

Le secret médical face à la maltraitance : les dernières évolutions en la matière

Introduction

Le secret médical pose régulièrement question à nos praticiens. Les contours de ce secret ainsi que les exceptions qui se sont multipliées avec le temps restent souvent difficiles à appréhender. Le risque de se voir poursuivi devant la juridiction pénale et/ou devant les instances disciplinaires ne fait que renforcer le malaise de certains quant à l'attitude à adopter.

Les situations de maltraitance mettent particulièrement en lumière le dilemme devant lequel se trouve le praticien, obligé de choisir entre son obligation de tenir le secret et son obligation de porter assistance à une personne en danger.

Par ailleurs, les évolutions récentes de la législation et de la jurisprudence en matière de secret professionnel font apparaître des interrogations quant aux révélations du secret qui seraient ou non juridiquement admissibles.

Nous ne pourrions aborder, dans cette contribution, toutes les questions suscitées par cette problématique délicate.

Nous avons choisi d'approfondir plusieurs aspects se rapportant spécifiquement au secret professionnel applicable aux prestataires de soins de santé dans un contexte de maltraitance, ce qui englobe à la fois les situations où le patient est la victime et celles où le patient est ou peut être l'auteur d'infractions.

Nous rappellerons tout d'abord le fondement du secret médical et sa protection par le droit pénal avant d'examiner l'objet du secret médical.

Lorsque le prestataire de soins de santé est confronté à un patient mineur d'âge ou incapable d'exercer lui-même ses droits, la question se pose de savoir s'il peut ou doit révéler certaines informations couvertes par le secret à certaines personnes (parents, représentants légaux, mandataire, personne de confiance...).

Le secret partagé retiendra également notre attention, car il s'agit d'une notion susceptible de s'appliquer à des situations de maltraitance, moyennant des conditions précises.

Nous aborderons ensuite les exceptions au secret, tant légales que jurisprudentielles, et développerons davantage celles liées à un contexte de maltraitance.

Un autre aspect que nous évoquerons brièvement concerne la recevabilité de la preuve d'une infraction pénale irrégulièrement recueillie au moyen d'une violation du secret professionnel.

Enfin, nous nous pencherons sur les dispositions déontologiques qui encadrent le secret médical dans un contexte de maltraitance.

En conclusion, nous nous demanderons si les règles exposées permettent à suffisance de concilier le secret médical et la protection des personnes vulnérables.

I. Le fondement du secret médical et sa protection par le droit pénal

A. Double fondement

Afin de mieux cerner les contours du secret médical, il convient de rappeler le double fondement du secret professionnel. Il ne vise pas uniquement à protéger le droit au respect de la vie privée du patient. Au-delà de la protection des intérêts particuliers des individus, c'est aussi un objectif d'ordre général qui est poursuivi. En effet, la société tout entière doit pouvoir compter sur une assistance médicale, laquelle ne sera effective que moyennant la garantie du respect du secret par les personnes amenées à prodiguer des soins de santé¹.

B. Une conception qui n'est plus absolue

Si, à l'origine, le secret professionnel revêtait une portée absolue, il n'en est plus ainsi aujourd'hui². Il est admis que le secret doit céder lorsqu'une nécessité l'impose ou lorsqu'une valeur jugée supérieure entre en conflit avec lui³. Nous rappellerons les dérogations au secret qui ont été admises, tantôt par la loi, tantôt par la jurisprudence.

C. La violation du secret médical érigée en délit

La violation du secret professionnel a été érigée en délit par l'insertion, dans le Code pénal de 1867, d'un article 458. Celui-ci prévoyait deux exceptions légales à l'obligation au secret : le témoignage en justice et l'obligation légale de parler. Plus tard, la loi du 30 juin 1996⁴ a ajouté, dans les exceptions, le témoignage devant une commission d'enquête parlementaire.

Le législateur a cité, parmi les personnes dépositaires du secret, les médecins, chirurgiens, officiers de santé, pharmaciens, sages-femmes. Cette liste n'est pas limitative de sorte que sont également visées toutes les autres personnes dépositaires par état ou par profession des secrets qu'on leur confie. Les professionnels de la santé intervenant dans une relation de soins (médecins, infirmiers, personnel soignant et paramédical...)⁵, ainsi que leurs collaborateurs obligés (secrétaires,

1 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel : une valeur sacrifiée au nom de la lutte contre le terrorisme », in *La science pénale dans tous ses états, Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 146-147.

2 B. DEJEMEPPE, « Le secret médical : malaise et civilisation », in *La science pénale dans tous ses états, Liber amicorum Patrick Mandoux et Marc Preumont*, op. cit., pp. 181-182 ; P. LAMBERT, *Secret professionnel*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 29 ; P. LAMBERT, « Le secret médical : questions pratiques », in *Les frontières juridiques de l'activité médicale*, Liège, Éd. du jeune barreau de Liège, 1993, p. 132.

3 C. const., 3 mai 2000, n° 46/2000.

4 Loi du 30 juin 1996 modifiant la loi du 3 mai 1880 sur les enquêtes parlementaires et l'article 458 du Code pénal.

5 B. DEJEMEPPE, « Le secret médical : malaise et civilisation », op. cit., p. 183.

stagiaires, conjoints aidants...) ⁶, sont dès lors tous soumis à l'obligation, pénalement sanctionnée, de tenir le secret.

La loi du 6 juillet 2017 ⁷ a modifié sur deux points l'article 458 du Code pénal. D'une part, le législateur a explicitement ajouté, dans les exceptions au secret, les autorisations légales de parler (et non plus simplement les cas où la loi oblige à faire connaître les secrets). De plus, le législateur a envisagé les dérogations au secret en y incluant, outre celles prévues par la loi, celles résultant d'un décret ou d'une ordonnance. D'autre part, la sanction pénale a été modifiée, à la fois dans le sens d'une plus grande sévérité et d'une plus grande clémence. Alors que la peine d'emprisonnement était auparavant de huit jours à six mois et l'amende de 100 euros à 500 euros, le délit de violation du secret professionnel est à présent puni d'un emprisonnement d'un an à trois ans et/ou d'une amende de 100 euros à 1.000 euros (à multiplier par huit en raison des décimes additionnels). La nouvelle disposition est cependant plus clémente, car, désormais, l'amende peut être prononcée seule alors que, sous l'empire de l'ancienne législation, la peine principale était l'emprisonnement, laquelle était accompagnée d'une peine accessoire d'amende.

La violation du secret médical est une infraction intentionnelle qui requiert, pour être punissable, d'avoir été commise sciemment et volontairement. La preuve doit dès lors être rapportée que le praticien a divulgué, en connaissance de cause, des éléments couverts par le secret professionnel, avec la volonté ou l'acceptation de rompre le secret ⁸. Si la violation du secret résulte d'une simple négligence fautive, l'infraction n'est pas établie ⁹.

Par exemple, un médecin qui commet, de bonne foi, une erreur d'appréciation quant à un état de nécessité ou quant aux conditions d'application de l'article 458 *bis* du Code pénal, et effectue des révélations au procureur du Roi, ne peut pas être reconnu coupable d'un délit de violation du secret médical ¹⁰.

II. L'objet du secret médical

Le secret médical porte sur ce qui a été confié au professionnel de la santé ou ce qui a été constaté par celui-ci, ou encore sur ce qu'il a appris, pour autant qu'il ait eu connaissance de l'information en raison de son état ou de sa profession et à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa profession.

Les faits de maltraitance peuvent avoir été confiés par le patient à son thérapeute. Ce dernier peut aussi en avoir eu connaissance à la suite d'examens médicaux ou d'investigations auxquels il a procédé ou fait procéder. Le secret médical

englobe également les éléments couverts par le secret professionnel qui ont été divulgués par un autre praticien dans le cadre du secret partagé. Nous commenterons ultérieurement ce que recouvre cette notion de secret partagé et les conditions à respecter.

III. Le secret médical face à un patient mineur ou incapable

Face à une situation où un mineur, victime de maltraitance dans un contexte familial, scolaire, sportif ou autre, viendrait consulter seul un professionnel de la santé, ce dernier est-il tenu par le secret professionnel vis-à-vis des parents du mineur lorsque ce dernier exige la confidentialité ? Qu'en est-il du secret lorsque le patient est incapable (de droit ou de fait) d'exercer ses droits ? La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient ¹¹ permet d'apporter des réponses à ces questions.

