Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le secret médical en droit belge

Verhaegen, Marie-Noelle; Herveg, Jean

Published in:
Le secret professionnel : aspects légaux et déontologiques

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
Verhaegen, M-N & Herveg, J 2002, Le secret médical en droit belge. Dans *Le secret professionnel : aspects légaux et déontologiques: comparaison avec l'étranger.* Les études hospitalières, Brodeaux, p. 191-212.

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

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

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

Download date: 16. May. 2024

LE SECRET MÉDICAL EN DROIT BELGE

Marie-Noëlle VERHAEGEN [1]
en collaboration avec Jean HERVEG [2]

Le secret médical tel qu'inscrit dans l'article 458 du Code pénal belge [3] a été qualifié de « vital » pour la société.

La raison en est claire : alors que le patient est amené « malgré lui », en suite d'une maladie ou d'un accident, à confier le « secret de son intimité la plus profonde » à une personne « dont l'Etat a confié le monopole de l'art de guérir », **la règle du secret ne protège pas seulement sa vie privée ; elle préserve également son accès aux soins** (et qui plus est, à des soins « de qualité ») : le malade « sait à l'avance » qu'il peut toujours compter sur le silence de son thérapeute et que la règle du secret jouera sans qu'il doive attirer l'attention sur le caractère confidentiel de sa maladie ou les circonstances dans lesquelles il a été amené à faire appel à ses soins [4].

Le présent exposé reprend une grande partie du rapport élaboré à l'occasion du colloque sur le secret professionnel organisé à la faculté de droit de Namur (Belgique) les 8 et 9 novembre 2001 et dont les actes seront publiés dans la collection « La Charte » (Bruges).

1. Chercheur au Centre de recherche « informatique et droit » (C.R.I.D.) (faculté de droit de Namur), juriste attachée au service d'études du Conseil national de l'Ordre des médecins belge.

2. Chercheur au C.R.I.D. (faculté de droit de Namur), avocat au Barreau de Bruxelles.

3. Art. 458 du C.P. : « Les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes et toutes autres personnes dépositaires par état ou par profession, des secrets qu'on leur confie, qui, hors le cas où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (ou devant une commission d'enquête parlementaire) et celui où la loi les oblige à faire connaître ces secrets, les auront révélés, seront punis d'un emprisonnement de huit jours à six mois et d'une amende de cent francs à cinq cents francs ».

4. En ce sens, l'art. 55 du code de déontologie médicale prévoit : « Le secret professionnel auquel le médecin est tenu est d'ordre public. Il s'impose dans quelque circonstance que ce soit aux praticiens consultés par un patient ou amenés à lui donner des soins ou des avis. »

Différents contours de la règle du secret ont été abondamment précisés tant par la jurisprudence que par la doctrine ou les règles déontologiques belges. Celles-ci ont notamment apporté de précieux éclaircissements aux praticiens soignants quant à la détermination des « **détenteurs » du secret** [5], à l'étendue de son « **objet** » [6] ou encore à l'énumération des « **exceptions légales** » [7] au respect dudit principe.

5. Les médecins ne sont pas les seuls à être tenus au secret médical. Alors que la jurisprudence (cf. Pol. Liège, 8 janvier 1986, *jur. Liège*, 1986, p.186) n'a pas toujours considéré le service d'accueil hospitalier comme étant soumis à l'article 458 du Code pénal, nous nous relayons à la doctrine qui considère qu'« *Aujourd'hui, en Belgique, sont incontestablement reconnus comme confidents nécessaires non seulement tous les professionnels de la santé – médecins et paramédicaux – intervenant dans une relation de soins, mais aussi tous leurs collaborateurs obligés, en l'occurrence les secrétaire, téléphoniste, stagiaire, ambulancier du service 100, conjoint aidant, sans excepter les médecin directeur d'un établissement hospitalier ou encore le personnel du service d'accueil hospitalier* », Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, « Le secret médical et la nécessité de l'information et de l'instruction judiciaire pénale », *Droit et médecine*, Trav. de la C.U.P., vol. X, 10 oct. 1996, pp. 108-109 ; voir aussi en ce sens Yves-Henri LELEU et Gilles GENICOT, « Le droit médical, aspects juridiques de la relation médecin-patient », De Boeck, 2001, p.148.

6. Le Code de déontologie médicale stipule que le secret professionnel du médecin « *comprend aussi bien ce que le patient lui a dit ou confié que tout ce que le médecin pourra connaître ou découvrir à la suite d'examens ou d'investigations auxquels il procède ou fait procéder* » (article 57) ; « *il s'étend en outre à tout ce que le médecin a vu, connu, appris, découvert ou surpris dans l'exercice de sa profession* » (article 58). ***A la limite, le nom d'une personne ou le fait d'entrer (dans l'hôpital) ou le cabinet du médecin peuvent être considérés comme relevant du secret ...*** ». Voir : Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *op.cit.*, p. 111.

7. L'interdiction de divulguer des secrets professionnels ne vaut pas en cas de « **témoignage en justice** » (cf. *infra*) ou lorsque « **la loi oblige à faire connaître ces secrets** ». Selon H. NIJS, « ***Seule une loi au sens formel du terme peut prévoir des exceptions au devoir de garder le secret. Mais elle peut confier au Roi la tâche de préciser ces exceptions*** », in ***La médecine et le droit***, Kluwer, 1995, p. 363. L'on cite généralement, à titre d'obligation à la divulgation du secret, l'article 84 al. 1 de la loi AMI (communications aux médecins inspecteurs du service du contrôle médical de l'INAMI) ; les déclarations de certaines maladies contagieuses ; les déclarations de certaines maladies sexuellement transmissibles ; la déclaration d'accouchement et de naissance en dehors du milieu hospitalier ; cf. : H. NIJS, *op.cit.*, pp. 364 et suiv. et Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *op.cit.* Quant au fameux article 95 de la loi sur les contrats d'assurance terrestre (cf. *infra*) et sous réserve de l'interprétation restrictive qui y est donnée par le Conseil national de l'Ordre des médecins (cf. *infra*), il pourrait également être rangé, selon les termes de la loi, dans la liste des obligations à la divulgation...
Mentionnons aussi les dispositions particulières relatives à **la maltraitance des enfants ainsi que les situations d'état de nécessité** (cf. *infra*, point III). Remarquons que le code de déontologie médicale prévoit en outre des **situations d'« autorisation » de communications de renseignements médicaux, sans qu'il ne s'agisse pourtant de « véritables » applications d'une « obligation »** légale (cf. notamment article 58 f : déclarations d'accidents du travail ; article 58 g : délivrance de rapports et certificats médicaux en exécution des prescriptions légales relatives à la protection de la personne des malades mentaux ; article 58 h : délivrance de rapports médicaux en exécution des lois relatives aux maladies professionnelles ; article 62 : communications, dans les limites strictes absolument indispensables, aux représentants légaux du patient, au médecin expert judiciaire, à des organismes à but scientifique sous forme anonyme ; article 67 : communication de certificats au patient) et cf. H. NIJS, *op.cit.*, p.366.

Ceci étant dit, l'on ne pourrait ignorer les **tensions** et contradictions – rencontrées tant chez les praticiens que chez les juristes – dans l'appréciation du devoir à la confidentialité. Comme l'écrivait récemment le professeur Lucas : « Le secret professionnel du médecin, dont la violation peut avoir des conséquences d'ordre pénal, civil et disciplinaire [8] est sans doute l'un des concepts les plus discutés, les plus dénaturés, les plus exploités, par ceux qui veulent le protéger à tout prix sous tous ses aspects ou au contraire en supprimer l'essentiel, par ceux qui l'enfreignent ou qui l'utilisent, par ceux enfin qui veulent en faire un symbole sans savoir nécessairement de quoi » [9]...

Le présent exposé aura pour objectif de sensibiliser le lecteur à **trois types de situations** révélant ce « malaise » ou ces « interrogations » que peut susciter la règle du secret et ce, au regard de la mission thérapeutique du professionnel [10].

