

## ASSURANCES ET VIE PRIVÉE DU VIDE LÉGAL À L'ILLICITE (\*)

à la Professeur Lise Thiry

PAR

**Michel VINCINEAU**

PROFESSEUR  
À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

### SOMMAIRE

#### INTRODUCTION

#### PREMIÈRE PARTIE. — LA SITUATION AVANT LA LOI DU 25 JUIN 1992

- I. *Au regard de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme*
  1. L'applicabilité horizontale de la Convention européenne des droits de l'homme
  2. L'applicabilité horizontale de l'article 8
  3. La notion de « vie privée » dans l'article 8 inclut la santé
  4. La notion d'ingérence dans la santé
  5. L'ingérence autorisée
    - a) L'ingérence autorisée par le besoin social impérieux de protéger la santé
    - b) L'ingérence autorisée par le besoin social impérieux de protéger les droits et libertés d'autrui
      - 1° La règle de la proportionnalité et de l'exclusivité du moyen
      - 2° La notion de nécessité
  6. Obligation positive de l'État et mesure prévue par la loi
    - a) Autonomie de la volonté et convention-loi
    - b) Ordre public international
    - c) L'inaliénabilité des droits de l'homme
  7. Conclusion sur l'article 8 : du « public » et du « privé » ; du « secret de santé »
- II. *Au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme*
  1. Spécificité de l'article 14
  2. Article 14 et santé
  3. Justification objective et raisonnable de la discrimination
    - a) Sens courant
    - b) Sens juridique
    - c) La poursuite d'un but légitime
    - d) Le rapport de proportionnalité

(\*) L'auteur tient à exprimer sa gratitude à la Professeur Lise Thiry qui lui a adressé un commentaire fouillé de cette étude. Il remercie également pour leurs judicieux avis ses collègues MM. Olivier Corten, Alain Daems, Rusen Ergec, Philippe Frumer, Pierre Klein et Eric Robert.

- e) Les nécessités d'une société démocratique
- 4. Conclusion sur l'article 14

### III. *Au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*

- 1. Portée de l'article 3
- 2. Individu « traité en objet »

## DEUXIÈME PARTIE. — LA LOI SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE TERRESTRE DU 25 JUIN 1992

### I. *L'esprit de la loi*

### II. *Dispositions communes*

### III. *La levée du secret de santé (règle générale)*

- 1. L'assurance-maladie
  - a) Procédure de conclusion du contrat
  - b) Exécution du contrat
    - 1° Demande d'indemnité par l'assuré lui-même
    - 2° Demande d'indemnité après le décès de l'assuré
- 2. L'assurance-vie
- 3. Secret professionnel : déontologie et droit pénal

### IV. *Le reliquat du secret de santé (l'exception : l'analyse génétique)*

### V. *La loi à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme*

## CONCLUSION

## INTRODUCTION

Les contrats d'assurance-vie et d'assurance-hospitalisation complémentaire accordent aux sociétés d'assurance de larges pouvoirs d'investigation en ce qui regarde la santé des assurés. Ceux-ci vont du questionnaire médical préalable à la conclusion du contrat, aux pouvoirs d'expertise et de contrôle en cours d'exécution et même à l'autopsie.

Ces pratiques sont-elles compatibles avec la Convention européenne des droits de l'homme et plus précisément avec ses articles 3, 8 et 14 ? Pendant longtemps, on a tenté de les justifier par les principes d'autonomie de la volonté et de la convention-loi. Sauf exceptions inspirées notamment par les bonnes mœurs et l'ordre public, chacun peut librement conclure les accords qui semblent lui convenir et, selon l'article 1134 du Code civil : « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». Par la suite, la loi sur le contrat d'assurance terrestre du 25 juin 1992 est venue, en tentant de protéger mieux le consommateur, modifier quelque peu le problème.

Dans la matière qui nous préoccupe ici, on ne pourrait jurer qu'elle a atteint ses objectifs.

Nous diviserons donc cet article en deux parties. Dans la première : « La situation avant la loi du 25 juin 1992 », nous tenterons de voir si le régime

d'autonomie de la volonté se révélait aussi harmonieux que le prétendaient ses partisans. Nous procéderons à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme. Dans la seconde : « La loi du 25 juin 1992 », nous analyserons les dispositions légales actuellement en vigueur, leurs regrettables conséquences et leurs aspects non conformes à la Convention européenne des droits de l'homme.