L'article 10 est directement en lien avec le secret médical. Il dispose que :

« § 1^{er}. Le patient a droit à la protection de sa vie privée lors de toute intervention du praticien professionnel, notamment en ce qui concerne les informations liées à sa santé. Le patient a droit au respect de son intimité. Sauf accord du patient, seules les personnes dont la présence est justifiée dans le cadre de services dispensés par un praticien professionnel peuvent assister aux soins, examens et traitements.

§ 2. Aucune ingérence n'est autorisée dans l'exercice de ce droit sauf si cela est prévu par la loi et est nécessaire pour la protection de la santé publique ou pour la protection des droits et des libertés de tiers ».

Si le patient est capable d'exercer lui-même ses droits, les informations médicales ne peuvent être communiquées qu'au patient. La désignation d'une personne de confiance par le patient permet au soignant de communiquer des informations médicales aux proches de celui-ci ¹².

En vertu de l'article 12 de la loi du 22 août 2002, si le praticien estime que le mineur dispose de la maturité suffisante et est apte à apprécier raisonnablement ses intérêts, il ne peut effectuer des révélations aux parents qu'avec l'accord de celui-ci. Dans le cas contraire, le mineur n'a pas la capacité de consentir seul aux actes médicaux qui le concernent. À défaut de majorité médicale, les parents sont, dès lors, seuls compétents pour prendre les décisions dans l'intérêt de leur enfant mineur ¹³, en application de l'exercice de leur autorité

6 Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation ? », *Louvain Méd.*, 1998, p. 171.

7 Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017.

8 Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par J. FORGEUR, *Législation criminelle de la Belgique*, t. III, Bruxelles, Bruylant, 1868, p. 397.

9 A. DE NAUW et F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, Liège, Kluwer, 2018, p. 713.

10 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel : une valeur sacrifiée au nom de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 156.

11 *M.B.*, 26 septembre 2002.

12 Concernant la communication avec les proches du patient, voy. G. MATHIEU et C. ROMMELAERE, *Le secret professionnel. Guide à l'usage des soignants*, Namur, Les éditions namuroises, 2017, pp. 98-107 ; B. DEJEMEPPE, « Le secret médical et la justice », in *À la découverte de la justice pénale. Paroles de juristes*, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 256.

13 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », in *Les infractions*, vol. 5 « Les infractions contre l'ordre public », Bruxelles, Larcier, 2013, p. 721.

parentale¹⁴. Il en résulte qu'en dehors d'une situation d'urgence, si un acte médical doit être posé, les parents doivent être préalablement consultés afin de donner un consentement libre et éclairé. Cela étant, comme l'indique à raison Gilles Genicot, « [à] l'évidence, le médecin tentera d'abord de convaincre le mineur d'informer lui-même ses parents ou de l'autoriser à le faire »¹⁵. Nous sommes d'avis que le droit éminemment personnel au respect de la vie privée du mineur doit être respecté à l'égard de celui-ci. Selon nous, en dehors des exceptions légales autorisant la levée du secret (comme des menaces graves et imminentes à la vie ou l'intégrité physique du mineur pouvant constituer un état de nécessité¹⁶), le médecin est tenu de garder le secret, même à l'égard des parents du mineur¹⁷.

Qu'en est-il de l'obligation au secret lorsqu'il s'agit de patients majeurs incapables en fait d'exercer leurs droits ?

La loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient a insisté sur la primauté de la capacité de fait, ce qui signifie que le patient, mis sous statut d'incapacité juridique, mais estimé apte, dans les faits, à apprécier ses intérêts, peut se confier à son thérapeute sans crainte de révélation auprès des représentants légaux. Par ailleurs, le législateur a prévu un régime de représentation en cascade pour le cas où le patient est incapable d'exprimer sa volonté¹⁸.

14 Voy. l'article 12 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, en vertu duquel :

« § 1^{er}. Si le patient est mineur, les droits fixés par la présente loi sont exercés par les parents exerçant l'autorité sur le mineur ou par son tuteur.
§ 2. Suivant son âge et sa maturité, le patient est associé à l'exercice de ses droits. Les droits énumérés dans cette loi peuvent être exercés de manière autonome par le patient mineur qui peut être estimé apte à apprécier raisonnablement ses intérêts ».

15 G. GENICOT, *Droit médical et biomédical*, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 247.

16 B. DEJEMPEPE, « Le secret médical et la justice », *op. cit.*, p. 256.

17 Y.-H. LELEU et S. DELVAL, « Autorité parentale et actes médicaux », *J.D.J.*, 2002, n° 214, p. 23 ; N. COLETTE-BASECQZ, S. DEMARS et M.-N. VERHAEGEN, « L'enfant mineur d'âge dans le contexte de l'activité médicale », *Rev. dr. santé*, 1997-1998, p. 181.

18 Voy. l'article 14 de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient, en vertu duquel :

« § 1^{er}. Les droits d'une personne majeure inscrits dans la présente loi sont exercés par la personne même, pour autant qu'elle soit capable d'exprimer sa volonté pour ce faire.

Ces droits sont cependant exercés par une personne que le patient a préalablement désignée pour se substituer à lui, pour autant et aussi longtemps qu'il n'est pas en mesure d'exercer ses droits lui-même.

La désignation de la personne visée à l'alinéa 2 s'effectue par un mandat écrit spécifique, daté et signé par cette personne ainsi que par le patient, mandat par lequel cette personne marque son consentement. Ce mandat peut être révoqué par le patient ou par le mandataire désigné par lui par un écrit daté et signé.

§ 2. Si le patient n'a pas désigné de mandataire ou si le mandataire désigné par le patient n'intervient pas, les droits établis par la présente loi sont exercés par l'administrateur de la personne, [désigné par le juge de paix pour le faire, conformément à l'article 492/1, § 1^{er}, alinéa 4.] du Code civil, pour autant et aussi longtemps que la personne protégée n'est pas en mesure d'exercer ses droits elle-même.

§ 3. Si aucun administrateur n'est habilité à représenter le patient en vertu du § 2, les droits établis par la présente loi sont exercés par l'époux cohabitant, le partenaire cohabitant légal ou le partenaire cohabitant de fait.

Si la personne qui peut intervenir en vertu de l'alinéa 1^{er} ne souhaite pas intervenir ou si elle fait défaut, les droits sont exercés, en ordre successif, par un enfant majeur, un parent, un frère ou une sœur majeurs du patient. Si la personne qui peut intervenir en vertu de l'alinéa 2 ne souhaite pas

La loi du 22 août 2002 contient par ailleurs des dispositions spécifiques concernant l'accès au dossier médical.

L'article 9 prévoit que le patient peut se faire assister par une personne de confiance désignée par lui ou exercer son droit de consultation du dossier par l'entremise de celle-ci. La personne de confiance n'a cependant aucun pouvoir décisionnel, n'étant pas le représentant du patient.

En vertu de l'article 15, en vue de la protection de la vie privée du patient, le praticien peut rejeter la demande d'accès au dossier médical émanant des parents d'un mineur ou d'un représentant d'un majeur incapable (mandataire, administrateur de la personne désigné par le juge de paix ou représentant légal de la personne incapable de fait). Dans ce cas, le droit de consultation ou de copie est exercé par le praticien professionnel désigné par le mandataire.

En cas de maltraitance d'une personne vulnérable (mineure ou incapable majeure), si le soignant suspecte les parents ou représentants légaux de l'incapable d'être à l'origine de la maltraitance, il se gardera de leur communiquer certaines informations¹⁹. Nous verrons ultérieurement que, si les conditions de l'article 458bis du Code pénal sont réunies, il sera autorisé à effectuer des révélations au procureur du Roi. Il pourrait aussi justifier une violation du secret professionnel en cas d'état de nécessité et moyennant des conditions précises que nous examinerons par la suite.

IV. Le secret partagé

Les soins de santé s'organisent de plus en plus selon le modèle d'un travail en réseau²⁰, particulièrement dans un cadre hospitalier. Ce contexte donne lieu à un partage d'informations au sein des différentes équipes.

Il est important de rappeler en quoi consiste le secret partagé ainsi que les conditions qui l'encadrent.

Le secret partagé est une notion rencontrée dans la doctrine et la jurisprudence²¹ qui ne fait l'objet d'aucune disposition

intervenir ou si elle fait défaut, c'est le praticien professionnel concerné, le cas échéant dans le cadre d'une concertation pluridisciplinaire, qui veille aux intérêts du patient. Il en va de même en cas de conflit entre deux ou plusieurs personnes pouvant intervenir en vertu du § 2 ou des alinéas 1^{er} et 2.

§ 4. Le patient est associé à l'exercice de ses droits autant qu'il est possible et compte tenu de sa capacité de compréhension.