La première situation, fréquemment discutée, concerne **la délicate problématique du consentement, voire de la demande, du patient à la communication du secret à un tiers.** En dehors du champ des exceptions légales à la protection de la confidence, eu égard à l'environnement social ou judiciaire du patient, là où l'information médicale peut être utilisée à d'autres fins qu'à celles de ses soins, celle-ci pourrait-elle alors être divulguée par le soignant ? Si l'article 64 du code de déontologie médicale entend insister

8. Notons que **si l'article 458 du Code pénal sanctionne la violation « intentionnelle » du secret, le praticien pourrait, sur base de sa simple imprudence, être sanctionné au niveau disciplinaire ou encore devoir des dommages et intérêts, au civil, en cas de préjudice subi par le patient** (atteinte à l'honneur, perte d'emploi...). Par ailleurs, les révélations recueillies en violation du secret professionnel constitueraient une preuve irrégulière qui, à ce titre, entraîneraient la nullité des poursuites exercées sur la base de celle-ci.

9. P. LUCAS, « Le secret professionnel du médecin vis-à-vis de l'assurance privée », *Rev. dr. U.L.B.*, vol. 21, 2000-1 p. 65. Voyez aussi : « Het beroepsgeheim in de zorgverleningssector. Een confrontatie tussen recht en praktijk », série *Recht en geneskunde*, Intersentia Rechtswetenschappen, Anvers, 1998, 135 p.

10. Le présent exposé se centrera en effet sur le secret du médecin et du personnel soignant **au regard de leur mission « thérapeutique »** ; les situations particulières des médecins-conseils des mutuelles ou autres compagnies d'assurances, des médecins inspecteurs de l'INAMI, des médecins du travail, des médecins contrôleurs, des médecins pénitentiaires, des médecins experts judiciaires, etc ... ne seront donc pas envisagées ici. « Soumis certes au secret professionnel à l'égard des tiers, ces médecins ne le sont pas à l'égard de leur mandant, même s'ils ne peuvent révéler à celui-ci que le résultat de leurs constatations personnelles et qui plus est, en rapport direct avec l'objet de leur mission... », Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *op. cit.*, p. 114.

sur le fait que « la *déclaration du malade* relevant son médecin du secret professionnel *ne suffit pas à libérer le médecin* de son obligation », l'apparition plus fréquente de la **notion de secret « chose du malade »** [11] nous incline cependant à reposer la question.

La seconde analyse fera état du contexte d'actualité qu'est celui des **progrès de l'informatique** liés à l'intensification du **travail en équipe en médecine contemporaine.** L'occasion sera ainsi donnée d'envisager « la loi du 8 décembre 1992 sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel » [12] sous l'angle du secret médical et notamment des questions liées à **la maîtrise ou au contrôle du patient quant à ce dernier**, là où le traitement des données implique des opérations de « communication » dans le chef du thérapeute.

Enfin, la dernière problématique envisagée – sans doute celle qui touche le plus profondément le fondement du secret – relatera brièvement des situations délicates que vivent les praticiens **confrontés aux autorités judiciaires ou policières.** Elles nous mèneront à examiner notamment les situations d'**« état de nécessité »,** lesquelles impliqueraient, en situation de conflit d'intérêts, une révélation du secret (à une autorité ou non), et ce, indépendamment de la question du consentement du patient. Cette problématique particulièrement grave fut encore récemment examinée lors des débats relatifs à la formulation du nouvel article 458 bis du Code pénal belge concernant la maltraitance des mineurs (cf. *infra*, point III)...

11. Explicitement mentionnée dans l'Exposé des Motifs relatif à l'art. 95 de la loi sur les contrats d'assurance terrestre, cf. *infra*.
12. Texte coordonné suite à la loi du 11 décembre 1998 transposant la directive européenne 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

I. – L'AUTORISATION OU LA PARTICIPATION DU PATIENT À LA COMMUNICATION DE DONNÉES MÉDICALES AUX TIERS : L'AMBIGUÏTÉ DE SON INCIDENCE DANS LA QUESTION DE LA LEVÉE DU SECRET MÉDICAL

A. – Les évolutions doctrinales, jurisprudentielles, déontologiques et législatives : les points de vues divers

1. – Si certains (jurisprudence et auteurs) persistent dans la conception traditionnelle du secret absolu et intangible, érigeant celui-ci en véritable « valeur en soi » [13] (de telle manière qu'en dehors d'exceptions juridiques – ou déontologiques – prévues [14], le secret ne peut jamais être révélé), il faut cependant constater un certain bouleversement en la matière depuis quelques années : le secret s'appréhende davantage comme celui du « colloque singulier ». **Le consentement du patient à la révélation à un « tiers » n'est pas dénué d'influence dans l'appréciation d'une justification de levée du secret.**

C'est ainsi que « certaines » décisions judiciaires et certains auteurs [15], au regard du fondement même de la règle du secret, ont révélé certaines situations particulières où – *moyennant l'accord du patient* – le thérapeute pouvait s'estimer autorisé à parler, dans les limites du nécessaire : dès lors qu'il irait de l'*« intérêt du patient »* de révéler certains renseignements (même en dehors du contexte thérapeutique) ou lorsque le fait de se retrancher derrière le secret *« détournerait le principe de son but »,* il n'y aurait plus de raison de se taire. Ces situations semblent viser tant des utilisations

13. Cass., 30 oct. 1978, *B.I.-I.N.A.M.I.,* 1979, pp. 55-70 : *« intéressant l'ordre public, le secret professionnel échappe à la disposition du malade ; que le médecin n'est pas délié du secret par la circonstance que le malade lui aurait donné son accord pour divulguer des confidences qu'il lui avait faites ».*
14. Cf. note 6.
15. **Sur la question controversée de l'influence du consentement à la levée du secret,** voir H. NIJS, *La médecine et le droit, o.* c., pp. 368 et 369 ; P. LAMBERT, « Le secret médical - questions pratiques » in *Les frontières juridiques de l'activité médicale,* éd. Jeune Barreau de Liège, 1993, pp. 123 et s. ; P. LUCAS, *o. c.,* pp. 73 et s. Y.-H.LELEU et G. GENICOT, *op.cit.,* p.151. Retenons notamment les affirmations de l'ancien procureur général DUMON : « Il n'est nullement pertinent d'avancer que le patient n'a pas le droit de lever le secret parce que ce dernier est d'ordre public. Il est évident que le secret est d'ordre public. **Mais le consentement ou la demande du patient rend une divulgation possible : « celle-ci ne méconnaît aucune règle d'ordre public ou non »,** H. NIJS, *op.cit.*, p. 369.

– jugées abusives – du « choix du silence » par le praticien lors de témoignage en justice ou de demande de production de document médical en procédure judiciaire [16] que des divulgations extrajudiciaires ou spontanées – jugées autorisées [17].

Le Conseil national de l'Ordre des médecins belge lui-même n'a sans doute pas été insensible à l'importance du consentement du patient dès lors qu'il a analysé les hypothèses de communication d'informations dans des situations très particulières telles que celles liées aux recherches scientifiques [18] ou à la confrontation aux autorités policières en cas de transport d'un patient par le service 100 œuvrant en tant que service public [19].

Cette évolution – qui va de pair avec une plus grande considération du droit du patient à disposer de données à caractère personnel le concernant [20] – a parfois suscité la confusion et un certain désarroi dans le chef des praticiens...

2. – Il est vrai que la règle du secret vise avant tout la protection du patient ; le principe ne pourrait donc être envisagé comme un « but en soi » ; « Il ne pourrait devenir pour le médecin un refuge sans nuance au mépris de l'intérêt bien compris de son patient » [21].

Mais si le consentement du patient est pour le moins essentiel dès lors que l'on envisage une divulgation de la confidence, le droit à l'autodétermination de l'intéressé **peut-il justifier « à lui seul »** la révélation à des tiers de faits couverts par le secret, **en telle manière que l'obligation au secret serait systématiquement supprimée en cas de consentement du patient ?** Les références mentionnées ci-dessus ne l'affirment pas.

