêt du client, mais aussi dans l'intérêt de l'avocat lui-même. Le client doit certes pouvoir parler librement à son conseil en vue d'une défense optimale de ses intérêts, mais les avocats doivent en outre bénéficier de la confidentialité de la correspondance qu'ils s'échangent entre confrères, afin notamment de favoriser l'aboutissement des pourparlers.

Pas plus que le secret médical, le secret professionnel de l'avocat ne peut être qualifié d'absolu. Il peut, lui aussi, devoir céder devant des valeurs supérieures dans le respect des principes de finalité, de nécessité et de proportionnalité. La Cour d'arbitrage l'a confirmé dans un arrêt du 3 mai 2000 (Mon. b., 8 juin 2000, p. 20144).

21. Pour le surplus, les conditions d'opposabilité du secret professionnel et du secret de la correspondance à l'assureur dépendent évidemment de la position de ce dernier dans le litige.

a) Lorsque l'assureur dirige le procès civil intenté par le tiers victime à son assuré, l'avocat est à la fois le conseil de l'assureur et celui de l'assuré. Dans cette hypothèse, il n'y a pas de secret qui puisse être opposé à l'assureur de la responsabilité civile. Le principe ne s'applique toutefois que dans la mesure de la coïncidence des intérêts respectifs de l'assureur et de l'assuré.

Un problème particulier peut naître dans ce contexte, lorsque l'assuré vient à révéler à l'avocat un motif de refus de garantie ou de recours. Il y a lieu de concilier ici l'obligation de respecter le secret professionnel qui bénéficie à l'assuré et le devoir de loyauté à l'égard de l'assureur. Dans le contexte de la direction du procès, l'avocat est en principe choisi par l'assureur qui le rémunère. Il nous semble personnellement qu'il doit dès lors informer l'assuré du problème et lui conseiller de prendre un conseil distinct, les informations dont il a eu connaissance restant couvertes par le secret professionnel.

b) Lorsque l'avocat est le conseil de l'assuré ou de la victime sans être celui de l'assureur, il est tenu à l'égard de ce dernier, comme à l'égard de n'importe quel tiers, au respect du secret professionnel et ne divulguera par conséquent que les informations utiles à son client ainsi que celles que ce dernier lui demande expressément de transmettre.

c) Lorsque l'assureur intervient au titre d'une garantie protection juridique, l'assuré a, en vertu de l'article 92 de la loi du 25 juin 1992, le libre choix de son avocat. Même s'il a un rôle de conseil à l'égard de son assuré, l'assureur n'est donc pas le client de l'avocat. Il ne peut cependant être tenu complètement à l'écart du litige puisqu'il aura à supporter les

frais et honoraires de ce dernier. Ceci justifie sans doute un assouplissement de la règle du secret professionnel. En théorie une dérogation ne devrait être admise au profit de l'assureur protection juridique que dans la seule mesure où cette communication est nécessaire pour permettre à l'assureur de déterminer le montant des prestations dues. Il semble que celle-ci devrait être possible sans qu'il soit nécessaire de divulguer des informations qui seraient couvertes par le secret professionnel.

Pour le surplus, on a fait remarquer que la procédure d'objectivité organisée par l'article 93 de la même loi en cas de divergence d'opinion entre l'assuré et l'assureur quant à l'attitude à adopter pour régler le sinistre contient implicitement une dérogation à l'obligation de garder le silence.

La pratique semble aller beaucoup plus loin. Il est fréquent que l'avocat transmette à l'assureur protection juridique toutes les pièces de la procédure, y compris les conclusions. Il serait prudent de recueillir l'accord de l'assuré à ce sujet.

d) La situation prend un tour tout à fait particulier lorsque l'assureur est celui qui couvre la responsabilité civile de l'avocat dans un procès intenté par son client ou un tiers. Dans ce cas, le principe supérieur du respect des droits de la défense commande que l'avocat puisse révéler les informations même confidentielles fournies par son client, dans la stricte mesure où cette révélation est nécessaire à la défense de ses intérêts propres. La production de la correspondance échangée avec le conseil de la partie adverse nécessite, quant à elle, l'autorisation du bâtonnier.

L'avocat pourrait-il se réfugier derrière la règle du secret pour éviter de devoir divulguer des informations qui pourraient nuire à sa défense civile ou pour permettre l'indemnisation de son client ? Nous ne le pensons pas, car ce serait manifestement détourner le secret de son but.