§ 5. Le droit de plainte visé à l'article 11 peut, par dérogation aux §§ 1^{er}, 2 et 3, être exercé par les personnes visées à ces paragraphes, désignées par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, sans devoir respecter l'ordre prévu ».

19 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, p. 721.

20 *Ibid.*, p. 715.

21 Cass., 3 septembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 231, obs. I. DIERICKX, « Hoe geheim moet een geheim zijn om beschermd te worden door artikel 458 Sw.? » ; P. LAMBERT, *Secret professionnel, op. cit.*, pp. 142-146 ; I. VAN DER STRAETE et J. PUT, « Het gedeeld beroepsgeheim en het gezamenlijk beroepsgeheim – Halve smart of dubbel leed? », *R.W.*, 2004-2005, pp. 41-59 ; L. NOUWYNCKX, « La position des différents intervenants psycho-médico-sociaux face au secret professionnel dans le travail avec les justiciables », http://www.comitede-vigilance.be/IMG/pdf/SECRET_PROF_PSYCHOSOC_EXPOSE_REV_2008.pdf, pp. 18 et s. ; L. NOUWYNCKX, « Le secret professionnel et ses implications sur l'utilisation de rapports d'expertise, d'enquêtes sociales, d'études sociales et de rapports de guidance sociale dans des pro-

légale spécifique. Tenant compte du besoin de travailler en équipe et de la nécessité corrélative d'un échange entre praticiens²², le secret partagé permet d'assurer une prise en charge cohérente et efficace de la personne faisant l'objet de l'intervention. Le partage de faits couverts par le secret est toutefois soumis à plusieurs conditions²³. Tout d'abord, les personnes à qui le secret est révélé doivent être tenues également au secret professionnel. Les personnes qui partagent le secret doivent collaborer à une mission commune. En outre, la personne qui s'est confiée doit être préalablement informée de ce qui va faire l'objet du partage du secret et des personnes envers lesquelles le partage va avoir lieu ; elle doit marquer son accord sur le partage dont elle a été informée. Enfin, les informations partagées doivent se limiter à ce qui est strictement nécessaire à la réalisation de cette mission commune²⁴.

V. Les exceptions au secret

Le législateur a prévu plusieurs exceptions à la règle du secret professionnel, dont certaines sont en lien avec des situations de maltraitance. La jurisprudence a également dégagé d'autres exceptions, fondées sur l'état de nécessité et le cas du patient victime d'infraction.

A. Exceptions légales

1. Obligation ou autorisation légale de parler

Lorsqu'une loi, un décret ou une ordonnance oblige ou autorise la révélation du secret médical, il n'y a pas de violation du secret professionnel.

a. Déclarations obligatoires

À titre d'exemple, nous pouvons citer les déclarations de naissance²⁵, de maladies vénériennes²⁶...

Plus délicate est l'exception légale concernant le rapport médical circonstancié requis pour la mise en observation d'un malade mental²⁷. Nous sommes d'avis que la rédaction de ce rapport médical par le médecin traitant pourrait mettre

à mal la relation de confiance avec le patient. En effet, ce dernier a pu livrer des confidences dans un autre contexte que celui d'une éventuelle application d'une mesure de mise en observation²⁸.

b. L'article 458bis du Code pénal : l'autorisation de parler en cas de maltraitance de personnes vulnérables

Dans la foulée de l'affaire *Dutroux*, la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs²⁹ a inséré un article 458bis dans le Code pénal³⁰. Cette disposition légale a autorisé les dépositaires du secret, dans des situations de maltraitance d'enfant, à effectuer des révélations au procureur du Roi³¹.

La révélation du secret ne pouvait se faire que moyennant des conditions strictes précisées par le législateur³². Outre l'existence d'un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale du mineur, il était requis que le dépositaire ait examiné la victime ou qu'il ait recueilli ses confidences. Par ailleurs, une condition de subsidiarité était également applicable, exigeant que le dépositaire ne soit pas en mesure, seul ou avec l'aide d'autres intervenants, de protéger l'intégrité physique ou psychique du mineur³³.

Le champ d'application de cette exception légale à la règle du secret a, par la suite, été considérablement élargi. La loi du 30 novembre 2011³⁴ a étendu l'autorisation de parler aux faits dont sont victimes les personnes vulnérables³⁵. Les critères de vulnérabilité retenus par le législateur peuvent dépendre de l'âge, d'un état de grossesse, d'une maladie, d'une infirmité ou encore d'une déficience physique ou mentale. Deux nouveaux critères se sont ajoutés avec, en 2012, la prise en compte de la violence entre partenaires³⁶, et, en 2018³⁷, des actes de violence perpétrés au nom de la culture,

cédures distinctes de celles dans lesquelles ils sont établis », *Rev. dr. pén. crim.*, 2002, pp. 609-613 ; Cass., 13 mars 2012, *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 144, obs. A. DIERICKX et J. BUELENS, « Het beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie ».

22 P. DHAeyer et J. MOINIL, « Le secret de l'enquête pénale », in *Les secrets professionnels. Approche transversale*, Limal, Anthemis, 2015, p. 39 ; S. ROYER et F. VERBRUGGEN, « "Komt een terrorist met zijn advocaat bin de dokter..." Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken? », *Nullum Crimen*, 2017, p. 29.

23 M.-N. VERHAEGEN et J. HERVEG, « Quand la communication du secret médical à des tiers est mise en cause », in *Le secret professionnel*, Bruxelles, la Charte, 2002, pp. 123-124 ; T. BALTHAZAR, « Het gedeeld beroepsgeheim is geen uitgesmeerd beroepsgeheim », *Rev. dr. santé*, 2004-2005, p. 145 ; A. DIERICKX et J. BUELENS, « Het beroepsgeheim erkend door het Hof van Cassatie », *Rev. dr. santé*, 2012-2013, p. 150 (selon ces auteurs, il serait suffisant de tenir au courant le maître du secret).

24 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, pp. 715-716.

25 La non-exécution de cette obligation est pénalement sanctionnée (art. 361 C. pén.).

26 Art. 1^{er} de l'arrêté royal du 24 janvier 1945 relatif à la prophylaxie des maladies vénériennes.

27 Art. 5, § 2, de la loi du 26 juin 1990 relative à la protection de la personne des malades mentaux.

28 N. COLETTE-BASECQZ et F. REUSENS, « La mise en observation et la défense sociale », in *À la découverte de la justice pénale. Paroles de juristes*, *op. cit.*, pp. 419-422.

29 *M.B.*, 17 mars 2001.

30 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée », *Ann. Dr. Louvain*, 2002, p. 30.

31 N. COLETTE-BASECQZ, « La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant. La justification par l'autorisation de l'article 458bis du Code pénal ou par l'état de nécessité », *Rev. dr. santé*, 2009-2010, pp. 22-27.

32 Voy. M. HIRSCH et N. KUMPS, « Secret professionnel et violence à l'égard des mineurs », in *Le secret professionnel*, *op. cit.*, pp. 240-246.

33 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée », *op. cit.*, pp. 26-27.

34 Loi du 30 novembre 2011 modifiant la législation en ce qui concerne l'amélioration de l'approche des abus sexuels et des faits de pédophilie dans une relation d'autorité, *M.B.*, 20 janvier 2012. Cette loi traduit certaines des recommandations de la « Commission spéciale relative au traitement d'abus sexuels et de faits de pédophilie dans une relation d'autorité en particulier au sein de l'Église ». Voy. Ch. GUILLAIN, O. NEDERLANDT, P. DERESTIAT, F. VANSILLETTE et Y. CARTUYVELS, *Chronique de droit pénal (2011-2016)*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 18.

35 N. COLETTE-BASECQZ, « La protection pénale des personnes vulnérables dans l'environnement numérique », in *Vulnérabilités et droits dans l'environnement numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 143-145.

36 Cette hypothèse a été ajoutée par la loi du 23 février 2012 modifiant l'article 458bis du Code pénal en vue d'étendre celui-ci aux délits de violence domestique, *M.B.*, 26 mars 2012.

37 Loi du 18 juin 2018 relative à la lutte contre les actes de violence perpétrés au nom de la culture, de la coutume, de la religion, de la tradition ou du préjudice « honneur », y compris les mutilations génitales, *M.B.*, 27 septembre 2018.

de la coutume, de la religion, de la tradition ou du prétendu « honneur ».