Le manque de clarté et de précisions, ou plus encore « le malaise », en la matière s'explique aisément.

D'une part, et cette constatation n'est pas des moindres, de telles révélations manifestées sous le coup de l'autorisation du patient ne sont **pas explicitement prévues dans la loi pénale** (pourtant d'interprétation stricte). D'autre part, la « socialisation » grandissante de l'information médicale – impliquant l'intrusion de « tiers payeurs » sous de multiples formes entre le malade et son patient – **place inévitablement le confident dans une position difficile**. La raison en est que la divulgation *pourrait « porter préjudice »* au patient ; que les éventuelles *pressions des tiers* concernés - parfois peu bienveillants – pourraient porter atteinte à la « liberté » du consentement de l'intéressé lui-même ; et encore, mais dans des situations exceptionnelles toutefois, que le médecin, sous bénéfice du privilège thérapeutique, n'aura pas nécessairement confié l'entièreté du secret au patient lui-même.

16. Cass., 29 oct. 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 162 : « *Le secret professionnel du médecin n'est pas absolu ; il appartient au juge de vérifier si, d'après les éléments spécifiques de la cause, le médecin qui, en invoquant le secret professionnel, refuse de joindre, conformément à l'article 877 du Code judiciaire, au dossier de la procédure déposé au greffe de la juridiction, un dossier médical, qu'il détient, ne détourne pas le secret professionnel des nécessités sociales qui le justifient* ». Voyez aussi en ce sens Cass., 19 déc. 1994, *Rev. Dr. Santé*, 1996-1997, p. 257 : « *Vu que le secret professionnel n'est pas absolu, le juge ne peut statuer sur ce refus, basé sur le secret, qu'après avoir ordonné la communication desdits dossiers* ».

17. Pol. Nivelles, 2 avril 1993, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12.662 : « (...) *Le secret médical s'impose aussi longtemps que le maître du secret n'en a pas autorisé la divulgation ; cette autorisation peut faire fléchir l'obligation au secret et enlève à la révélation tout caractère délictueux... Le médecin délié du secret ne peut refuser de remettre à l'expert les éléments matériels objectifs qu'il détient... Dans l'état actuel du dossier, sur base du rapport d'expertise, le retranchement derrière le secret professionnel nuit au patient qui ne peut établir son dommage de manière objective* (...) ».

18. Non explicitement prévues dans la loi, les communications de données à caractère personnel par les thérapeutes aux chercheurs ont été « réglementées » dans différents avis du Conseil national, celui-ci insistant sur le consentement du patient aux dites communications (cf. not. article 44 du code de déontologie, *infra ;* avis du 24 avril 1999, *B.O.* n° 85, p. 12.).

19. Dans ces cas, il a en effet été admis que lorsque le patient est conscient et capable d'exprimer valablement sa volonté, le médecin peut, avec l'autorisation du patient, donner une description générale des lésions et une évaluation de la gravité. Lorsque le patient est incapable de donner son consentement, le médecin doit se limiter à une description générale de son état. Cf. avis du 13 juillet 1981, *B.O.* 1981, n° 29, p. 40, et aussi les autres avis mettant en évidence l'avis du patient (en cas de demande de renseignements d'une société d'assurances à propos de blessures encourues concernant des accidents (à l'exclusion des accidents de travail) repris in H. NIJS, *La médecine et le droit*, *o. c*, n° 958.

20. **Voir l'article 10, § 2, de la loi relative à la protection de la vie privée** à l'égard des traitements de données à caractère personnel, envisageant déjà **une « possibilité » d'accéder directement aux données relatives à la santé. L'avant projet de loi sur les droits du patients** de la Ministre de la Santé (version juin 2001) va encore plus loin, en **supprimant la possibilité, pour le responsable du traitement, d'exiger l'accès indirect aux données** (**sauf** pour les annotations personnelles, les données relatives aux tiers, et, dans une certaine mesure, les données relevant du privilège thérapeutique). Dans ce cas, l'intermédiaire peut non seulement être un « professionnel des soins de santé » mais aussi une simple personne de confiance. La déontologie médicale actuelle (cf. notamment avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 7 septembre 1996 et du 20 février 1999) et l'A.R. du 3 mai 1999 relatif au dossier hospitalier (mentionnant la communication d'un dossier au patient par l'intermédiaire d'un « médecin » choisi par le patient) risquent-ils d'être ainsi modifiés ? Voir, en relation avec le sujet, R.O. DALCQ, « Consentement et information du patient. Accès au dossier médical », *Rev.dr. Santé*, 1997-1998, p. 477 ; J. DHONT et Y. POULLET, « Het algemeen medisch dossier : een concrete afweging tussen staatsefficiënte en de vrijheid van de zorgverlener en de privacy van de patiënt », Rev. dr. Santé, 1999-2000, pp. 246-254.

21. P. LUCAS, *o. c.*, p. 109.

Dans ce contexte, **le « confident » – dont la mission première était de guérir – aurait-il dès lors un second rôle à jouer :** celui de devenir « socialement » un « conseiller » et de veiller à **l'intérêt du patient au-delà de la sphère thérapeutique** … ?

Si le secret du colloque singulier – protégeant le risque de trahison de la confidence – n'est plus en cause en cas d'autorisation à la divulgation de « la personne qui s'est confiée », nombreux défenseurs de la théorie « relative » du secret eux-mêmes n'accordent pas « une souveraineté maximale » au consentement du patient pour justifier la levée du secret… [22] Le thérapeute aurait encore un **pouvoir d'appréciation** quant à la divulgation eu égard, notamment, à l'« intérêt » du patient… [23]

3. – Ces difficultés d'appréhension de l'autorisation du patient à la divulgation du secret **se retrouvent** de la même manière dans la situation plus spécifique qu'est celle du patient sollicitant un « document » à son thérapeute en vue de **le transmettre « lui-même »** à un tiers.

Dans ce contexte, l'on pourrait mentionner l'article 67 du code de déontologie médicale, lequel stipule à propos des **certificats** [24] : *« Le médecin a le droit mais non l'obligation de remettre directement au patient qui le lui demande, un certificat concernant son état de santé. Le médecin est fondé à refuser la délivrance d'un certificat. Il est seul habilité à décider de son contenu et de l'opportunité de le remettre au patient…. »*

On le voit, la règle accorde ici clairement un pouvoir d'appréciation au praticien, lequel peut limiter le droit du patient à disposer des informations de santé le concernant…

22. H. NIJS, *o.* c., n° 960 : : « Le consentement met fin à l'illégalité de la divulgation. Le consentement du **patient *ne peut donner lieu à une obligation*** de divulgation ».
23. Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *o. c.* p. 116 : « *Autorisé par le patient à révéler à un tiers, parfois totalement étranger à la règle du secret, des faits confidentiels, le professionnel de la santé **n'est pas « tenu de parler**, sous réserve, comme il fut dit, d'un éventuel contrôle judiciaire qui vérifierait si le secret médical n'est pas détourné de son but. Le thérapeute s'estimera **autorisé** à parler s'il est **dans l'intérêt** du patient de révéler les renseignements sollicités* (…) » ; V°, « Crimes et délits contre les personnes », in *Les novelles*, n° 7.679 : « *…Dans les cas où la loi l'y autorise, et même s'il est délié de son obligation au secret par la personne qui s'est confiée, c'est lui seul qui **peut décider, en conscience,** s'il parlera ou non… Il doit se montrer prudent et circonspect et ne jamais perdre de vue, dans sa décision, les impératifs sociaux et professionnels…* ».
24. Sur la question des certificats, voir not. P. LUCAS, « Philosophie des certificats médicaux », *Rev. b. dom. corp.*, 23, 4, 1996, pp. 173-174.