II. L'ASSUREUR, DETENTEUR D'INFORMATIONS

22. L'assureur, dans l'exercice de ses activités, détient un nombre considérable d'informations relatives à la vie privée des personnes avec lesquelles il entre en contact.

Celles-ci concernent tant le domicile privé, l'activité professionnelle, la composition de la famille que le patrimoine mobilier et immobilier, en passant par l'état de santé, les antécédents judiciaires et même l'état de fortune de ses clients.

De nombreuses questions se posent quant à l'usage qui peut être fait de ces données à caractère personnel. Peut-il les utiliser à l'intérieur de sa propre compagnie ou de son groupe financier pour les mettre à disposition d'un autre service (service marketing, autre branche d'assurance ...) (§1) ? N'est-il pas, dans certaines circonstances, obligé de les transmettre lorsqu'une autorité publique (autorité de contrôle, fisc, sécurité sociale ...) lui

en adresse la requête (§2) ? Peut-il mettre en commun les données dont il dispose avec d'autres assureurs afin de constituer une base de données regroupant des informations utiles pour l'exercice de la profession (§3) ?

§1. L'UTILISATION DES DONNEES A D'AUTRES FINS

23. Il n'est pas douteux que lorsqu'il recueille des données dans l'exercice de sa profession, l'assureur est soumis aux dispositions de la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel, telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998.

Dans les limites de nos conclusions, rappelons qu'en vertu de cette loi, les données doivent être collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et qu'elles ne peuvent être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités (article 4).

Ainsi, le traitement ne peut être poursuivi que dans l'une des hypothèses visées par l'article 5 On l'admet tout d'abord lorsque la personne concernée a donné indubitablement son consentement à ce traitement pour les finalités qui lui ont été déclarées. Un consentement écrit n'est toutefois pas requis, sauf pour le traitement des données considérées comme sensibles. Au titre des finalités admissibles, l'article 5, b, autorise également le traitement lorsqu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie.

Toujours selon la loi, les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles ont été recueillies et pour lesquelles elles seront traitées ultérieurement.

L'on retrouve ici les principes de finalité, de nécessité et de proportionnalité déjà rencontrés dans le domaine du secret professionnel. Ceci n'est guère surprenant dès lors que le problème du traitement des données à caractère personnel se pose également en termes de conflit de valeurs.

24. Les implications que la loi sur le traitement des données à caractère personnel a pour le secteur de l'assurance sont assurément nombreuses. On se bornera à en citer quelques-unes dont certaines sont de nature à modifier la pratique quotidienne des assureurs.

Lorsqu'il soumet au candidat preneur une proposition d'assurance, l'assureur ne peut en principe poser que les questions adéquates et pertinentes pour l'appréciation du risque.

Le principe de finalité lui interdit en outre d'utiliser les données recueillies pour d'autres fins que celles qui ont été déclarées au candidat preneur. L'utilisation des données à des fins de *marketing* fait l'objet de dispositions légales particulières (art. 9). Pour autant que la personne en ait été informée et ne s'y soit pas opposée, le responsable du traitement peut utiliser, à des fins de démarchage et de promotion de la gamme des services à sa disposition, les données collectées et enregistrées. Ce principe ne concerne toutefois pas

les données dites sensibles pour lesquelles un consentement écrit est requis. De toute façon, un refus exprimé par le candidat à ce traitement ne devrait avoir aucune incidence sur l'acceptation du risque.

On comprend dès lors que le président du tribunal de commerce d'Anvers ait condamné la pratique consistant pour une banque, à utiliser les informations fournies par les virements de ses clients afin de promouvoir ses propres produits d'assurance (Comm. Anvers, 7 juillet 1994, D.C.C.R., 1994, p. 17, note Th. Léonard, R.D.C., 1995, p. 297).

25. L'assureur est souvent appelé à recueillir des données sensibles à caractère médical ou judiciaire (art. 7 et 8). Leur traitement est en principe interdit par la loi, sauf exceptions. Pour les données relatives à la santé, le consentement écrit de l'intéressé permet notamment de lever l'interdiction. Afin de satisfaire cette exigence, il est raisonnable de distinguer clairement le consentement donné en vue du traitement, de celui qui est donné en vue de la conclusion du contrat d'assurance. Les informations à caractère judiciaire ne peuvent, quant à elles, faire l'objet d'un traitement que dans des hypothèses strictement définies par la loi. Le consentement écrit de l'assuré n'y suffit pas.