Si le médecin pouvait aisément savoir s'il était face à une maltraitance de mineurs d'âge, en revanche, la détermination du caractère vulnérable de la personne maltraitée pouvait s'avérer plus délicate. Selon la Cour constitutionnelle³⁸, il ne peut être considéré, au regard du principe de légalité, que l'expression « vulnérable » est à ce point vague qu'elle ne permettrait pas au dépositaire du secret professionnel de déterminer si le comportement qu'il se propose d'adopter est susceptible d'engager sa responsabilité pénale. Cela étant, les praticiens pourraient éprouver des difficultés à déceler, avec une certitude suffisante, cette vulnérabilité³⁹. L'enjeu est cependant crucial. En effet, en fonction de la qualité de la victime, la révélation du secret sera ou non légalement autorisée⁴⁰.

Par ailleurs, au fil des réformes, la liste des infractions pouvant justifier une divulgation du secret⁴¹ n'a cessé de s'allonger. Les infractions peuvent consister en des faits de voyeurisme, d'attentat à la pudeur, de viol, de *grooming*, de corruption de la jeunesse, de prostitution, de pédopornographie, d'homicide et de lésions corporelles volontaires, de mutilation des organes génitaux féminins, de délaissement ou d'abandon d'enfants ou de personnes vulnérables, de privation d'aliments et de soins, de traite des êtres humains.

Les conditions requises pour être autorisé à violer le secret professionnel ont par ailleurs été assouplies à la suite de la loi du 30 novembre 2011. Il n'est désormais plus requis que le professionnel ait examiné préalablement la victime ou ait reçu directement ses confidences. Outre la condition de l'existence d'un danger grave et imminent pour l'intégrité physique ou mentale, maintenue lorsqu'il s'agit d'un danger qui concerne le mineur ou la personne vulnérable pour laquelle le dépositaire intervient, l'autorisation de dénonciation au procureur du Roi s'applique aussi s'il existe des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres mineurs ou personnes vulnérables soient victimes des mêmes faits. La condition de subsidiarité est, quant à elle, toujours d'application, exigeant que le dépositaire ne soit pas en mesure,

seul ou avec l'aide de tiers, de protéger l'intégrité physique ou mentale du mineur ou de la personne vulnérable, ou des autres victimes potentielles.

Cette extension du droit de parole⁴² pourrait porter dange-reusement atteinte à l'essence même du secret professionnel si le praticien décide de rompre le secret dès qu'il est face à une simple suspicion d'un danger sérieux et réel pour d'autres potentielles futures victimes ne reposant pas sur des éléments solides⁴³. Il ne sera pas toujours aisé pour les professionnels de la santé de discerner avec précision les situations les autorisant à rompre leur secret. De simples rumeurs ne pourraient en aucun cas suffire⁴⁴.

Les termes « sans préjudice des obligations que lui impose l'article 422bis », figurant à l'article 458bis du Code pénal, rappellent que le dépositaire du secret qui n'use pas de son droit de parole pourrait se rendre coupable de non-assistance à personne en danger (pour autant que tous les éléments constitutifs de ce délit soient réunis)⁴⁵.

Lorsqu'un professionnel de la santé, pensant de bonne foi être autorisé à violer le secret sur la base de l'article 458bis du Code pénal, ne répond toutefois pas aux conditions de cette disposition légale, ses révélations pourraient tout de même être justifiées par l'état de nécessité moyennant la réunion des conditions requises, que nous rappellerons ultérieurement⁴⁶.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mars 2021⁴⁷, qui a déjà suscité la critique⁴⁸, a estimé, en se basant, à tort selon nous, sur les travaux préparatoires, que l'article 458bis du Code pénal ne trouvait à s'appliquer pour justifier une déro-

38 C. const., 26 septembre 2013, n° 127/2013, *J.T.*, 2013, p. 682, *J.T.*, 2014, p. 136, obs. L.-L. CHRISTIANS, « Le secret, l'avocat et le prêtre face au nouvel article 458bis du Code pénal », *J.L.M.B.*, 2013, p. 2025, obs. G. GENICOT et E. LANGENAKEN, « L'avocat, le confident, la victime, l'article 458bis du code pénal et la Cour constitutionnelle », *NjW*, 2014, p. 211, *Juristenkrant*, 2013, n° 276, p. 1, obs. E. BREWAEYS, « Grondwettelijk Hof waarborgt beroepsgeheim advocaat » ; S. ROYER et F. VERBRUGGEN, « "Komt een terrorist met zijn advocaat bin de dokter..." ». Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken? », *op. cit.*, p. 39 ; C. const., 5 décembre 2013, n° 163/2013, www.const-court.be.

39 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret médical en pleine tempête », *Rev. dr. santé*, 2013-2014, p. 285.

40 *Ibid.*, pp. 284-287.

41 Les infractions visées sont celles aux articles 371/1 à 377, 377quater, 379, 380, 383bis, §§ 1^{er} et 2, 392 à 394, 396 à 405ter, 409, 423, 425, 426 et 433quinquies. La liste a été complétée par la loi du 10 avril 2014 relative à la protection des mineurs contre la sollicitation à des fins de perpétration d'infractions à caractère sexuel (*M.B.*, 30 avril 2014), la loi du 1^{er} février 2016 modifiant diverses dispositions en ce qui concerne l'attentat à la pudeur et le voyeurisme (*M.B.*, 19 février 2016) et la loi du 31 mai 2016 complétant la mise en œuvre des obligations européennes en matière d'exploitation sexuelle des enfants, de pédopornographie, de traite des êtres humains et d'aide à l'entrée, au transit et au séjour irréguliers (*M.B.*, 8 juin 2016).

42 En ce sens, voy. aussi : S. ROYER et F. VERBRUGGEN, « "Komt een terrorist met zijn advocaat bin de dokter..." ». Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken? », *op. cit.*, p. 37.

43 G. GENICOT, « L'article 458bis nouveau du code pénal : le secret médical dans la tourmente », *J.T.*, 2018, p. 718 ; A. DE NAUW et F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 706.

44 *Doc. parl.*, Ch. repr., 1998-1999, n° 1907/7, p. 45.

45 J. DU JARDIN, « La connaissance du péril grave qui fait naître l'obligation de porter secours », obs. sous Cass., 1^{er} février 2012, *R.D.P.C.*, 2012, p. 703 ; I. DE LA SERNA, « Les abstentions coupables », in *Les infractions*, vol. 2 « Les infractions contre les personnes », Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 547-573 ; S. ROYER et F. VERBRUGGEN, « "Komt een terrorist met zijn advocaat bin de dokter..." ». Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken? », *op. cit.*, pp. 41-44.

46 Mons, 19 novembre 2008, *Rev. dr. santé*, 2009-2010, p. 19, obs. N. COLETTE-BASECQZ, « La violation du secret professionnel dans une situation de maltraitance d'enfant. La justification par l'autorisation de l'article 458bis du Code pénal ou par l'état de nécessité ». Dans cette cause, la cour d'appel de Mons a rappelé que, dès lors que le médecin qui informe le procureur du Roi n'a pas examiné le mineur, mais a eu connaissance de la maltraitance par l'un de ses confrères, il ne peut se prévaloir de l'article 458bis pour justifier la violation du secret professionnel. La cour d'appel a toutefois reconnu au médecin le bénéfice de l'état de nécessité, considérant que la sauvegarde de l'intégrité physique et mentale d'un enfant dont la vie était en danger était supérieure au principe du respect du secret médical qui a par ailleurs également pour but de protéger le patient. Voy. aussi G. GENICOT, « L'article 458bis nouveau du code pénal : le secret médical dans la tourmente », *op. cit.*, p. 720.

47 Cass., 26 mars 2021, R.G. n° D.18.0015.N, *Rev. dr. santé*, 2021-2022, p. 41, note Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur ».

48 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », note sous Cass., 26 mars 2021, R.G. n° D.18.0015.N, *Rev. dr. santé*, 2021-2022, pp. 42-51.

gation au secret que pour autant que le soignant ait été en contact à la fois avec l'auteur et avec la victime. Pour la Cour de cassation, si le praticien intervient uniquement comme thérapeute de la victime, le secret professionnel ne s'applique pas à cette situation du patient victime.

Le pourvoi était dirigé contre une décision rendue par la Chambre de recours de la Commission des psychologues en date du 20 septembre 2018. À l'origine, la demanderesse en cassation avait été convoquée devant le conseil de discipline de la Commission des psychologues à la suite d'une plainte déposée à son encontre pour la violation de plusieurs dispositions du Code de déontologie des psychologues. Cette plainte avait été introduite à la suite de l'interpellation du procureur du Roi par le praticien, lequel soupçonnait que l'un de ses patients, âgé de quatre ans, fasse l'objet d'abus sexuels de la part de son père. Les parents étaient divorcés et l'enfant était soigné par le praticien à l'initiative de sa mère.