Par ailleurs, si la notion de secret « chose du malade » trouve son plein aboutissement dans **l'article 95 alinéa 1 de la loi sur le contrat d'assurance terrestre à propos des assurances de personnes** [25] (quoi que cet article fut, semble-t-il, d'abord inscrit pour des raisons d'ordre économique [26]), l'on ne pourrait ignorer les **réticences manifestées par le Conseil national de l'Ordre des médecins** à l'égard de la **communication ainsi « imposée » au médecin traitant – et sollicitée par son patient – en vue d'une utilisation par une compagnie d'assurance.**

Eu égard au développement nécessaire de la relation de confiance entre le médecin « traitant » et son patient, le Conseil national exprime le malaise que peut éprouver ce praticien quant aux « conséquences » – éventuellement préjudiciables pour le patient – d'une telle divulgation… [27]

Sensibilisée aux arguments précités, la Ministre de la Santé belge, Madame Aelvoet, entend à la fois supprimer cette disposition dans son **projet de loi sur les droits du patient** (version de février 2002 [28]) et apporter une nuance au droit qu'elle souhaite accorder au patient en matière de remise de copie

25. ***« Le médecin choisi par l'assuré remet à l'assuré qui en fait la demande les certificats médicaux nécessaires à la conclusion et à l'exécution du contrat… ».*** Et l'article 95, al. 2 de poursuivre : *« 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 ».*
26. Voir not. Chr. HENNAU, « Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical », note sous Cass., 19 déc. 1994, *Rev. dr. Santé*, 1996-1997, p. 257 et s. : « *L'article fut adopté à un moment où les contrats d'assurance hospitalisation tendaient à se développer au point de menacer la santé financière des compagnies d'assurance …* ».
27. Dans son avis du 16 novembre 1996, le Conseil national de l'Ordre a réagi en invitant le médecin traitant à **décliner sa compétence** pour procéder à l'examen médical de son patient, candidat à la **conclusion** d'un contrat d'assurance, et envoyer celui-ci vers un autre médecin. Voir en ce sens l'analyse de : J. DHONT, « Le traitement des données à caractère personnel dans le secteur d'assurances. La légalité des banques de données », *Rev. dr. U.L.B.*, vol.21, 2000-1, p. 301 et s. ; Chr. HENNAU « Là où la preuve en matière d'assurance se heurte à la règle du secret médical », *o. c.*, p. 257 et s. : ***« Si rien ne peut justifier qu'il favorise une fraude de son patient en taisant par exemple un élément dont il sait qu'il déjouerait ses attentes illégitimes, il est en revanche difficile de croire qu'une relation de confiance puisse encore se nouer et se développer entre un patient et un thérapeute, si ce dernier joue aussi le rôle d'informateur du médecin-contrôle de l'assureur »*** (…) ***« Est-ce que la levée du secret en faveur de l'assurance constitue le seul moyen de prévention de lutte contre la fraude en matière d'assurance ?… Les assureurs pourraient recourir à l'examen du futur assuré par un médecin qu'elles rémunèrent… ».*** Voir encore l'avis récent du Conseil national de l'Ordre des médecins du 16 février 2002 (www.ordomedic.be) : ***« Un examen médical par un médecin désigné par l'assureur est indiqué pour le conclusion du contrat ».***
28. Voir projet de loi relatif aux droits du patients, doc. parl., Chambre des Représentants de Belgique, 19 février 2002, n° 1642/001.

du dossier médical : « *Le praticien professionnel refuse de donner cette copie (du dossier) s'il dispose d'indications claires selon lesquelles le patient subit des pressions afin de communiquer une copie de son dossier à des tiers (art.9, §3, al.2)* »... [29]

Ainsi, l'appréciation, par le praticien, des « intérêts » du patient (puisqu'il nous semble que c'est bien de cela qu'il s'agit) serait-elle donc nécessairement indissociable de l'autonomie du patient, au-delà de la relation thérapeutique de confiance entamée ? **Le confident et la personne qui s'est confiée devraient-ils inévitablement envisager « à deux » le transfert du secret aux tiers,** comme si ni l'un ni l'autre n'était exclusivement maître de ce dernier...?

4. – Des constatations mentionnées ci-dessus, l'on se posera plusieurs questions : d'un point de vue juridique, et au regard de l'importance que la précision du principe du secret peut avoir, tant pour le praticien que pour le patient, **serait-il judicieux que le législateur clarifie la portée du consentement du patient à la divulgation du secret ?** Si, pour rejoindre la règle déontologique, le « consentement » ne suffirait pas « à lui seul » à délier le professionnel de son obligation (en raison notamment des risques de « pression » de tiers sur le patient), le législateur devrait-il alors préciser les autres critères à prendre en considération pour qu'une levée du secret « puisse » être justifiée ... ?

Enfin, si l'on en revient à l'idée d' « autodétermination » et de « responsabilisation » du patient ainsi qu'à la *ratio legis* de la règle du secret, faudrait-il prévoir des garde-fous au regard des éventuels abus du praticien dans son « pouvoir d'appréciation » à la non-divulgation au tiers ?

Le soignant est-il en effet nécessairement toujours bien placé pour juger de l'intérêt du patient en dehors du contexte thérapeutique ? Jusqu'où irait le droit, pour le praticien, de protéger le patient « contre lui-même » ?

Ainsi, plus particulièrement en ce qui concerne les certificats et copies de dossiers médicaux, la légitime possibilité, pour le praticien, de « refuser » de remettre ceux-ci au patient (et accordée à l'article 9, §3 du projet de loi sur les droits du patient) devrait-elle s'envisager au regard d'un contrôle d'une autorité extérieure (en plus du juge), tel un médiateur, en cas de demande persistante du patient... ? [30]

29. Voir l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins sur la note conceptuelle de la Ministre de la Santé relative aux droits du patients : « *Il n'est pas imaginable que des tiers demandent au patient une copie de son dossier, voire l'exigent, par exemple, dans le cadre d'une procédure de recrutement, de la contraction d'un emprunt ou de son versement...* ».

B. – Les évolutions annoncées dans le projet de loi sur les droits du patient : les « proches » du patient associés au secret, à la demande de celui-ci...

A titre informatif, l'on mentionnera encore les évolutions annoncées dans le projet de loi sur les droits du patient et qui pourraient avoir une influence sur l'appréhension de l'obligation au secret... C'est qu'en effet le projet (version de février 2002) entend accorder au patient le **droit d' « associer » une personne « de confiance » au colloque singulier** [31] ; c'est aussi que le secret **pourrait ne plus être opposé aux héritiers du patient** défunt en circonstances particulières [32], contrairement au principe évoqué dans l'article 65 du code de déontologie médicale [33] ainsi que dans une jurisprudence dominante... Dans ce dernier cas et selon l'exposé des motifs du projet, le droit de consultation des proches du défunt ne serait pas « automatique », le praticien ayant à examiner les intérêts en cause avant d'autoriser ou non la

30. Voyez ainsi les réticences manifestées par le professeur G. SCHAMPS lors des auditions menées à la Chambre en 2001 à propos de l'avant-projet de loi sur les droits du patient quant à la proposition de suppression de l'article 95, al. 1 de la loi sur les contrats d'assurance : « *les certificats médicaux sont essentiels pour l'appréciation du risque lors de la conclusion du contrat* », citant ainsi M. FONTAINE, *Droit des assurances*, Larcier, Bruxelles, pp. 346-348, n° 699-705. De même, le Conseil d'Etat se demande si l'omission (proposée) de la première phrase de l'art. 95 (il n'y aurait plus d' « obligation », pour le médecin choisi par le patient, de remettre le document à ce dernier en vue d'une conclusion d'une contrat d'assurance terrestre) ne serait pas susceptible, dans certains cas, d'être préjudiciable au patient.