Notons que le consentement, une fois donné, peut être retiré à tout moment, même en cours d'exécution du contrat. Comme ces renseignements sont généralement indispensables pour déterminer l'étendue des droits de l'assuré, on peut légitimement se demander si ce retrait ne devrait pas entraîner la résiliation du contrat.

En ce qui concerne les données à caractère judiciaire régies par l'article 8, il faut aussi se demander à partir de quand une information prend une telle qualité. L'assureur est en effet indirectement amené à traiter de nombreuses données de ce type (condamnations antérieures pour ivresse, intoxication alcoolique...).

Peut-on qualifier comme telles les données dont il ressort qu'une personne est soupçonnée ou poursuivie pour un délit ? La question est discutée. Une réponse positive pourrait, à notre avis, se justifier car ces informations présentent un danger encore plus important au regard du respect de la vie privée.

Il y a lieu de souligner en outre que le consentement écrit de la personne concernée ne suffit pas à autoriser le traitement des données judiciaires. Il n'est pas certain que l'article 7, b), qui prévoit que le traitement peut être autorisé à titre dérogatoire lorsqu'il apparaît nécessaire à la réalisation de finalités fixées par ou en vertu de la loi, suffise à lui donner un fondement légitime pour ce qui concerne les activités d'assurance. Sans doute est-il préférable, comme on l'a suggéré, que la loi précise de façon positive les finalités qui pourraient justifier le traitement.

En sa qualité de responsable du traitement des données à caractère personnel, il va de soi que l'assureur est tenu de respecter toutes les obligations prévues par la loi relatives aux droits d'accès, de rectification et d'opposition (art. 9, 10 et 12).

Rappelons aussi que sauf exception, une décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ou l'affectant de manière significative ne peut être prise sur le seul

fondement d'un traitement automatisé de données destinées à évaluer certains aspects de la personnalité (art. 12bis). L'acceptation ou le refus d'un risque ne peut donc s'appuyer simplement sur le résultat du traitement. On voit mal cependant comment contrôler efficacement le respect d'une telle disposition.

§2. OBLIGATION DE DISCRETION OU DE DIVULGATION

A. Le devoir de discrétion

26. L'assureur, comme le banquier, n'est pas tenu au secret professionnel. En droit belge, il n'est pas considéré comme un confident nécessaire au sens de l'article 458 du Code pénal. On sait que la solution est différente en droit luxembourgeois, ce qui démontre que la notion d'ordre public économique peut donner lieu à des appréciations divergentes même entre pays limitrophes.

L'on admettra volontiers que l'assureur n'occupe pas à l'égard de son client la même position que l'avocat ou le médecin. L'on peut néanmoins se demander si le respect du secret confié à l'assureur ou au banquier n'est pas, d'une certaine façon, indispensable au bon fonctionnement de l'économie en général. La Cour de cassation belge n'est pas de cet avis. Elle estime que cet intérêt ne suffit pas à justifier le droit au silence de l'assureur ou du banquier au regard de l'article 458 du Code pénal (Cass., 25 octobre 1978, Pas., 1979, I, 237).

S'il n'est pas tenu au secret professionnel, l'assureur, comme le banquier, est néanmoins tenu, selon l'enseignement traditionnel, par un devoir de discrétion. Certains rattachent cette obligation au devoir général de prudence énoncé par l'article 1382 du Code civil. D'autres cherchent à la fonder sur l'usage ou l'intérêt social. Si un intérêt social devait justifier le devoir de discrétion, il serait logique de le considérer comme d'ordre public, ce qui paraît à la fois discutable et douteux eu égard à la jurisprudence de la Cour de cassation.

Toujours est-il que sous réserve du respect de la loi sur le traitement des données à caractère personnel et de tous les cas dans lesquels des dispositions légales particulières l'obligent à communiquer les informations qu'il détient, l'assureur qui méconnaît fautivement son devoir de discrétion peut être tenu de réparer tous les dommages qui sont la conséquence de cette faute.

27. Même si l'assureur (ou le banquier) ne peut se retrancher derrière l'article 458 du Code pénal, les limites qui assortissent son obligation de discrétion sont inspirées de celles qui encadrent le secret professionnel. Ainsi accepte-t-on que le client puisse délier l'assureur de cette obligation quand il y va de son intérêt. En outre, ce devoir n'est pas opposable au client lui-même qui est censé en bénéficier.