Dans la décision attaquée, la Chambre de recours de la Commission des psychologues a décidé que la demanderesse en cassation était tenue au secret professionnel, lequel s'étendait à tout ce qu'elle avait appris dans le cadre de sa profession et quant aux faits dont son patient aurait été victime. La Chambre de recours a décidé que la demanderesse en cassation ne pouvait déroger au secret professionnel sur la base de l'article 458*bis* du Code pénal, dans la mesure où les conditions de son application n'étaient pas réunies. L'instance disciplinaire avait relevé l'absence de danger soudain et imminent (le prétendu abus durant depuis longtemps) et le fait qu'aucune solution alternative n'avait été recherchée pour protéger l'intégrité physique de l'enfant. La psychologue a, en conséquence, été condamnée à une suspension de six mois pour violation du secret professionnel.

Dans son arrêt, la Cour de cassation, après avoir rappelé les règles déontologiques propres aux psychologues ainsi que l'article 458 du Code pénal, va indiquer que, même si l'article 458 du Code pénal interdit, en principe, au prestataire de soins de divulguer les faits couverts par le secret professionnel susceptibles d'entraîner des poursuites pénales à l'encontre de son patient, cette interdiction ne s'applique pas aux faits dont le patient a été victime si le praticien n'a été en contact qu'avec cette victime (en l'espèce, il n'y avait pas eu de contact entre la psychologue et le père de l'enfant).

Quant à l'autorisation prévue à l'article 458*bis* du Code pénal en vue de la protection des personnes vulnérables, la Cour va préciser que, selon les travaux parlementaires, cet article ne s'applique que dans l'hypothèse où le praticien a eu des contacts tant avec le suspect qu'avec la victime de l'infraction. Cette affirmation a pour conséquence que l'article 458*bis* du Code pénal ne trouve pas à s'appliquer selon la Cour si le prestataire de soins n'a eu des contacts qu'avec la victime de l'infraction.

En exigeant, pour que le praticien puisse avertir le procureur du Roi, que celui-ci ait eu des contacts préalables tant avec la victime qu'avec l'auteur de l'infraction soupçonnée, la Cour de cassation va ajouter une condition supplémentaire à l'exception prévue à l'article 458*bis* du Code pénal.

Par ailleurs, à suivre cet arrêt, le thérapeute qui effectuerait des révélations pour protéger une personne vulnérable qui ne serait pas son patient et avec laquelle il n'aurait pas été en contact ne rentrerait pas dans la dérogation au secret prévue à

l'article 458*bis* du Code pénal, alors que le texte ne comporte nullement une telle exclusion.

De plus, il est curieux que la Cour de cassation se soit référée aux travaux préparatoires pour affirmer que l'article 458*bis* du Code pénal s'applique uniquement dans le cas où le soignant a été en contact à la fois avec l'auteur et avec la victime d'une infraction. La lecture de ces travaux préparatoires ne semble pas permettre une telle affirmation⁴⁹. En effet, le thérapeute peut avoir eu connaissance de la situation de maltraitance par l'auteur, par la victime ou encore par des tiers⁵⁰.

Nous reviendrons ultérieurement sur l'avis du Conseil national de l'Ordre des médecins sur cette évolution de la jurisprudence.

c. L'article 458ter du Code pénal : l'autorisation de parler dans le cadre d'une concertation de cas

L'article 458*ter* du Code pénal, introduit par la loi du 6 juillet 2017⁵¹, a ajouté une nouvelle exception légale au secret dans le cadre d'une concertation organisée par une loi, un décret ou une ordonnance ou moyennant l'autorisation motivée du procureur du Roi⁵².

Ces concertations de cas, qui n'ont pas été définies dans le texte de la loi, peuvent notamment viser des situations de maltraitance faisant craindre une menace pour les personnes⁵³ et pour lesquelles il convient d'échanger des informations en vue de réagir rapidement et de la manière la plus appropriée. Une nouvelle autorisation légale de violer le secret professionnel a été prévue dans ce cas.

Il est requis pour la mise en œuvre de cette disposition que, pour chaque concertation, la loi⁵⁴, le décret, l'ordonnance ou l'autorisation motivée du procureur du Roi⁵⁵ déterminent la finalité de cette concertation, qui peut y participer et les modalités selon lesquelles elle est organisée.

Les concertations de cas peuvent réunir des acteurs venant d'horizons divers qui poursuivent des objectifs distincts. Il pourrait s'agir, par exemple, du parquet, des services de police, des médecins et des travailleurs sociaux.

Le législateur a admis trois finalités pour la concertation de cas. Outre la protection de l'intégrité physique et psychique

49 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », *op. cit.*, pp. 45-56.

50 *Doc. parl.*, Ch. repr., 2010-2011, n° 53-1639/003, pp. 16 et 18.

51 *M.B.*, 24 juillet 2017.

52 Voy. Commission enfance et jeunesse de la Ligue des droits humains, « Concertation, secret professionnel et secret professionnel partagé. Et si vous étiez, vous aussi, invité à une CSIL-R ? », *J.D.J.*, 2021, n° 405, pp. 3-7.

53 B. DEJEMEPPE, « De l'article 458 à l'article 458*ter* du Code pénal : le secret professionnel plus si secret que ça ! », *op. cit.*, p. 26.

54 Le recours en annulation de l'article 5 de la loi du 30 juillet 2018 « portant création de cellules de sécurité intégrale locales en matière de radicalisme, d'extrémisme et de terrorisme » a été rejeté par la Cour constitutionnelle (C. const., 1^{er} avril 2021, n° 52/2021).

55 N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « L'article 458*ter* du Code pénal : la concertation de cas et le secret professionnel », in *Actualités en droit pénal*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 169. Une circulaire COL 4/2018 du 15 mars 2018 du Collège des procureurs généraux fournit des directives concernant l'intervention du ministère public dans le cadre de cette concertation de cas (circulaire COL 4/2018 du 15 mars 2018 du Collège des procureurs généraux, https://www.om-mp.be/sites/default/files/u1/col04_2018_casusoverleg_fr.pdf).

de la personne ou de tiers, l'article 458^{ter} du Code pénal vise la prévention des infractions terroristes et des délits commis dans le cadre d'une organisation criminelle⁵⁶. S'agissant du sujet qui nous occupe, c'est la première finalité qui pourrait être mobilisée pour mettre sur pied une concertation de cas.

Cette autorisation légale de violer le secret, à la différence de l'article 458^{bis} du Code pénal, n'est pas soumise aux conditions de subsidiarité et de proportionnalité, ce qui peut être regretté⁵⁷. Dans les concertations de cas, il n'est pas non plus requis que les infractions aient été commises ou semblent avoir été commises⁵⁸.

Le législateur aurait pu préciser que l'autorisation de violer le secret est limitée aux éléments strictement nécessaires à la finalité poursuivie, ce qui aurait constitué un frein aux divulgations abusives du secret⁵⁹.

L'article 458^{ter}, § 2, du Code pénal rappelle que les participants à cette concertation ne peuvent divulguer ce qui est dit ou ce qu'ils ont appris à l'occasion de la concertation de cas, sous peine d'être condamnés pour violation du secret professionnel.

Il est important de souligner que le praticien qui serait invité à participer à une concertation de cas a le droit de refuser. S'il décide d'y participer, rien ne l'empêche de taire certaines informations au regard des intérêts de la personne qui s'est confiée à lui et de la profession qu'il représente⁶⁰.

Cette nouvelle exception au secret pourrait mener à des situations où la frontière entre la concertation et la délation serait ténue⁶¹. De plus, comme Géraldine Mathieu et Claire Rommelaere le font observer, ces concertations de cas pourraient aboutir à des poursuites pénales diligentées par le parquet, sur la base d'informations révélées par les prestataires de soins alors que ces derniers ne le souhaitaient pas, notamment en raison du refus de la victime⁶². Le secret professionnel s'en trouverait considérablement affaibli⁶³.

2. Témoignage en justice

Lorsque le praticien est appelé à témoigner en justice, que ce soit devant une juridiction pénale ou civile⁶⁴, il est autorisé à révéler ce qui est couvert par le secret sans crainte d'être

condamné pour violation du secret professionnel. Nous avons vu qu'il s'agit d'une exception légale au secret énoncée à l'article 458 du Code pénal.

Le dépositaire du secret appelé à témoigner en justice n'est toutefois pas obligé de parler⁶⁵. Il peut décider, en âme et conscience, de taire tout ou partie des éléments couverts par le secret professionnel⁶⁶. C'est au juge qu'il revient, dans ce cas, d'apprécier si le dépositaire, par son silence, ne détourne pas le secret de son but⁶⁷.