31. Article 7, § 2, al. 2 du projet : « *A la demande du patient, les informations sont communiquées à une personne de confiance désignée par lui. Cette demande du patient et l'identité de cette personne de confiance sont consignées ou ajoutées dans le dossier du patient* » ; Article 9, § 2, al. 4 : « *Le patient peut se faire assister par une personne de confiance désignée par lui ou exercer son droit de consultation par l'entremise de celle-ci. Si cette personne est un praticien professionnel, elle consulte également les annotations personnelles visées à l'alinéa 3.*

32. Article 9, § 4 : « *Après le décès du patient, l'époux, le partenaire cohabitant légal, le partenaire et les parents jusqu'au deuxième degré inclus ont, par* ***l'intermédiaire du praticien professionnel désigné*** *par le demandeur, le droit de consultation, visé au § 2, pour autant que leur demande soit suffisamment motivée et spécifiée et que le patient ne s'y soit pas opposé expressément. Le praticien désigné consulte également les éléments du dossier de patient visés au § 2, al. 3* ». (L'exposé des motifs du projet de loi fait notamment mention d'un **avis de la Commission de la vie privée 18/2000** soulignant le manque de cohérence dans la jurisprudence et la législation à propos du droit d'accès des héritiers au dossier médical).

33. « La mort du malade ne relève pas le médecin du secret et les héritiers ne peuvent l'en délier ni en disposer ».

consultation (ce qui ne devrait pas être une tâche facile…). La disposition entraînera-t-elle une nouvelle formulation de l'article 458 du Code pénal, prévoyant une nouvelle exception au principe, au même titre que le témoignage en justice ? [34]

II. – LES OPÉRATIONS DE « COMMUNICATION » DANS LE TRAITEMENT DES DONNÉES RELATIVES À LA SANTÉ : L'IMPORTANCE DE LEUR MAÎTRISE PAR LE PATIENT AU REGARD DE LA RÈGLE DU SECRET

A. – Les implications de la théorie du « secret médical partagé » sur les traitements de données relatives à la santé dans un contexte thérapeutique [35]

1. – Alors que l'on a mis en évidence l'influence grandissante (quoi que non suffisante) de la volonté du patient dès lors qu'il s'agit de « faire sortir » du colloque singulier l'information médicale, l'on envisagera ici **l'influence de la *ratio legis* de la règle du secret sur la « protection du colloque singulier » lui-même au regard du contexte qu'est celui du travail en équipe et des progrès de l'informatique**. L'occasion nous sera ainsi offerte de « comparer » brièvement les garanties apportées par le secret dans ce contexte à celles que propose la loi sur la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel.

34. Sur la question de l'accès au dossier médical par les héritiers du patient, tant au regard de la loi « vie privée » que du principe du « secret », et sur les nuances apportées par le Conseil national de l'Ordre des médecins lui-même, voyez M.-H. BOULANGER, « Le droit de communication du dossier médical face au secret médical », note sous Civ. Brux. 23 avril 1999, *Rev. Dr. Santé*, 1999-2000, p. 353. Voir encore le récent arrêt de la Cour de cassation du 19 janvier 2001 (inédit) relatif à l'utilisation (en justice) d'attestations de soins concernant la santé mentale d'un patient défunt, à propos de la question de la validité du testament de celui-ci.
Notons que le Conseil national de l'Ordre des médecins a fait part de ses réflexions sur ces dispositions du projet de loi « Droits des patients » : avis du 16 février 2002 – www.ordomedic.be.

35. Ces traitements « à finalité thérapeutique » sont expressément mentionnés à l'article 7, § 2, j), de la loi du 8 décembre 1992 (modifiée en 1998) sur la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

Cela est inévitable : le travail en équipe et l'intervention d'un personnel de plus en plus spécialisé en médecine contemporaine amène ainsi le médecin – auquel s'est confié en premier le patient – à « partager » le secret médical avec un nombre de plus en plus grand de personnes. Eu égard à ces situations, la doctrine, relayée par la jurisprudence et par des avis du Conseil national de l'Ordre des médecins [36] ont déterminé les **conditions strictes – et cumulatives –** [37] **liées à la révélation du secret par un professionnel de la santé à un autre dans le contexte des soins** : la communication des informations ne peut se faire que dans *l'intérêt* du patient, en faveur d'un *autre praticien* (tenu également par le secret professionnel) et *chargé de poursuivre l'élaboration du diagnostic ou du traitement* concernant ledit patient ; la communication doit être *limitée aux données indispensables et nécessaires à la mission de cet autre praticien* ; enfin, elle doit recueillir *l'assentiment* – fut-il implicite – [38] du patient, ce qui implique que ce dernier soit au moins « informé » [39] de celle-ci.

Bien qu'elle ne soit pas explicitement prévue « dans la loi », la « théorie du secret partagé » ainsi construite – et fondée sur le respect de la *ratio legis* de la règle du secret – semble accueillie de manière unanime. Par ailleurs, **l'article 13 de l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 sur l'art de guérir** (appelé aujourd'hui A.R. relatif aux professions des soins de santé) [40] **et**

36. Cf. not. R. MEERT-VAN DE PUT et X. RIJKMANS, *o. c.*, n° 166-167 ; P. LAMBERT, *Le secret professionnel*, Bruxelles, Nemesis, 1985, p. 158 ; Chr. HENNAU, « Le secret médical et les nécessités de l'information et de l'instruction judiciaire pénales », *o. c.*, p. 114. ; Th. MOREAU, « Le partage du secret professionnel ; balises pour des contours juridiques incertains », in *Le secret professionnel : la reconstruction du sens*, *Journ. Dr. J.*, 1999, n° 189, pp. 12-13 ; Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins, *B.O.* n° 33, 1984-1985, pp. 48-49 ; *B.O.*, n° 52, 1991, p. 34 ; *B.O.*, n° 84, p. 14 ; Brux. (8e ch.), 23 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 496.

37. Cf. Th. MOREAU, *o. c.*, p. 12.

38. Voyez Brux. (8e ch.), 23 oct. 1990, *J.T.*, 1991, p. 496.

39. Même si dans certains cas (ex : communications au sein des hôpitaux), le patient doit bien se douter de l'existence de communications d'informations entre professionnels, **cette information est explicitement prévue dans la loi sur la protection de la vie privée à l'égard des « traitements » de données à caractère personnel** (article 9 de la loi et article 25 de l'A.R. du 21 février 2001 [information sur les finalités du traitement, l'existence des droits de l'intéressé, les catégories de destinataires des données, …]). Par ailleurs, l'A.R. du 23 octobre 1964 (pris en application de la loi sur les hôpitaux) prévoit l'obligation, pour **l'hôpital,** de rédiger **un règlement** relatif à la mise en place de leurs traitements de données au regard de la vie privée, règlement qui – en principe – doit être porté à la connaissance des patients.

40. Cet article 13 fait obligation aux médecins, dentistes, pharmaciens et kinésithérapeutes, à la demande ou avec l'accord du patient, de communiquer à un autre praticien traitant désigné par ce dernier – pour poursuivre ou compléter soit le diagnostic, soit le traitement – toutes les informations utiles et nécessaires d'ordre médical ou pharmaceutique le concernant. Notons que le titre de l'A.R. vient d'être modifié par la loi du 10 août 2001 en matière des soins de santé, cf. *infra*.

l'article 4 de l'A.R. du 3 mai 1999 sur le dossier médical général [41] s'inscrivent dans la même ligne.

Le partage du secret est envisagé ici avec des personnes tenues à la **« même » mission « spécifique »** [42] dans le prolongement du travail du premier confident... Voyez à cet égard l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 18 novembre 2000 estimant que le directeur d'une maison de repos et de soins ne peut prendre part, au regard de la règle du secret partagé, aux discussions de l'équipe médicale, ni consulter les données médicales contenues dans les procès-verbaux de ces discussions.