PREMIÈRE PARTIE. — LA SITUATION  
AVANT LA LOI DU 25 JUIN 1992

I. — *Au regard de l'article 8  
de la Convention européenne  
des droits de l'homme*

L'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme s'énonce comme suit :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

1. *L'applicabilité horizontale de la Convention européenne des droits de l'homme*

Il convient tout d'abord de rappeler ce que l'on a désigné sous l'expression « applicabilité horizontale » de la Convention européenne des droits de l'homme ou « Drittwirkung », à savoir le fait qu'elle s'applique non seulement dans les rapports entre les pouvoirs et les particuliers mais aussi dans les relations entre personnes physiques ou morales hors l'intervention de la puissance publique (1).

(1) Voy. notamment EISSEN, M.-A., « La Cour européenne des droits de l'homme », *R.D.P.*, 1986, p. 1586 ; SPERDUTI, G., « Recenti sviluppi nell' giurisprudenza della Commissione a della Corte europeo dei diritti dell'uomo », *R.D.I.*, 1986, pp. 815 et s., RAYMOND, J., « L'article 1<sup>er</sup> du Protocole additionnel et les rapports entre particuliers », in *Protection des droits de l'homme : la dimension européenne. Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda*, Cologne, 1988, pp. 532 et s. ; VASAK, K., *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1964, pp. 78 et s. ; VELU, J., « La Convention européenne des droits de l'homme et les garanties fondamentales des parties dans le procès civil » in *Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil*, Milan, 1973, pp. 264 et s., VELU, J. et ERGEC, R., « Convention européenne des droits de l'homme » in *R.P.D.B.*, Bruxelles, 1991, pp. 176 et s.

## 2. L'applicabilité horizontale de l'article 8

L'article 8 de la Convention européenne n'échappe pas à la règle générale (2). Sa structure le confirme : comme d'autres dispositions (par ex. art. 9 et 10), elle se subdivise en deux paragraphes dont le premier exprime une règle générale tandis que le second énumère limitativement les exceptions. Si l'article 8 ne s'appliquait pas aux relations entre particuliers, le paragraphe 2 eut mentionné cette importante dérogation au régime général imposé par le paragraphe 1.

Les travaux préparatoires de la Convention européenne signalaient déjà le large champ d'application de l'article 8 :

« L'article 8 du projet adopté par la Conférence des hauts fonctionnaires qui se tint en juin 1950, ne présentait que de légères différences par rapport à la disposition correspondante du texte définitif » (*Rec. trav. prép.*, t. III, p. 668). Il est intéressant d'observer que l'amendement britannique, qui était à l'origine de ce texte, ne protégeait l'individu que contre les immixtions gouvernementales (*Rec. trav. prép.*, t. III, p. 612). Dans le texte adopté par la Conférence des hauts fonctionnaires, la notion d'immixtion gouvernementale ne figure plus au paragraphe 1<sup>er</sup> (énoncé du droit) mais au paragraphe 2 (énoncé des ingérences licites) (3).

Les conséquences de cette rédaction ont trouvé leur expression dans la formule extrêmement large adoptée, par le Parlement belge, lors de la discussion de la loi d'approbation de la Convention européenne ; on lit dans les documents parlementaires :

« L'entrée en vigueur de la Convention (...) a pour résultat d'introduire dans le droit interne la reconnaissance des droits et libertés définis. Dès lors les personnes privées titulaires de ces droits et libertés peuvent s'en prévaloir, en exi-