B. Exceptions jurisprudentielles

1. État de nécessité

Bien que n'étant pas consacré légalement⁶⁸, l'état de nécessité est une construction doctrinale et jurisprudentielle⁶⁹ qui permet de justifier une infraction pénale en présence d'un mal grave et imminent, lorsque le respect intégral de la loi entraînerait un dommage objectivement et manifestement inacceptable⁷⁰. Il s'agit de situations où le respect de la loi pénale « entraînerait des circonstances néfastes, dépassant à ce point l'inconvénient de la transgression que le législateur se prononcerait certainement lui-même en faveur de la désobéissance »⁷¹.

L'état de nécessité peut dès lors justifier que le praticien viole le secret professionnel lorsqu'il s'agit de protéger une personne en situation de maltraitance⁷². Des conditions strictes sont toutefois exigées pour que l'état de nécessité soit retenu⁷³. Tout d'abord, il faut vérifier l'existence d'une menace grave et imminente sur un droit ou un intérêt d'une valeur égale ou supérieure à celle de l'intérêt sacrifié. En outre, la violation du secret professionnel ne peut être justifiée que s'il est impossible de sauvegarder autrement l'intérêt supérieur. De plus, l'état de nécessité ne peut être invoqué par une per-

56 *Ibid.*, pp. 165-189.

57 B. DEJEMEPPE, « De l'article 458 à l'article 458^{ter} du Code pénal : le secret professionnel plus si secret que ça ! », *op. cit.*, p. 27.

58 N. COLETTE-BASECQZ et E. DELHAISE, « L'article 458^{ter} du Code pénal : la concertation de cas et le secret professionnel », *op. cit.*, p. 173.

59 *Ibid.*, pp. 181-182. Notons que la circulaire du Collège des procureurs généraux souligne que la concertation de cas « n'est pas un laissez-passer pour révéler toutes les informations secrètes » (circulaire COL 4/2018 du 15 mars 2018 du Collège des procureurs généraux, https://www.om-mp.be/sites/default/files/u1/col04_2018_casosoverleg_fr.pdf, p. 6).

60 Dans le même sens, voy. aussi : « Balises et recommandations pour les professionnels », *J.D.J.*, 2018, n° 373, pp. 32-33.

61 G. MATHIEU et C. ROMMELAERE, *Le secret professionnel. Guide à l'usage des soignants*, *op. cit.* p. 121.

62 *Ibid.*

63 A. LACHAPPELLE, *La dénonciation à l'ère des lanceurs d'alerte fiscale. De la complaisance à la vigilance*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 731 ; N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel : une valeur de plus en plus menacée à l'heure de la lutte contre le terrorisme », *Rev. dr. santé*, 2017-2018, pp. 81-83.

64 Si le dépositaire est entendu par la police ou le ministère public, il ne s'agit pas d'un témoignage en justice pouvant donner lieu à une autorisation de violer le secret professionnel.

65 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, pp. 706-707.

66 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel : une valeur sacrifiée au nom de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 153 ; B. ALLEMEERSCH, « Het toepassingsgebied van art. 458 Strafwetboek. Over het success van het beroepsgeheim en het geheim van dat success », *R.W.*, 2003-2004, p. 2 ; L. HUYBRECHTS, « Notities betreffende het gerechtelijk beroepsgeheim », *Nullum Crimen*, 2012, p. 275 ; S. ROYER et F. VERBRUGGEN, « "Komt een terrorist met zijn advocaat bin de dokter..." Mogen of moeten beroepsgeheimhouders spreken? », *op. cit.*, p. 27.

67 A. DE NAUW et F. KUTY, *Manuel de droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 673.

68 Il y est remédié dans le projet de réforme du Code pénal actuellement débattu au Parlement.

69 Notons que le projet de réforme du livre I^{er} du Code pénal insère une nouvelle disposition relative à l'état de nécessité (P. MANDOUX, « Introduction », et N. COLETTE-BASECQZ et F. VANSILLETTE, « Les causes de justification, les causes d'exemption de culpabilité, les causes de non-imputabilité et les causes d'excuse selon le projet de Livre I^{er} du Code pénal », in *La réforme du Livre I^{er} du Code pénal*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 13 et 59).

70 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel face à l'enfance maltraitée », *op. cit.*, p. 21.

71 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, *Droit pénal général*, 3^e éd. mise à jour avec le concours de D. SPIELMANN et A. BRUYNDONCKX, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 190.

72 F. TULKENS, M. VAN DE KERCHOVE, Y. CARTUYVELS et Ch. GUILLAIN, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 10^e éd., Waterloo, Kluwer, 2014, p. 386.

73 J.-M. HAUSMAN, « Secret professionnel et confidentialité », in *Aspects juridiques et déontologiques de l'activité de psychologue clinicien*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 216.

sonne qui a volontairement créé, par son fait, le péril grave et imminent qui ne pourrait être évité que par la violation du secret. Les conditions de légalité élémentaire de crise doivent également être remplies, à savoir l'utilité, la stricte nécessité et la proportionnalité⁷⁴.

L'état de nécessité a un champ d'application plus large que l'autorisation légale de parler fondée sur l'article 458*bis* du Code pénal. Il s'applique à l'égard de toutes les personnes, peu importe qu'il s'agisse d'un patient auteur ou victime de la maltraitance, et même dans le cas où il s'agit d'une infraction qui ne serait pas expressément énumérée à l'article 458*bis*⁷⁵. Cependant, pour que l'état de nécessité soit admis, il faut démontrer l'existence d'un danger grave et imminent, les simples indices d'un danger sérieux et réel ne suffisant pas⁷⁶.

L'effet justificatif de l'état de nécessité a été reconnu par la Cour de cassation dans son arrêt du 13 mai 1987⁷⁷. Selon la Cour, « eu égard à la valeur respective des devoirs en conflit et en présence d'un mal grave et imminent pour autrui », le docteur Verlaine avait pu estimer qu'il ne lui était pas possible de sauvegarder autrement que par une violation du secret professionnel un intérêt plus impérieux qu'il avait le devoir ou qu'il était en droit de sauvegarder avant tous les autres⁷⁸.

Dans un arrêt du 22 mai 2012, la Cour de cassation a également admis l'existence d'un état de nécessité justifiant une violation du secret professionnel par le médecin chef d'un hôpital qui avait reçu des confidences d'un médecin de famille au sujet de faits graves de maltraitance dont le patient avait été victime⁷⁹.

Il est important toutefois de ne pas banaliser la notion d'état de nécessité, particulièrement dans une matière aussi délicate que celle ayant trait au secret professionnel. Les professionnels de la santé ne doivent pas se muer en collaborateurs de la police. L'appréciation des intérêts en présence ne peut mener à une survalorisation de la protection du corps social contre la délinquance⁸⁰. Les conditions de l'état de nécessité doivent s'apprécier avec rigueur.

Comme d'aucuns l'ont rappelé, la plus grande prudence est de mise dans le recours à cette cause de justification, même en cas de situation de maltraitance, « invoquer trop vite l'état de nécessité reviendrait à oublier que le secret professionnel est un outil privilégié et indispensable aux intervenants et

aux familles pour remédier à ces situations, d'autant qu'un signalement ne permet pas toujours de les traiter en profondeur et d'une manière adéquate »⁸¹.

Pour ne pas vider de sa substance le secret professionnel, le recours à l'état de nécessité pour justifier une violation du secret doit être réservé aux situations exceptionnelles, où le maintien du secret entraînerait un préjudice disproportionné⁸².

2. Patient victime

Une autre exception jurisprudentielle au secret médical réside en la situation du patient victime d'infractions. Adoptant une conception fonctionnelle du secret⁸³ selon laquelle le secret vise la protection du patient, la Cour de cassation a considéré, dans plusieurs arrêts⁸⁴, qu'il n'y avait pas de violation du secret professionnel lorsque le médecin révèle aux autorités judiciaires des informations relatives à une infraction dont le patient a été victime⁸⁵. Dans ce cas et contrairement à l'état de nécessité, aucune mise en balance des intérêts n'est exigée. De même, la condition de subsidiarité liée à l'absence de solution alternative pour préserver l'intérêt du patient n'est pas non plus requise⁸⁶.