2. – L'on aura l'attention attirée sur ceci : la condition élémentaire du « consentement » du patient au partage de données – et liée à la *ratio legis* de la règle du secret – supposerait ainsi que lors de **traitement** de données relatives à la santé **impliquant des échanges ou communications** d'informations entre soignants, le patient ait le **droit de s'opposer audit traitement « à tout moment »** et non pas seulement dans des conditions limitées, pour des « raisons sérieuses et légitimes », comme le prévoit l'article 12 § 1, al. 2 de la loi « vie privée »... [43]

Par ailleurs, les autres conditions liées à la mission et à la compétence du destinataire de l'information ainsi qu'à la limitation des données transférées – et proches de celles prévues dans la « loi vie privée » [44] au regard du respect de la finalité du traitement des données – [45], ne pourraient donc

41. Art. 4, § 1 : « *Le médecin généraliste-gestionnaire d'un DMG transmet, **moyennant le consentement** du patient, toutes les **données nécessaires et utiles** aux collègues médecins généralistes ou spécialistes qui traitent le patient en question.* » Art. 4, § 2 : « *Lors du traitement d'un patient, les médecins généralistes ou les médecins spécialistes s'enquièrent de l'éventuel médecin généraliste/gestionnaire d'un DMG et transmettent à ce dernier les informations nécessaires et utiles. **Le patient peut s'y opposer**. ...* »

42. Cf. à cet égard l'analyse de Th. MOREAU, *o. c.*, p. 13. **Notons que la théorie du secret partagé s'envisage indépendamment des opérations de communication expressément prévues par la loi** ou le code de déontologie médicale entre un thérapeute et des praticiens non impliqués dans la relation thérapeutique elle-même (ex. : relations entre le médecin traitant et les médecins des compagnies d'assurance, inspecteurs INAMI, ...).

43. Voir aussi en ce sens le projet **de loi français « Droits des malades »** (aujourd'hui voté) permettant au patient dûment informé de dire son mot lors des transmissions d'informations, de médecin à médecin, concernant sa santé, en lui ouvrant un droit d'opposition, mentionné par Louise CADOUX, « Le secret médical, premier droit du patient », *Le Soir*, 3 octobre 2001.

44. Entendez par « loi vie privée », la loi du 8 déc. 1992 (modifiée en 1998) relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

45. Voir article 4 de la loi « vie privée ».

échapper ni à l'utilisateur, ni au responsable dudit traitement (à des fins thérapeutiques) quant à son obligation relative à la désignation des catégories de personnes ayant accès aux données [46].

B. – Le secret « en dépôt » ou les « messages non adressés »

Dans le contexte de complexité et de « spécialisation » croissante de la médecine, il a inévitablement été tiré parti des avancées de l'informatique. Ainsi, si le dossier médical informatisé (« global » ou non) du praticien trouve actuellement sa place dans notre législation belge [47], ce sont aussi **les banques de données « collectives »** qui ont présenté un certain intérêt **dans les institutions de soins.**

Celles-ci se distinguent du « dossier médical global (DMG) » en ce sens que ce dernier est géré par un médecin généraliste « identifié » auxquels les médecins spécialistes ou auxiliaires médicaux envoient leurs informations. Les banques de données « collectives » **au sens du présent exposé** impliquent quant à elles **une mise à disposition (et une consultation) d'informations « dépersonnalisée »** (à savoir sur un « serveur ») par les thérapeutes d'un patient, sans qu'il n'y ait véritablement de communication « directe » (« de personne à personne ») entre les interlocuteurs. Ces bases de données consisteraient ici en un **stockage de données conservées pour la consultation de tout utilisateur autorisé.** Elles pourraient viser le « dossier hospitalier » prévu dans l'A.R. du 3 mai 1999, mais elles pourraient aussi présenter un intérêt sur une plus large échelle que celle du contexte intra-hospitalier.

46. Selon l'article 25 de l'A.R. du 13 février 2001 pris en application de la loi « vie privée », le responsable devra expressément désigner les catégories de personnes ayant accès aux données. En vertu de la « finalité thérapeutique » du traitement et de la théorie du secret médical partagé, le responsable devrait ainsi **exclure de l'accès au traitement (des données) les professionnels de la santé n'ayant aucun lien avec le traitement médical de l'intéressé** (médecin conseil d'une compagnie d'assurance, ou tout simplement un médecin ne soignant pas le patient, ...).

47. Voir article 1, § 1er, de l'A.R. du 3 mai 1999 relatif au dossier médical général, *M.B.*, 17 juillet 1999 ; article 1, § 2, de l'A.R. du 3 mai 1999 déterminant les conditions générales minimales auxquelles le dossier médical, visé à l'article 15 de la loi sur les hôpitaux, coordonnée le 7 août 1987 doit répondre, *M.B.*, 30 juillet 1999 ; article 176 de la loi du 25 janvier 1999 portant des dispositions sociales, insérant un article 45 bis dans l'A.R. n° 78 du 10 novembre 1967 à propos des critères et modalités des logiciels de gestion du dossier médical et infirmier électronique. Voyez encore l'importance accordée à l'informatique dans le secteur des soins de santé au travers de l'A.R. du 3 mai 1999 portant création d'une commission « Normes en matière de télématique au service du secteur des soins de santé », *M.B.*, 30 juillet 1999.

Si les communications « personnalisées » entre professionnels de la santé par voie électronique sont de plus en plus maîtrisées et font l'objet de directives de plus en plus précises, notamment par le Conseil national de l'Ordre des médecins [48], les banques de données « collectives » ou « centralisées » nous semblent poser quelques **difficultés** au regard de la pratique médicale et notamment **au regard des conditions liées au secret partagé**. La raison en est que le professionnel de la santé qui alimente la banque **ne sait pas à l'avance qui va consulter celle-ci** ; il n'a dès lors **plus de maîtrise personnelle** sur l'impact de son message (à caractère confidentiel), prenant ainsi le risque que celui-ci soit lu par une personne « non autorisée » dans le cadre de sa mission thérapeutique.
C'est donc la « technique informatique elle-même », liée à des choix éthiques préétablis, qui devra veiller à ce que le message du thérapeute soit utilisé conformément aux règles du secret. Elle devra apporter des garanties au niveau du *contrôle de l'identification* des utilisateurs du traitement ; au niveau de *la limitation, dans la durée, de la consultation des messages (liée au traitement médical du patient) ;* ou encore au niveau d'une *correspondance* entre la *« compétence »* (spécialisation) du soignant et le *« contenu » du message* dont celui-ci aurait « a priori » besoin dans le cadre de sa mission thérapeutique (un orthopédiste n'aurait pas nécessairement accès aux mêmes informations de la banque de données collective que celles auxquelles aurait accès un neurologue ou une infirmière…).

Ceci étant, la question juridique subsiste de savoir si, en se confiant ainsi au système informatique dans la gestion de ses « messages non adressés », le praticien agit en conformité avec sa « propre obligation au secret à l'égard du patient ».

La question fut déjà posée, en son temps, par le professeur Anrys [49].

48. Les derniers avis en la matière : Communications électroniques - secret médical, 22 avril 1995 ; Télématique médicale, 15 février 1997 ; Dossier médical global informatisé, 12 décembre 1998 ; Dossier médical et infirmier électronique, 17 février 1999 ; Sécurité des données transmises par Internet, 20 février 1999 ; Recommandations relatives à la protection de la confidentialité lors de la transmission de données médicales à caractère personnel par le réseau Internet, 17 février 2001 (www.ordomedic.be).
49. « La première question juridique est de savoir si le médecin peut déposer un secret qui lui est confié, et quelle partie ses observations peut l'être, car le secret fait partie du contrat médical (la rencontre d'une confiance et d'une conscience) lequel est *intuitu personae* et la confiance du patient envers le médecin ne s'étend peut-être pas à l'égard de tiers ou à l'égard d'un dossier central. La question préalable qui se pose au regard d'une banque de données, c'est de savoir si le médecin a le droit de confier les éléments confidentiels relatifs à la santé de son malade à une banque de données extérieure à son cabinet ou son service, en l'absence d'obligations légales l'y contraignant, et dans quelle condition une telle obligation légale éventuelle serait jugulée par l'obligation parallèle du secret », « Protection du secret « déposé » dans un système d'informatique », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1973-1974, p. 581. Voir aussi à cet égard l'avis n° 13 du groupe européen d'éthique des sciences et des nouvelles technologies auprès de la Commission européenne du 30 juillet 1999.