Il nous semble par ailleurs que, pas plus que le devoir de se taire, ce devoir de discrétion ne doit prévaloir sur l'obligation de collaborer à la charge de la preuve en matière civile. En

d'autres termes, un tel devoir ne peut à notre avis justifier le refus de produire un document contenant la preuve d'un fait pertinent au sens de l'article 877 du Code judiciaire. En effet, le juge n'est pas un tiers comme les autres. Il doit être en mesure de contrôler la légitimité du refus opposé par l'assureur ou le banquier.

B. le devoir de divulgation

28. Dans certains cas particuliers spécialement prévus par la loi, l'obligation de discrétion se mue en obligation de communication ou de divulgation.

En vertu de la loi du 22 mars 1993, les assureurs crédit ont, par exemple, dans le domaine du crédit à la consommation, l'obligation de communiquer à la Centrale des crédits aux particuliers et à la Banque Nationale les retards de paiement de trois mois au moins ainsi que les renseignements relatifs à l'évolution du dossier de recouvrement.

Pour assurer le fonctionnement du système bonus-malus, l'assureur est aussi obligé de communiquer au preneur d'assurance dans les quinze jours de la résiliation du contrat, les renseignements nécessaires pour la détermination exacte du degré de l'échelle de personnalisation des primes (art. 9 de l'arrêté royal du 3 février 1992 fixant des normes tarifaires applicables à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs).

Les obligations de communication sont naturellement fréquentes dans les relations entre l'assureur et l'autorité de contrôle, qui est elle-même soumise au secret professionnel en vertu de l'article 21*ter* de la loi de contrôle du 9 juillet 1975. Les informations à transmettre sont plutôt de nature comptable ou financière et elles ne concernent en principe que l'activité de l'assureur.

En dehors de ce contexte, l'article 21*nonies* de la loi de contrôle oblige l'autorité de contrôle à dénoncer aux autorités judiciaires les mécanismes particuliers ayant pour but ou pour effet de favoriser la fraude fiscale au profit de tiers, mis en place par un établissement ou une entreprise dont elle assure le contrôle.

29. C'est assurément dans le domaine fiscal que les obligations de communication des données relatives à un particulier sont les plus nombreuses et les plus variées à un point tel que le principe de discrétion paraît ici se renverser. De telles dispositions existent en matière de droits de succession, de T.V.A., de taxes assimilées aux timbres, de droits d'enregistrement et d'impôts sur le revenu. La levée de l'obligation de discrétion se justifie presque toujours par la nécessité d'assurer une correcte perception de l'impôt à charge du contribuable ou d'un tiers, intérêt jugé prépondérant pour le bon fonctionnement des finances publiques. Dans certains cas, elle peut être subordonnée à une autorisation spéciale.

Comme certains Codes fiscaux ne limitent pas les pouvoirs d'investigation du fisc, il est tentant pour certains services dont les pouvoirs sont limités, de se procurer des renseignements auprès de ceux qui ne connaissent pas les mêmes limitations, en tirant

ainsi parti du décloisonnement des administrations fiscales. Une telle pratique qui revient à contourner une loi d'ordre public devrait être tenue pour abusive.

L'obligation de parler n'existe évidemment que dans les conditions précisées par la loi. A ce titre, les établissements de crédit bénéficient souvent d'un traitement particulier (voy. par exemple pour l'I.P.P. l'art. 317, al.1er, CIR).

Sur la base du rapprochement entre certaines activités exercées par les établissements de crédit et les activités d'assurance, les assureurs pourraient sans doute prétendre à l'assimilation et tirer profit des limitations et protections particulières que ces dispositions fiscales prévoient (autorisations spéciales ...). Dans le secteur de l'épargne et de l'investissement, la similitude entre certains produits bancaires et les produits d'assurance rend difficilement justifiable une différence de traitement à cet égard.

Dans le domaine de l'impôt des personnes physiques, il convient de rappeler que toutes les protections disparaissent en cas de mise en place d'un mécanisme de fraude fiscale par une entreprise qui attire publiquement des moyens financiers (art.317, al. 2, CIR).

L'assureur, qui n'est pas tenu au secret professionnel, ne peut pas davantage s'opposer à la saisie par un juge d'instruction de documents intéressant un de ses clients si des poursuites pénales sont engagées contre lui ou contre un tiers.

La loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux déborde largement le cadre d'un simple devoir de communication. Les assureurs y apparaissent comme de véritables auxiliaires de justice. Ceux-ci figurent en effet en bonne place parmi les organismes chargés de détecter les opérations susceptibles de présenter un lien avec le blanchiment de capitaux, aux fins d'informer la cellule de traitement des informations financières. À son tour, la cellule de traitement peut transmettre à l'autorité de contrôle de l'entreprise qui ne remplit pas ses obligations, toute information utile afin de lui permettre de prendre les sanctions administratives qui s'imposent.

On sera plus réservé sur la pratique qui consiste pour les assureurs privés, à donner suite aux demandes adressées à l'Union professionnelle par les autorités judiciaires ou de police, le fisc, les notaires ou les avocats, sur l'existence de contrats souscrits ou de sinistres enregistrés au nom de tel ou tel assuré.

§ 3. LE PARTAGE ET LA MUTUALISATION DES DONNEES

30. L'on quitte ici le domaine des obligations de parler ou de se taire pour entrer dans la mise en commun volontaire de données. Le recoupement et la mutualisation des données dans un fichier entraînent sans doute des gains importants pour les assureurs et la mutualité des assurés, mais ils menacent aussi sérieusement la vie privée.

Un service institué au sein du Fonds commun de garantie automobile permet par exemple de comparer les fichiers d'immatriculation de la D.I.V. et les fichiers des compagnies en

vue d'identifier l'assureur du véhicule impliqué et détecter plus aisément les cas de non-assurance. Cette nouvelle compétence du Fonds est organisée par la loi de contrôle.

Dans un autre registre, la S.A. Informex a mis au point un fichier recoupant les informations relatives aux expertises réalisées sur des véhicules automoteurs ces quinze dernières années, en vue d'éviter la prise en charge de dégâts antérieurs déjà indemnisés mais non encore réparés.

Il va de soi que la tenue de ces fichiers et le traitement des données qu'ils contiennent doivent répondre à toutes les exigences de la loi déjà citée du 8 décembre 1992, telle que modifiée par la loi du 11 décembre 1998.

Ceci est particulièrement vrai du fichier RSR géré par le Groupement d'intérêt économique « Datassur » dont on a beaucoup parlé ces derniers temps. Ce fichier a en effet fait l'objet d'un avis critique pris d'initiative par la Commission de la protection de la vie privée, le 22 juin 2000. « Datassur » a depuis lors réagi pour annoncer la correction de certains éléments jugés incompatibles avec la loi et pour dénoncer ce qu'il estime être des malentendus ou des erreurs de compréhension (voy. Assurinfo du 28 septembre 2000).

Pour le profane, ce fichier suscite un certain nombre d'interrogations dont certaines recoupent les observations faites par la Commission de protection de la vie privée.

Selon la convention qui l'accompagne, le fichier RSR a pour finalité le signalement mutuel des risques spéciaux en assurances incendie risques divers (IARD), la lutte contre la fraude et le maintien des primes à un niveau équitable. Il ne contient pas de données relatives à la santé.

Dans un numéro daté du 28 septembre, l'Assurinfo précise que « le fichier RSR a pour finalité de collecter et de communiquer les données nécessaires aux entreprises d'assurances leur permettant de contrôler l'information transmise ou non par les candidats assurés en application de l'article 5 de la loi du 22 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre. Cette information est nécessaire aux compagnies afin qu'elles puissent apprécier les risques qui leur sont soumis et personnaliser les primes. Une circonstance particulière permettant d'apprécier le risque, objet de la couverture demandée, réside dans l'analyse de la solvabilité des demandeurs d'assurances. Enfin, la transmission des cas de fraude avérée constitue l'unique moyen de lutter efficacement contre les conséquences de ces fraudes et d'éviter leur répétition. Ces finalités ont pour objectif ultime de garantir un taux de prime équitable pour tous ».

En bref, on comprend que le fichier a pour but principal de protéger la mutualité des assurés afin d'éviter que les mauvais risques soient subsidiés par les bons ou encore que les sinistres douteux ou entachés de fraudes soient indirectement financés par les assurés « bons pères de famille ». À défaut, les primes ne pourraient être maintenues à un niveau raisonnable.