Nous avons vu que l'arrêt du 26 mars 2021 de la Cour de cassation⁸⁷ a, pour la première fois, précisé que la règle selon laquelle le secret professionnel ne s'applique pas lorsque le patient est la victime est réservée à la seule situation où le prestataire de soins a été en contact uniquement avec la victime⁸⁸. « Être en contact » avec l'auteur de l'infraction ne signifie pas que ce dernier doit nécessairement être le patient du thérapeute. Par exemple, un parent maltraitant peut se présenter chez le médecin avec son enfant en vue de soigner celui-ci sans révéler l'origine des lésions. Dans ce cas, la règle du patient victime ne pourrait pas s'appliquer, car le médecin a été en contact avec l'auteur, même s'il n'est pas son thérapeute. Comme le souligne Thierry Vansweevel, « dans cette situation, la Cour de cassation est d'avis que le médecin/conseiller ne peut informer l'autorité judiciaire que si les conditions de l'article 458*bis* du Code pénal ou les conditions de l'état de nécessité sont remplies »⁸⁹. L'auteur s'interroge, à raison : « N'est-il pas étrange que le droit applicable varie selon que le patient-auteur reste dans la salle d'attente pendant que l'enfant est examiné ou selon que ce parent-auteur accompagne l'enfant dans le cabinet de consultation ? »⁹⁰.

74 N. COLETTE-BASECOZ et N. BLAISE, *Manuel de droit pénal général*, 4^e éd., Limal, Anthémis, 2016, pp. 236-246 ; J. VERHAEGEN, « L'humainement inacceptable en droit de la justification », in *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs*, Bruxelles, Bruylant, 1982, pp. 138-139.

75 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », *op. cit.*, p. 44.

76 *Ibid.*

77 Cass., 13 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 1061, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1165, obs. Y. HANNEQUART, *J.T.*, 1988, p. 170. Voy. également : A. DE NAUW, « La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité », *R.C.J.B.*, 1989, pp. 593 et s.

78 Voy. aussi Anvers (ch. mis. acc.), 26 mars 2012, *Nullum Crimen*, 2012, p. 487, notes A. DIERICKX et J. BUELENS, « Over het beroepsgeheim van het ziekenhuispersoneel », et L. HUYBRECHTS, « Medisch beroepsgeheim van het ziekenhuispersoneel ».

79 Cass., 22 mai 2012, R.G. n° P.11.1936.N, *Pas.*, 2012, I, p. 1160.

80 Ch. HENNAU et J. VERHAEGEN, « Recherche policière et secret médical », *J.T.*, 1988, p. 166.

81 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, p. 712.

82 N. COLETTE-BASECOZ, « Le secret professionnel face à l'enfant maltraité », *op. cit.*, p. 23.

83 H. NYS, *La médecine et le droit*, Diegem, Kluwer, 1995, p. 375.

84 Cass., 26 mars 2021, R.G. n° D.18.0015.N, préc. ; Cass., 31 octobre 2012, *Pas.*, 2012, I, p. 2076 ; Cass., 22 mai 2012, préc. ; Cass., 18 juin 2010, *Rev. dr. santé*, 2011-2012, p. 116, obs. N. COLETTE-BASECOZ ; Cass., 9 février 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 662.

85 Cass., 31 octobre 2012, préc. ; Cass., 22 mai 2012, préc. ; Cass., 18 juin 2010, préc. ; Cass., 9 février 1988, préc.

86 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », *op. cit.*, pp. 44-45.

87 Cass., 26 mars 2021, R.G. n° D.18.0015.N, préc.

88 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », *op. cit.*, p. 47.

89 *Ibid.*

90 *Ibid.*, p. 48.

Nous pouvons craindre qu'avec cette nouvelle jurisprudence, des situations similaires de maltraitance seront traitées différemment⁹¹. Le secret médical risque de devenir plus complexe encore pour le prestataire de soins.

Par ailleurs, nous ne pouvons adhérer sans réserve à cette jurisprudence faisant exception au secret dans le cas du patient victime. En effet, si l'on peut admettre qu'il n'est pas porté atteinte au fondement de la règle du secret lorsqu'il s'agit de l'intérêt de la personne du patient, il n'en demeure pas moins que toute révélation portant sur des faits dont le patient serait victime n'est pas, dans tous les cas, conforme à l'intérêt de celui-ci⁹². Si, de sa propre initiative, le médecin divulgue à la justice des faits couverts par le secret, sans avoir sollicité au préalable l'avis de son patient, ou en allant à l'encontre de l'avis de celui-ci, alors qu'il n'y aurait plus de péril grave et imminent ou que d'autres alternatives seraient encore possibles, nous pouvons nous demander si les révélations rencontrent réellement l'intérêt du patient. Comme l'a relevé le professeur Hennau-Hublet, « des victimes préfèrent parfois que la police et la justice ne s'immiscent pas – ou pas trop vite – dans leur vie privée ; aussi se sentiraient-elles trompées par des révélations que leur thérapeute ferait à leur insu, voire malgré leur opposition »⁹³.

Pour notre part, il nous semble que les situations du patient victime d'infractions devraient toutes être examinées à la lumière de l'état de nécessité⁹⁴. Comme nous l'avons précédemment indiqué, la justification d'une violation du secret professionnel fondée sur l'état de nécessité doit répondre à des conditions strictes, lesquelles requièrent notamment une mise en balance des intérêts en présence.

VI. Le sort d'une preuve recueillie en violation du secret professionnel

La preuve d'une infraction pénale recueillie à la suite d'une violation du secret professionnel, et sans qu'une cause de justification puisse être admise, est à l'évidence irrégulière. La nullité de cette preuve obtenue irrégulièrement n'est cependant décidée qu'à l'aune des trois critères de l'article 32 du Titre préliminaire du Code de procédure pénale, à savoir si le respect des conditions formelles concernées est prescrit à peine de nullité, si l'irrégularité commise a entaché la fiabilité de la preuve, ou si l'usage de la preuve est contraire au droit à un procès équitable⁹⁵. Nous pouvons regretter qu'en dehors de ces trois cas d'exclusion des preuves irrégulières, les révélations du praticien en violation de son secret médical puissent

tout de même être admises par le juge à titre de preuve d'une infraction pénale⁹⁶. Il pourrait en résulter une baisse de vigilance de la part des dépositaires du secret, lesquels auraient moins de scrupules à violer le secret⁹⁷.

VII. La déontologie médicale

Les instances disciplinaires veillent au respect de la déontologie médicale, et cela indépendamment des procédures judiciaires qui pourraient être mises en œuvre le cas échéant.

Le praticien qui comparait devant ses instances disciplinaires n'est pas tenu par le secret professionnel à l'égard de celles-ci⁹⁸.

Le Code de déontologie médicale comprend plusieurs articles relatifs au secret médical.

L'article 25 pose les bases du secret médical et énonce que « [l]e médecin respecte le secret médical. Celui-ci vise tous les renseignements qui ont été portés à la connaissance du médecin dans l'exercice de sa profession ou à l'occasion de celle-ci. Cette obligation subsiste après le décès du patient. Le médecin veille au respect du secret professionnel par ses collaborateurs ».

Le Code de déontologie médicale englobe donc, dans la notion de secret médical, aussi bien des informations médicales que des informations non médicales en tant que telles, mais ayant un lien raisonnable avec la santé du patient. La seule condition pour que ces informations non médicales soient couvertes par le secret professionnel consiste à ce que celles-ci aient été portées à la connaissance du praticien, en raison de sa profession et dans le cadre de l'exercice de cette dernière⁹⁹.

L'article 28 concerne le témoignage en justice et dispose que « [l]e médecin qui témoigne en justice n'invoque le droit au silence que dans l'intérêt de son patient ». Les commentateurs du Conseil national de l'Ordre des médecins donnent quelques précisions supplémentaires en indiquant que, si l'article 458 du Code pénal permet au praticien de se délier de son secret professionnel lorsqu'il est appelé à déposer un témoignage en justice, cette autorisation n'est pas absolue. Le médecin conserve la possibilité de se taire à la condition que ce silence trouve sa justification dans l'intérêt (qu'il estime plus important) de son patient¹⁰⁰.

Enfin, l'article 29 du Code précité donne, quant à lui, certaines indications sur les situations dans lesquelles le médecin peut passer outre le secret médical pour protéger une personne vulnérable. Cet article énonce que « [l]e médecin qui soupçonne qu'une personne vulnérable est maltraitée, abusée, exploitée, harcelée ou subit des effets d'une négligence fait immédiatement le nécessaire pour protéger cette personne. Le médecin discute du problème avec l'intéressé

91 *Ibid.*, p. 49.

92 Voy. aussi B. DEJEMEPPE, « Le secret médical et la justice », *op. cit.*, p. 244.

93 Ch. HENNAU-HUBLET, « Le secret médical et ses limites. La dynamique du secret tend-elle vers son occultation ? », *op. cit.*, p. 182.