(2) DE MEYER, J., « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des communications dans les relations entre personnes privées et les obligations qui en résultent pour les États parties à la Convention », in *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, 1973, pp. 363 et s. ; DOUTRELEPONT, C., « L'introuvable droit à l'image », in *Mélanges offerts à Raymond Vander Elst*, Bruxelles, 1987, pp. 223 et s. ; VANWELKENHUYZEN, A., « Dans le droit constitutionnel des États membres du Conseil de l'Europe, le secret des lettres est-il garanti à l'égard des particuliers ou seulement à l'égard des agents de la puissance publique ? », in *Vie privée et droits de l'homme*, Bruxelles, 1973, p. 407 ; VELU, J., *La Convention...*, *op. cit.*, p. 48 ; VELU, J. et ERGEC, R., « Convention européenne... », pp. 337 et s. C.E.D.H., voy. notamment *Affaire X. et Y. contre les Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, *Serie A*, n° 91, p. 11, § 23 ; de manière plus générale : *Affaire Young, James et Webster*, arrêt du 13 août 1981, *Serie A*, n° 44, p. 20, § 49. En jurisprudence belge, sur la violation de l'article 8 dans les rapports entre particuliers, fut déclaré nul un contrat chargeant un détective privé d'enregistrer clandestinement les conversations d'un tiers à son domicile : Civ. Bruxelles, 6 avril 1976, *Pas.*, 1976, III, 51 et l'avis du ministère public. Voy. aussi : C.E. 20 décembre 1985, 1985, *R.W.*, 1986-1987, Col. 246, note LAMBRECHTS ; Appel Liège, 22 septembre 1988, *J.T.* 1988, p. 655 ; Civil Liège, 21 octobre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 578 ; voy. aussi civ. Bruxelles, 4 avril 1979, *Rev. déc. not.*, art. 4, suppl. V, p. 14.

(3) *Rec. trav. prép.*, t. III, p. 730, cité par VELU, J. et ERGEC, R., « Convention européenne... », p. 336 ; voy. aussi DOUTRELEPONT, C., *op. cit.*, p. 231 ; RIGAUX, F., « Protection... », *op. cit.*, p. 6 ; VANWELKENHUYZEN, A., *op. cit.*, p. 407 ; VELU, J., « La Convention... », *op. cit.*, p. 48.

ger le respect, demander réparation en cas de lésion devant les tribunaux nationaux » (4).

### 3. La notion de « vie privée » dans l'article 8 inclut la santé

Sans doute, l'article 8 de la Convention européenne ne définit pas la notion de vie privée. Notons incidemment combien l'expression se révèle inadéquate tant, dans la vie courante, se chevauchent le public et le privé et combien on incline trop facilement à penser que leur cohabitation édulcore ou annihile nécessairement le second au profit du premier. Cependant on ne saurait nier que le caractère obligatoirement public du mariage (par exemple, comparution devant l'officier de l'état civil) voire de la sexualité (par exemple, déclaration de naissance) ne leur enlève rien de leur nature essentiellement privée.

L'inadéquation de l'expression est pour une bonne part responsable de l'incertitude dont on se plaît à entourer la notion juridique de vie privée.

Mais nous pouvons ici refermer la parenthèse car si de nombreux auteurs estiment qu'une définition de la vie privée reste hors de portée, doctrine et jurisprudence inscrivent, en tout cas, dans ce cadre, les données et informations relatives à la santé. On a écrit, avec raison, que la santé fait partie du « noyau dur » de ce « concept mou » que constitue la vie privée (5).

Le Conseil de l'Europe a insisté à de très nombreuses reprises sur la protection particulière qui devait entourer le domaine de la santé. On peut lire — et cet exemple n'est pas exceptionnel — à l'article 6 de la « Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel », signée à Strasbourg dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 28 janvier 1981 :

« Les données à caractère personnel révélant l'origine raciale, les opinions politiques religieuses ou autres convictions, ainsi que les données à caractère personnel relatives à la santé ou à la vie sexuelle, ne peuvent être traitées automatiquement à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées ».

Il ne fait aucun doute que la santé rentre, aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine protégé par l'article 8 ; ainsi a-t-elle déclaré : « La notion de vie privée recouvre l'intégrité physique et morale de la personne » (6).

(4) *Doc. Parl.*, Chambre, 1954-1955, 3 février 1955, n° 223, II.

(5) DECOURRIÈRE, A., « Protection des données de la vie privée », in *Le sida un défi aux droits*, Bruxelles, 1991, pp. 351-358, spéc. p. 357 ; voy. aussi JAMOULLE, M., « La vie privée et le droit du travail », *Ann. Dr. Louvain*, 1-2/1984, p. 39 ; LINDON, R., *La création prétorienne en matière des droits de la personnalité et son incidence sur la notion de famille*, Dalloz, Paris, 1974, pp. 15-16 ; MAISL, H., « Les garanties particulières relatives au traitement automatisé de certaines données personnelles » in *Informatique et droit en Europe*, Ed. de l'U.L.B., 1985, p. 319 ; VELU, J., *Le droit au respect de la vie privée*, Presses univ. Namur, 1974, p. 35.

(6) *Affaire X et Y c. Pays-Bas*, décision du 26 mars 1985, *Série A*, n° 91, p. 11, § 22.