31. L'on peut souscrire assez aisément à la légitimité d'un traitement qui tend à écarter les fraudeurs et à maintenir la justice actuarielle. À nos yeux, un réel problème provient

toutefois du fait que certaines données enregistrées sont en rupture avec les finalités déclarées.

Il en va ainsi des résiliations pour défaut de paiement des primes. En quoi la détection des mauvais payeurs permet-elle de protéger la mutualité des assurés ? Le défaut de paiement étant en principe sanctionné par la suspension de garantie ou la résiliation du contrat et donc par l'absence de couverture, celui-ci ne devrait pas se répercuter financièrement sur les autres assurés.

La phrase selon laquelle « une circonstance particulière permettant d'apprécier le risque, objet de la couverture d'assurance demandée, réside dans l'analyse de la solvabilité des demandeurs d'assurances » introduit à nos yeux une ambiguïté sur le sens du mot « risque ». L'assureur, comme tout autre prestataire de services, prend un risque lié au crédit et à l'insolvabilité de son assuré, mais ce risque n'est pas celui qui fait l'objet de l'assurance (hormis les assurances du crédit).Une telle information n'est donc pas strictement nécessaire pour apprécier correctement le risque compris comme objet de la couverture. La pratique prouve certes que l'enregistrement constitue un moyen de pression efficace pour inciter l'assuré récalcitrant à payer, mais la fin ne justifie pas toujours les moyens.

L'on est surpris ensuite de constater le grand nombre des causes de résiliation du contrat d'assurance qui font l'objet d'un enregistrement. On ne voit pas en quoi, par exemple, l'information relative à la résiliation survenant à l'échéance du contrat est utile et pertinente par rapport aux finalités poursuivies, d'autant plus que depuis la loi du 25 juin 1992, les contrats sont en principe annuels. On répond que l'on ne vise à ce titre que les résiliations suspectes motivées par d'autres raisons, mais on aimerait savoir alors ce qui justifie cette suspicion et sous quelle forme les données sont enregistrées.

La résiliation du contrat après un ou plusieurs sinistres peut, quant à elle, répondre à des motivations très diverses. Un assuré peut être confronté à une accumulation de sinistres sans que sa responsabilité soit pour autant engagée dans le sinistre. Cette accumulation peut être le fruit d'un hasard malheureux, elle ne suffit pas à faire de l'assuré un mauvais risque ni à justifier sa mise au ban de la mutualité. Pour éviter ces problèmes, il conviendrait sans doute d'affiner davantage les causes de résiliation qui peuvent faire l'objet du traitement en les rapportant aux finalités déclarées. Le même raisonnement peut être fait à propos des refus de couverture résultant d'une cause d'exclusion qu'il serait bon de distinguer de ceux qui résultent d'une déchéance, d'une faute lourde ou d'une faute intentionnelle.

32. Sous l'angle de la légitimité du traitement et de la proportionnalité, les questions ne sont pas moins fondamentales. Le fichier RSR laisse en effet planer le spectre de l'exclusion d'une catégorie importante d'assurés qui pourraient ne plus trouver assureur pour un prix raisonnable. À l'heure où l'assurance conditionne l'accès à un nombre important de biens ou services indispensables à une vie sociale équilibrée (circulation, accès au crédit et à la propriété, droit à la santé, accès à la profession ...) et où de plus en plus de garanties sont rendues obligatoires par la loi, il y a lieu de se demander si les atteintes ainsi portées à la vie privée et, plus généralement, aux droits fondamentaux de l'individu, ne sont pas excessives par rapport aux objectifs poursuivis et aux avantages recherchés.

33. Les données relatives aux « risques alourdis » ne sont apparemment traitées que si, sur base de preuves tangibles, une compagnie est amenée à exercer certaines actions. De simples présomptions ne suffisent pas. L'argumentaire parle, quant à lui, de cas de fraudes avérés. Mais qu'entend-on exactement par « preuves tangibles » ou « cas de fraudes avérés » ? Celles-ci ne dépendent-elles pas principalement de données judiciaires dont le traitement est soumis à des exigences très strictes ? Par ailleurs le fichier RSR enregistre aussi les cas de résiliation après sinistre avec responsabilité. Ces données contiennent et révèlent indirectement des informations à caractère judiciaire. À supposer qu'il ne s'agisse pas de données judiciaires au sens strict, il y a lieu d'être très attentif à la façon dont ces données sont enregistrées et conservées.

Bernard DUBUISSON
Professeurs à l'Université catholique de Louvain