Par ailleurs, outre la question de la fragilisation de la maîtrise du secret par le praticien dans ce contexte [50], d'autres questions surgissent encore au niveau du droit à la liberté thérapeutique du praticien face à la standardisation du modèle informatique proposé, de la qualité des soins dans un contexte « dépersonnalisé » …

C'est à l'imagination et à la réflexion du juriste, du « déontologue », du technicien et du législateur qu'il sera fait appel dans ce contexte informatique inévitable …

III. – LA GESTION, PAR LE SOIGNANT, DE SITUATIONS SUSPECTES ET/OU DE CONFLITS D'INTÉRÊTS : LA RELATION DE CONFIANCE SUFFISAMMENT PROTÉGÉE ?

L'on peut imaginer les difficultés et tensions vécues par le personnel soignant interrogé par les autorités policières ou judiciaires (lesquelles, on le comprend aussi, tentent de faire avancer leurs propres enquêtes).

Quelques règles de conduite – reprises ici brièvement – ont été rappelées à l'intention des praticiens par la doctrine ou le Conseil national de l'Ordre des médecins [51].

A. – Quel comportement face aux autorités policières et judiciaires ?

Conformément à la règle du secret professionnel, le professionnel de la santé **ne peut** donner suite aux **demandes d'information de la police.**

50. Serait-ce pour cette raison que le Conseil national de l'Ordre des médecins semble limiter actuellement l'enregistrement médical des données nécessaires aux soins médicaux au contexte « intra-hospitalier »? … Cf. B.O., 1984-1985, n° 33, p. 48-49.
51. Voir notamment Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *o. c. ;* M. GUILLEMAIN., A. LUYCKX., D. MATTHEEUWS, « Le recueil d'informations par les services de police auprès des services d'aide médicale », *Rev. dr. Santé*, 1995-1996, pp. 352-357 ; Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 16 mars 1991, *B.O.*, n° 52, p. 34.

Seul le juge d'instruction (ou le procureur du Roi en cas de flagrant délit) est habilité à requérir des renseignements auprès d'un professionnel de la santé dans le cadre d'une enquête pénale [52]. Moyennant la production d'un document signé par le juge d'instruction, le professionnel de la santé jugera alors l'opportunité de dévoiler (de manière non abusive) les informations sollicitées sachant qu'il n'est **pas obligé** de répondre (même situation que le témoignage en justice, *infra*) [53].

Appelé à témoigner devant le juge d'instruction, le juge pénal ou le juge civil, le professionnel de la santé ne peut manquer au rendez-vous auquel il est convoqué. Il pourra **choisir son attitude** : se taire en invoquant le secret professionnel dans l'intérêt de son patient ou donner des informations dans les limites de ce qui est utile, nécessaire et proportionné à l'objectif de la recherche de vérité poursuivi par le juge. Il est admis que le professionnel, en tant que détenteur du secret, rompe le silence dans la mesure où il a lui-même à se défendre en justice. Un arrêt de la Cour de cassation du 30 octobre 1978 a **assimilé les cas de demande de production de documents médicaux en procédure judiciaire à ceux du témoignage en justice,** ce qui implique que l'obligation imposée par l'article 877 du Code judiciaire (ordonnance du juge de déposer un document au dossier de la procédure) ne doive pas être nécessairement respectée par un médecin dans la mesure où il s'agit de données secrètes, sous réserve d'appréciation du juge d'éventuels abus [54].

En ce qui concerne les **saisies** des documents médicaux ordonnées par le juge d'instruction, un membre du conseil national de l'Ordre doit y être présent, des nuances ayant été apportées par le Conseil national de l'Ordre des médecins, selon que la saisie concerne une affaire impliquant un patient ou un professionnel de la santé inculpé lui-même [55].

52. Voir ainsi l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 14 septembre 1991 concernant la patiente soupçonnant un patient – qui le suivait dans la salle d'attente – d'avoir volé un collier de valeur : ... *« Le médecin ne peut pas communiquer ce nom à la gendarmerie, mais il en serait autrement si l'affaire était confiée à un juge d'instruction... ».*

53. Notons encore les **nuances** apportées par le Conseil national de l'Ordre des médecins, selon que le patient est emmené à l'hôpital en suite d'un accident qui **survient sur la voie publique et qui nécessite l'intervention du service 100** ou que le patient est transporté autrement que par le service 100 en tant que service public. Dans le premier cas, il a été admis que lorsque le patient est conscient et capable d'exprimer valablement sa volonté, le médecin peut, avec l'autorisation du patient, donner une description générale des lésions et une évaluation de la gravité. Lorsque le patient est incapable de donner son consentement, le médecin doit se limiter à une description générale de son état. Voir avis du 16 mars 1991, *B.O.*, n° 52, p. 34. Voir aussi sur la question : Chr. HENNAU et G. BOURDOUX, *o. c.*, pp. 128-129 et 138-139.

54. H. NIJS, *o.c.*, p. 362.

55. Voir avis du 16 mars 1991, *B.O.*, n° 52, p. 34.

Partant du fondement même du secret professionnel, les professionnels de la santé **ne peuvent dénoncer d'initiative les faits**, même délictueux, dont ils auraient eu connaissance dans l'exercice de leur profession [56] (sauf état de nécessité, *cf. infra*).

B. – La maltraitance des mineurs

En présence de **mineurs maltraités** et incapables de veiller personnellement à leur protection, le professionnel de la santé peut se prévaloir de la levée du secret – en dehors de l'hypothèse du témoignage en justice –, dans diverses circonstances précises, là où il s'agit d'aider le mineur « réellement » en danger.

A cet égard, l'on ne peut manquer d'attirer l'attention sur la « cause de justification » de la violation du secret mentionnée dans le nouvel article 458 bis du Code pénal (loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs) :

« Toute personne qui, par état ou par profession, est dépositaire de secrets et a de ce fait connaissance d'une infraction prévue aux articles 372 à 377, 392 à 394, 396 à 405 ter, 409, 423, 425 et 426, qui a été commise sur un mineur, peut, sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422 bis, en informer le Procureur du Roi, à condition qu'elle ait examiné la victime ou recueilli les confidences de celle-ci, qu'il existe un danger grave et imminent pour l'intégrité mentale ou physique de l'intéressé et qu'elle ne soit pas en mesure, elle-même ou avec l'aide de tiers, de protéger cette intégrité. »

La problématique du comportement du confident face à l'enfance maltraitée est particulièrement délicate et ne saurait faire l'objet d'un résumé en quelques mots. Nous nous limiterons à poser les questions graves

56. L'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1965 rappelle ainsi que les dispositions relatives à l'obligation de dénonciation pour les citoyens belges ne peuvent l'emporter sur la règle - et ses limites légales - du secret professionnel libellée à l'article 458 du Code pénal.
Notons **toutefois** que l'arrêt de la Cour de cassation du 9 février 1988 prévoit : « Si l'article 458 du C.P. interdit au médecin de divulguer des faits couverts par le secret professionnel qui peut donner lieu à des poursuites pénales, cette interdiction ne saurait être étendue à des faits **dont le patient a été victime** ». De cet arrêt, différents auteurs tirent la conclusion que moyennant l'accord ou la demande explicite du patient, le professionnel pourrait dénoncer des faits répréhensibles dont ledit patient aurait été victime, cf. C. HENNAU et G. BOURDOUX, *op.cit.*

que suscite ce nouvel article, estimant – avec d'autres – [57] qu'en voulant «légaliser la jurisprudence actuelle afin de renforcer la sécurité juridique en la matière » [58], le législateur a pris des risques.

Ainsi, eu égard à la notion d'état de nécessité et à l'article 422 bis relatif à la non assistance à personne en danger [59], le praticien ne trouvait-il déjà pas un fondement à la levée du secret dans les cas où il n'y avait pas/plus d'autres moyens d'aider effectivement la personne menacée ? Ce nouvel article 458 bis du Code pénal était-il vraiment utile et nécessaire ? Dans ce contexte, le praticien ne risque-t-il pas de perdre de vue le repère déontologique du secret ? [60]

Par ailleurs, le praticien prendra-t-il suffisamment la peine de tenter lui-même la prise en charge de la maltraitance et/ou de s'adresser à des « centres relais » voués à l'écoute de l'enfant maltraité, sachant que l'intervention de la justice (procureur du Roi) – particulièrement dans les problèmes intra-familiaux – « peut provoquer plus de problèmes que d'en résoudre » ?