#### 4. *La notion d'ingérence dans la santé*

L'article 8 impose donc l'analyse de la notion d'« ingérence » et d'« ingérence autorisée par exception » dans la vie privée et plus spécifiquement dans le domaine de la santé.

La notion d'ingérence ne peut s'enfermer dans une définition mais on peut la cerner grâce à des exemples donnés par la jurisprudence européenne ou nationale.

On a considéré comme des ingérences pouvant éventuellement poser problème au regard de l'article 8 :

- la fouille de prisonniers et de leur cellule (7) ;
- une demande d'expertise tendant à faire prélever des poils pubiens sur une personne prévenue d'adultère afin de pouvoir opérer une comparaison avec des poils saisis au cours d'une perquisition domiciliaire (8) ;
- l'obligation imposée à une personne de subir un examen médical ou psychiatrique (9) ;
- la pratique obligatoire du test de sensibilité à la tuberculine ou à un examen radiologique (10) ;
- des prélèvements sanguins effectués par la police de la circulation routière ou imposés pour établir une filiation paternelle (11).

A la lumière de cette jurisprudence, il paraît difficile de ne pas considérer comme ingérences dans la vie privée les questionnaires ou demandes d'information médicale et les examens exigés par les compagnies d'assurances avant ou après la signature du contrat et parfois même *post mortem*.

#### 5. *L'ingérence autorisée*

Rappelons que le paragraphe 2 de l'article 8, autorise pareilles ingérences à condition :

- 1° qu'elles constituent *une mesure qui, dans une société démocratique est nécessaire* à la poursuite de l'un des buts limitativement énumérés ;
- 2° qu'elles soient *prévues par la loi*.

##### a) *L'ingérence autorisée par le besoin social impérieux de protéger la santé*

Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme, la poursuite des buts énumérés par le paragraphe 2 de l'article 8

(7) Commiss., déc. du 15 mai 1980, req. n° 8317/78, *D.R.*, vol. 20, p. 44.

(8) Corr. Liège, 14 octobre 1978, *Ann. Conv.*, vol. XXIII, p. 513.

(9) Commiss., déc. du 14 mars 1980, req. n° 8518/79, *D.R.*, vol. 20, p. 153 ; déc. du 5 mai 1981, req. n° 8509/79, *D.R.*, vol. 24, p. 131 ; déc. du 7 mai 1981, req. n° 8334/78, *ibidem*, p. 104. Voir aussi Cass., 7 mars 1975, *Pas.* 1975, I, 692 et note de E.K.

(10) Commiss., déc. du 10 décembre 1984, req. n° 10435/83, *D.R.*, vol. 40, p. 251.

(11) Commiss., déc. du 4 décembre 1978, req. n° 8239/78, *D.R.*, vol. 16, p. 184 ; déc. du 13 décembre 1979, req. n° 8278/78, *D.R.*, vol. 18, p. 154 ; Cass., 4 avril 1977, *Pas.*, 1977, I, 831.

ne légitime l'ingérence que lorsqu'il convient de répondre à un *besoin social impérieux* (12). Ainsi, parmi les exemples cités plus haut de problèmes au regard de l'article 8, le test de sensibilité à la tuberculine et la radiographie du thorax ont été considérés comme des ingérences autorisées car ils répondaient au *besoin social impérieux* de protéger la santé ou les droits et libertés d'autrui (13).

Peut-on en dire de même des ingérences imputables aux compagnies d'assurances ?

Avant de tenter de répondre à la question, il n'est pas superflu de rappeler que, comme elle entraîne des limitations des droits et libertés reconnus par la Convention, la poursuite des buts énumérés doit s'entendre de manière restrictive (14). Par contre, l'interprétation restrictive qui s'impose généralement en matière de traités limitant la souveraineté des États ne s'applique pas à la Convention européenne (15).

b) *L'ingérence autorisée par le besoin social impérieux de protéger les droits et libertés d'autrui*

Si l'on peut aisément constater que les ingérences dont question dans cette étude ne peuvent prétendre se définir comme une réponse au besoin social impérieux de protéger la santé de qui que ce soit, qu'en est-il des « droits et libertés d'autrui » ?

Selon une jurisprudence constante, l'expression « droits et libertés d'autrui » désigne ceux que la Convention reconnaît expressément et les prérogatives étroitement liées à leur exercice, par exemple la protection de la santé de l'autre (16), la protection de la santé et de la morale (17), la liberté du culte (18), l'exercice des droits politiques (19), l'intégrité physique (20).