94 En ce sens, voy. aussi Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, p. 715.

95 F. LUGENTZ, « Les effets de l'irrégularité de la preuve dans la procédure pénale. Trois ans d'application de la loi du 24 octobre 2013 », *J.T.*, 2017, p. 66. Voy. aussi F. KUTY, « La nullité d'un élément de preuve pour contravention au caractère équitable de la procédure. L'essoufflement de l'article 6 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Liber amicorum Patrick Henry- Luttons*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 19.

96 N. COLETTE-BASECQZ, « Nullité de la preuve en matière pénale : quoi de neuf ? », *Pli jur.*, 2015, n° 32, pp. 30-31, n° 10.

97 N. COLETTE-BASECQZ, « Le secret professionnel : une valeur sacrifiée au nom de la lutte contre le terrorisme », *op. cit.*, p. 178.

98 Th. MOREAU, « La violation du secret professionnel », *op. cit.*, p. 713.

99 Conseil national de l'Ordre des médecins, Code de déontologie médicale commenté, version actualisée décembre 2021, p. 65.

100 *Ibid.*, p. 67.

dans la mesure de ses capacités et l'incite à prendre lui-même des initiatives. Si l'intéressé y consent, le médecin consulte un prestataire de soins compétent en la matière ou fait appel à une structure pluridisciplinaire. Le médecin en informe les proches de l'intéressé, uniquement dans son intérêt et avec son consentement. Le médecin qui soupçonne qu'une personne vulnérable est menacée par un danger grave et imminent ou qu'il y a des indices d'un danger sérieux et réel que d'autres personnes vulnérables soient victimes de maltraitance ou de négligence peut, dans le cadre de son obligation légale d'assistance, avertir le procureur du Roi lorsqu'il ne peut pas lui-même ou avec l'aide d'autrui protéger l'intégrité physique ou psychique ».

Les articles 422*bis* et 458*bis* du Code pénal ainsi que l'article 29 du Code de déontologie médicale poursuivent tous le même objectif, à savoir la protection des personnes vulnérables. Lorsque le praticien a des soupçons raisonnables que la personne vulnérable est, ou pourrait être, victime de négligence ou de maltraitance, la faculté lui est offerte, s'il n'est pas en mesure, lui-même ou avec l'aide d'un tiers, de protéger l'intégrité physique ou psychique de cette personne, d'en informer le procureur du Roi. Dans cette situation, le praticien est donc autorisé à passer outre le secret. Les soupçons du médecin peuvent être basés sur différents éléments relevant de constats cliniques, de discussions avec la personne vulnérable ou encore de discussions avec des tiers, dans l'exercice de sa profession¹⁰¹.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins semble critique à l'égard de cette « approche binaire » (se taire ou parler), estimant que celle-ci « ne rend pas compte de la complexité d'une réalité qui mérite de prendre en considération d'autres possibilités d'action en vue de préserver le climat de confiance qui doit présider à la relation entre le médecin et la personne vulnérable et de respecter le droit à l'autonomie de cette personne »¹⁰².

Les recommandations déontologiques encouragent les praticiens à recourir à d'autres initiatives avant de s'adresser au ministère public, la première étape étant de mettre la personne vulnérable en sécurité. Les médecins sont invités à apporter les soins nécessaires au regard des faits de maltraitance éventuellement constatés et de vérifier auprès de la personne si celle-ci est à même de prendre des décisions. Il est ensuite recommandé de solliciter un confrère compétent en la matière, à condition que la personne vulnérable marque son accord. Enfin, les praticiens sont invités à vérifier si d'autres personnes ne sont pas exposées à un danger similaire. Ce n'est qu'à l'issue de ces différentes étapes, en cas d'ultime recours, que le praticien est invité à avertir le procureur du Roi¹⁰³.

L'arrêt de la Cour de cassation du 26 mars 2021¹⁰⁴ que nous avons précédemment analysé a également suscité une réaction critique de la part du Conseil national de l'Ordre des médecins. Celui-ci a considéré, dans son avis du 11 dé-

cembre 2021¹⁰⁵, que cette condition ajoutée par la Cour de cassation est « problématique » au regard de la position déontologie adoptée jusqu'à présent.

Selon cette instance, le praticien poursuit une mission de soin et une mission de protection et doit, en vertu de l'article 29 du Code de déontologie médicale, veiller à protéger son patient (mineur ou personne vulnérable) dont il soupçonne qu'il a été victime d'une infraction d'une certaine gravité. Or, en ajoutant la condition supplémentaire d'avoir été en contact tant avec la victime qu'avec l'auteur de l'infraction pour pouvoir invoquer l'exception de l'article 458*bis* du Code pénal, le Conseil national de l'Ordre des médecins estime que la Cour de cassation fait jouer un « rôle d'officier de police judiciaire » au praticien, ce qui est contraire à son devoir déontologique de neutralité et d'absence de jugement. Le Conseil national va donc conclure au fait que cette condition supplémentaire va être difficilement applicable dans la pratique.

Le Conseil national de l'Ordre des médecins va par ailleurs relever que la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence antérieure quant à l'exception du patient victime. Jusqu'à l'arrêt du 26 mars 2021, la jurisprudence considérait en effet qu'il ne pouvait être question de secret professionnel concernant des faits dont le patient avait été victime. Avec l'arrêt du 26 mars 2021, la Cour ajoute une condition en ce qu'elle exige que le praticien n'ait été en contact qu'avec la victime pour que la règle du patient victime puisse être invoquée. Le Conseil national avait jugé précédemment que cette règle ne pouvait être absolue et que, dans le but de protéger la relation de confiance avec son patient, le médecin devait rester maître de sa décision de divulguer ou non les faits dont son patient avait été victime¹⁰⁶. Dans son avis du 11 décembre 2021 à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation, le Conseil national de l'Ordre des médecins maintient sa position.

Conclusion

Les règles qui régissent le secret médical et ses exceptions laissent aux professionnels de la santé une marge de manœuvre pour protéger utilement les personnes victimes de maltraitance.

L'article 458*bis* du Code pénal a instauré une autorisation de révéler les faits au procureur du Roi moyennant le respect de plusieurs conditions. En dehors des cas pouvant rentrer dans cette exception au secret, les violations pourraient, le cas échéant, être justifiées sur la base d'un état de nécessité. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, la situation du patient victime échappe à l'obligation au secret, position qui appelle des réserves ainsi que nous l'avons indiqué.

Le récent arrêt du 26 mars 2021 risque de semer une certaine confusion auprès des prestataires de soins confrontés

101 *Ibid.*, p. 76.

102 *Ibid.*

103 *Ibid.*

104 Cass., 26 mars 2021, R.G. n° D.18.0015.N, préc.

105 Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 11 décembre 2021, « Arrêt de la Cour de cassation sur le secret professionnel et la protection des mineurs – art. 458 et 458*bis* du Code pénal ».

106 Avis du Conseil national de l'Ordre des médecins du 4 juillet 2015, « Respect du secret médical lorsque le médecin apprend que son patient a été victime d'une infraction ».

à des situations de maltraitance et de mener à des réponses différentes en cas de situations similaires¹⁰⁷.

Les concertations de cas constituent une autre dérogation légale au secret professionnel, dont les contours apparaissent moins nets, mais qui peut permettre de prévenir des atteintes graves à l'intégrité physique ou psychique des personnes. Il convient toutefois d'être conscient du risque de l'affaiblissement du secret professionnel qui pourrait en résulter.

Heureusement, l'état de nécessité pourra toujours être invoqué dans des situations exceptionnelles, permettant de protéger une personne vulnérable face à un danger grave et

imminent de maltraitance. Une rigueur s'impose toutefois dans l'appréciation de cet état de nécessité.

Il est essentiel de rappeler l'importance, pour la société tout entière, de respecter le secret médical. Le praticien ne prendra la décision d'y déroger que moyennant un examen éclairé de la situation afin de ne pas mettre à mal le fondement même du secret, essentiel pour assurer efficacement le droit aux soins.

Nathalie COLETTE-BASECQZ

Professeure ordinaire à l'UNamur

Directrice du centre de recherche Vulnérabilités & Sociétés

Avocate au barreau du Brabant wallon

Camille DANTHINE

Chargée d'enseignement à l'Académie de police

Juriste au parquet de Namur

107 Th. VANSWEEVELT, « Le secret professionnel du prestataire de soins ou du soignant varie selon qu'il a été en contact (!) uniquement avec la victime ou avec la victime et l'auteur », *op. cit.*, p. 49.