Enfin, ce qui est le plus grave, eu égard à la parution de ce « nouvel » article, l'efficacité thérapeutique n'est-elle pas en danger ? Les parents perturbés oseront-ils entreprendre une thérapie s'ils se sentent moins protégés par le secret ? Les parents maltraitant oseront-ils amener leur enfant blessé dans un service d'urgence ou dévoiler des faits capitaux pour soigner l'enfant en ayant peur d'être « dénoncés » et en manque de confiance ?... Telles sont bien les questions qui se posent.

C. – L'état de nécessité

En dehors des situations prévues ci-dessus, un professionnel de la santé ne pourra divulguer un fait couvert par le secret médical (à l'égard d'autorités ou non) qu'en cas **d'état de nécessité**, là où un péril grave et imminent est en cause : pour préserver un intérêt supérieur, telle que la sauvegarde de la vie d'une personne actuellement menacée, le professionnel de la santé enfreindra « légitimement » la loi pénale. La dénonciation ne pourra cependant se faire que dans les limites du strict nécessaire, de l'utilité et de la proportionnalité entre l'intérêt à sauvegarder et la violation du secret professionnel [61].

L'on ne pourrait qu'encourager le praticien à l'extrême prudence lors de l'appréciation de telles situations [62], aux fins de résister à des motivations, si nobles soient-elles, comme la sécurité publique ou l'ordre public.

---

57. Voir à ce propos : I. WATTIER, « La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs », *J.T.* 2001, pp. 433 et s., relatant des avis partagés à l'égard de l'article concerné : « Les réserves émises à l'encontre d'une modification législative reposent tant sur des considérations juridiques que des considérations d'ordre éthique, psychologique, déontologique ou pratique » (cf. notamment les auditions menées au Parlement à ce propos, notamment celle de Me N. COLETTE-BASECQZ et de Me M. HIRSCH, ainsi que l'exposé de cette dernière lors du colloque des 8 et 9 novembre 2001 sur le secret professionnel (fac. de droit de Namur), La Charte, à paraître).

58. Probablement en partie en raison du contexte des affaires « Dutroux et consorts ».

59. L'article 422 bis du Code pénal implique que le confident « doit » effectuer « tout ce qui est en son pouvoir » en vue d'écarter une personne d'un péril grave. Dans certaines circonstances de fait - finalement identiques à celles de l'état de nécessité -, cela peut impliquer, pour le confident, une levée du secret professionnel quand il n'y a pas ou plus d'autres moyens pour aider effectivement la personne concernée. La peine prévue à l'alinéa 1 de l'article est plus lourde lorsque la personne exposée à un péril grave est mineure d'âge.

60. Par ailleurs, même si **l'article 2 du décret du 16 mars 1998 de la communauté française sur l'aide aux enfants victimes de maltraitance** (prévoyant une « obligation » d'information dans le chef de l' « intervenant » à des services particuliers et dans des circonstances délimitées) entend ne pas primer sur la règle du secret, l'on sait que ledit décret a lui-même déjà créé la confusion auprès des professionnels quant au comportement à adopter face à la maltraitance des mineurs, certains s'étant senti « obligés » d'informer les services concernés (cf. audition de Mr MARTENS (psychologue) au Parlement, à propos du nouvel article 458 bis du Code pénal).

61. Voir à cet égard : Cass., 13 mai 1987 ; Liège (ch. mise en acc.), 22 janv. 1987 ; Corr. Charleroi, 25 mars 1997 ; Mons (ch. mise en acc.), 22 nov. 1996 ; tous cités dans *Le Journal du médecin*, 23 juin 2000, p. 24.

62. La publication relativement récente d'une décision de la Cour suprême du Canada apporte quelques repères dans le cadre de l'appréciation des situations d'état de nécessité : une personne ou un groupe de personnes ***« identifiable »*** doit être exposé à un danger ; ***le danger*** doit être tel qu'il expose cette personne ou ce groupe de personnes à des ***blessures graves ou la mort*** ; ce danger doit être ***imminent*** ... Voir : S. ROUSSEL et P. LANDRY, *JT*, 1999, pp. 696 et 697.

Ces critères pourraient-ils par exemple guider le praticien dans le comportement à adopter à l'égard d'un patient atteint du virus HIV qui n'avertirait pas son/ses conjoints, en dépit des demandes du thérapeute ?

Que penser, à cet égard, de l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins à propos du comportement à adopter vis-à-vis de patients qui ne rencontrent pas les critères médicaux d'aptitude à la conduite et qui continuent à conduire – malgré l'information qui leur a été donnée de l'obligation de rendre leur permis – ? : *« Si vous estimez en conscience que cette personne est susceptible de provoquer des accidents avec toutes les conséquences graves pour elle-même ou pour des tiers, cet « état de nécessité » peut justifier que vous communiquiez au Procureur du Roi vos doutes quant à la capacité de conduire de cette personne »*, 21 mars 1992, *B.O.*, n° 56, p. 38 ; 20 mai 1999, *B.O.* n° 85, p.23. Voir aussi dans ce contexte : *« Il s'impose de souligner tout d'abord qu'il appartient au médecin traitant de juger du caractère inquiétant ou non d'une disparition (en l'occurrence d'un patient dans un centre psychiatrique) et de la nécessité de le signaler à la gendarmerie. Inquiétant veut dire qu'à l'estime du médecin, le patient est dans un état mettant sérieusement en danger sa santé et sa sécurité et/ou constituant une menace grave pour la vie ou l'intégrité d'autrui »*, *B.O.*, n° 81, p. 13.

Des appréciations hâtives et « assouplies » – dont on peut se demander si certains n'en ont pas usé [63] – provoqueraient une précarité du secret.

L'accès aux soins, rappelons le, en est l'enjeu ...

63. Rappelons l'analyse de Chr. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *J.T.*, 1988, p. 165, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 13 mai 1987 (*J.L.M.B.* 1987, p.1165) relatif à un médecin interrogé par la gendarmerie et ayant accepté de fournir des indications en vue de faciliter la découverte et l'arrestation de malfaiteurs : *« L'assimilation automatique et hâtive au mal grave et imminent pour autrui du danger général que constitue pour la société tout délai mis à l'arrestation de repris de justice peut-être dangereux, ne va pas sans nous rappeler la formule célèbre mais risquée de ce magistrat français revendiquant pour la police le droit de se considérer vis-à-vis de certains individus en état de légitime défense permanente justifiant par avance le recours aux moyens radicaux légalement réservés aux nécessités actuelles de la défense »*...Par ailleurs, même si les éléments ne justifiaient pas objectivement la divulgation du secret médical, cette constatation par le juge n'entraînerait pas nécessairement la condamnation du médecin eu égard à l'élément moral de l'infraction : l'agent qui se serait trompé de bonne foi serait coupable de faute et non de dol... Voyez encore à propos de l'élément moral de l'infraction un récent arrêt de la Cour d'Appel d'Anvers, T. VANSWEEVELT ayant plaidé l' « erreur invincible de droit, » *Artsenkrant*, 4 septembre 2001, pp. 20 et 21.
Voyez dans ce contexte de « pondération des intérêts » l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 25 février 1997 (affaire Z/ Finlande) ayant estimé que des ordonnances – sommant des médecins et psychiatre de la requérante (dont le mari était atteint du virus HIV et accusé d'avoir violé une femme) de témoigner – ne violaient pas l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme (concernant le droit à la vie privée et lié au secret médical) puisque les ordonnances étaient nécessaires pour la qualification des infractions, que ces ordonnances n'étaient admises que dans très peu de cas, que l'audience avait eu lieu à huis clos, que les personnes en rapport avec la procédure étaient tenues au respect de la confidentialité... (*Rev. dr. Santé*, 1997-1998, p. 314).