(12) Voy. notamment Affaire *Barthold*, arrêt du 25 mars 1985, *Série A*, n° 90, p. 33, § 55 ; affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, *Série A*, n° 116, p. 25, § 59 ; Affaire *Olsson*, arrêt du 24 mars 1988, *Série A*, n° 130, p. 32, § 68).

(13) Voy. notamment Cass. 8 septembre 1982, *R.G.*, 2293, *Pas.*, 1983, I, n° 26 ; Appel Liège, 10 février 1982, *J.T.*, 1982, p. 481. LAMBERT, P., *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence belge*, Bruxelles, 1987, pp. 20 et s.

(14) Affaire *Klass*, arrêt du 6 septembre 1978, *Série A*, n° 28, p. 21, § 42 ; Affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, *Série A*, n° 30, p. 41.

(15) Affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1968, *Série A*, n° 7, p. 23, § 8 ; Affaire *Delcourt*, arrêt du 17 janvier 1970, *Série A*, n° 11, pp. 14 et s., § 25.

(16) Commiss., décision du 10 décembre 1984, req. n° 10435/83, *D.R.*, vol. 40, p. 251 ; Commiss., décision du 5 mai 1981, req. n° 8509/79, *D.R.*, vol. 24, p. 131 ; Commiss., décision du 11 juillet 1990, req. n° 8307/78, *D.R.*, vol. 21, p. 116.

(17) Commiss., décision du 19 décembre 1974, req. n° 6733/74, *D.R.*, vol. 2, p. 118.

(18) C.E., 20 décembre 1985, *R.W.*, 1986-1987, Col. 247, note LAMBRECHTS.

(19) C.E., 29 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1988, p. 734 et 9 décembre 1987, n° 28984, *A.P.M.*, 1988, n° 3, p. 35.

(20) Commiss., décision du 18 mai 1976, req. n° 6886/75, *D.R.*, vol. 5, p. 100 ; Commiss., décision du 31 mai 1967, req. n° 2988/66, *Ann. Conv.*, vol. X, p. 473 ; voy. VELU, J. et ERGEC, R., « La Convention... », *op. cit.*, pp. 349 et s.

Les contrats d'assurance-vie ou d'assurance-hospitalisation complémentaire ne poursuivent pas le but de protéger les droits et libertés d'autrui entendus comme des droits et libertés reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme.

On ne peut dès lors tirer argument d'un rapport de la Commission européenne des droits de l'homme cité à l'encontre de notre thèse :

« De fait, comme la jurisprudence antérieure de la Commission l'a déjà montré, la prétention au respect de sa vie privée est automatiquement réduite dans la mesure où l'individu lui-même met sa vie privée en contact avec la vie publique ou la place dans un rapport étroit avec d'autres intérêts protégés » (21).

La Commission analysait une affaire où des requérantes attaquaient la législation allemande relative à l'interruption volontaire de grossesse et elle déclarait notamment :

« Lorsqu'une femme est enceinte, sa vie privée devient étroitement associée au fœtus qui se développe » (22).

Nous n'épiloguerons pas ici, ni ne prendrons position sur la nature et l'étendue des « autres intérêts » évoqués dans cette espèce, nous remarquons qu'ils étaient sans commune mesure avec des considérations pécuniaires. Sans être illégitimes, des préoccupations financières ne peuvent à elles seules constituer l'un des buts dont la poursuite autoriserait à limiter le droit à la vie privée reconnu au paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 8. Des intérêts strictement matériels ne sont pris en compte que lorsque la Convention en a expressément décidé : ainsi, par exemple, dans le Protocole additionnel n° 1 relatif à la propriété privée. L'inverse reviendrait à saper l'édifice des droits fondamentaux au nom du profit et à nier leur caractère inaliénable, notion sur laquelle nous reviendrons (23).

Pour identité de motifs, on ne pourrait non plus invoquer les ingérences comme répondant à un « besoin social impérieux » dont la satisfaction conditionnerait « le bien-être économique des pays », expression figurant, à l'article 8, parmi les exceptions autorisant l'intrusion. Ces mots désignent un intérêt général de première importance et non des préoccupations financières individuelles.

Nous nous croyons déjà autorisé à considérer la pratique des compagnies d'assurances antérieure à la loi du 25 juin 1992, comme incompatible avec l'article 8 car extérieure à ce que l'on pourrait appeler la « zone de tolérance », délimitée par la poursuite de certains buts, néanmoins il nous semble utile de tendre à mieux cerner la notion de société démocratique

(21) Requête n° 6959/75, Affaire *Bruggeman et Scheuten c. B.F.A.*, Rapport, 12 juillet 1977, § 56 ; *contra* : Fagnart, J.L., « Les assurances et le sida », in *Le sida, un défi aux droits*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 675-704, spéc. p. 692.

(22) Affaire *Bruggeman et Scheuten c. R.F.A.*, *ibidem*, § 59.

(23) Cf. *infra*, pp. ???.

telle que l'a dégagée la jurisprudence de Strasbourg. Elle permet de préciser le contexte dans lequel on serait autorisé à limiter les droits et libertés reconnus par la Convention européenne (24).

Relevons la phrase de MM. l'Avocat général J. Velu et du Professeur R. Ergéc : « dans une démocratie, les restrictions aux droits ne peuvent, en aucun cas, porter atteinte à la substance de ces droits : elles doivent se limiter à régler la modalité de leur exercice » (25).

La pratique ici étudiée de l'assurance-vie et de l'assurance-hospitalisation complémentaire portaient atteinte à la substance même du droit à la vie privée puisqu'elles entamaient gravement son corollaire à savoir le droit au secret (26).

### 1° La règle de la proportionnalité et de l'exclusivité du moyen

Dans une société démocratique, les mesures restrictives aux droits et libertés poursuivant un but autorisé (*quod non*) doivent être proportionnées à celui-ci (27). Il faut entendre par là « la règle de la proportionnalité postule l'exclusivité du moyen : non seulement la limitation de la liberté doit apparaître comme le seul moyen apte à atteindre le but autorisé (...) [il faut] chercher à réaliser un équilibre raisonnable entre le but légitime poursuivi et les inconvénients liés à la restriction de la liberté » (28).

C'est pourquoi nous marquons notre désaccord avec l'affirmation : « En vertu de ce principe [de proportionnalité], il doit exister une proportion raisonnable entre le but à atteindre et les moyens utilisés. Autrement dit, il y a lieu de rechercher un équilibre raisonnable entre les intérêts de l'assureur et la vie privée du candidat assuré » (29). Le raisonnement ne trouve pas ici à s'appliquer puisque les « intérêts de l'assureur » ne figurent pas parmi les buts légitimes limitativement énumérés par l'article 8.

De même, on pourrait être tenté d'affirmer que les empiétements sur la vie privée réalisent un équilibre raisonnable entre les intérêts de tous les assurés par une diminution globale des risques couverts entraînant une réduction des primes à payer. L'argument se révélerait pertinent en fait mais non en droit car il contredirait à deux égards la philosophie de la Convention européenne des droits de l'homme.

(24) OST, F., « Le concept de démocratie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.P.*, 4 mars 1988, n° 124, p. 19.

(25) VELU, J. et ERGEC, R., « La Convention européenne... », *loc. cit.*, p. 203.

(26) Affaire *linguistique*, arrêt du 27 juin 1968, *Série A*, n° 6, p. 32 ; § 5 ; EISSEN, M.-A., « La Cour européenne des droits de l'homme », *R.P.D.*, 1986, p. 1779. Sur la nature et l'étendue du secret dit médical, cf. *infra*, p. ???.

(27) VEGLERIS, Ph., « Valeur et signification de la clause dans une société démocratique, dans la Convention européenne des droits de l'homme », *R.D.H.*, 1968, pp. 218 et s.

(28) VELU, J. et ERGEC, R., « La Convention européenne... », *loc. cit.*, p. 203 ; Commiss., décision du 16 juillet 1980, req. n° 8440/78, *Ann. Conv.*, vol. XXIV, p. 199 ; Affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, *Série A*, n° 116, p. 20, § 59.

(29) VANSWEEVELT, T., *le sida et le droit*, Anvers 1990 (traduc. Bruylant, p. 122).

D'une part, il signifierait que l'ingérence dans la vie privée de l'un constituerait un moyen de sauvegarder les intérêts financiers des autres assurés mais ceux-ci ne figurent pas non plus parmi les buts légitimes limitativement énumérés par l'article 8.

D'autre part, cette affirmation impliquerait que chacun négocie une part de son droit à la vie privée contre un avantage financier. Nous devons nous interdire pareille considération en raison du caractère inaliénable des droits fondamentaux : on ne peut les monnayer comme nous le rappellerons plus loin (30).

Les intérêts financiers des assureurs et des autres assurés figureraient-ils parmi les buts légitimes limitativement énumérés par l'article 8, encore faudrait-il prouver l'exclusivité du moyen utilisé pour les atteindre. Or il nous paraît irréaliste de supposer qu'aucune alternative ne peut être proposée à la pratique consistant à violer le droit à la vie privée (31).

## 2° *La notion de nécessité*

Il convient ici de s'arrêter un instant sur la signification de l'adjectif « nécessaire » maintes fois explicitée par la Cour.

Dans l'affaire *Dudgeon*, elle déclarait :

« L'adjectif 'nécessaire' n'a pas dans ce contexte la souplesse de mots tels qu' 'utile', 'raisonnable' ou 'opportun' » ; il implique l'existence d'un « 'besoin social impérieux' de recourir à l'ingérence considérée » (32).

Et la Cour rappelait ce qu'elle avait déclaré dans l'affaire *Sunday Times* à propos des restrictions autorisées à l'article 8 relatif à la liberté d'expression :

« Si l'adjectif 'nécessaire' au sens de l'article 10 § 2 n'est pas synonyme d'indispensable, il n'a pas non plus la souplesse de termes tels qu' 'admissible', 'normal', 'utile', 'raisonnable' ou 'opportun' et implique l'existence d'un besoin social impérieux » (33).

A propos de la vie privée, on lit encore :

« (...) la Cour l'admet, la marge dont l'État défendeur disposait pour apprécier en l'espèce le besoin social impérieux, et notamment pour choisir les moyens de sauvegarder la sécurité nationale, revêtait une grande ampleur.

Néanmoins, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus car un système de surveillance secrète destiné à protéger la sécurité nationale crée un risque de saper, voire de détruire la démocratie au motif de la défendre » (34).

(30) Cf. *infra*, p. ???.

(31) Cf. *infra*, p. ???.

(32) Affaire *Dudgeon*, arrêt du 22 octobre 1981, p. 15, § 51.

(33) Affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A, n° 30, p. 34, § 56.

(34) Affaire *Leander*, arrêt du 26 mars 1987, série A, vol. 116, p. 25, §§ 59-60 (avec renvoi à l'arrêt *Klass* et autres du 6 septembre 1978, série A, n° 28, pp. 23-24, §§ 49-50).

Que l'intrusion dans la vie privée soit le fait d'une autorité publique ou d'un particulier, la Cour fera preuve d'une vigilance identique et ne modifiera guère son mode de raisonnement. Ainsi deux requérants britanniques invoquèrent-ils l'article 8, pour se plaindre du bruit émanant de l'aéroport de Heathrow, administré par une entreprise privatisée.

La Cour déclara :

« Que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive, à la charge de l'État, d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits que les requérants puisent dans le paragraphe 1 de l'article 8, ou sous celui d'une 'ingérence d'une autorité publique', à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins. Dans les deux cas, il faut avoir égard au juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble ; de même, dans les deux hypothèses, l'État jouit d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention. En outre, même pour les obligations positives résultant du paragraphe 1 'les objectifs énumérés au paragraphe 2 (...) peuvent jouer un certain rôle' dans 'la recherche' de l'«équilibre» voulu (arrêt *Rees*) » (35).

Il ressort de cette citation que l'État ne peut rester le spectateur passif des relations entre individus ; la Cour a rappelé :

« si l'article 8 a essentiellement pour objet de prémunir l'individu contre les ingérences arbitraires des pouvoirs publics, il ne se contente pas de commander à l'État de s'abstenir de pareilles ingérences : à cet engagement plutôt négatif peuvent s'ajouter des obligations positives inhérentes à un respect effectif de la vie privée ou familiale. Elles peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (36).

#### 6. *Obligation positive de l'État et mesure prévue par la loi*

En conséquence, la violation du droit à la vie privée dans les relations entre la société d'assurance et son client n'échappe pas à l'emprise de l'article 8 ; au contraire, elle impose à l'État l'obligation d'intervenir là aussi pour imposer la réforme de pratiques non conformes à la Convention européenne.

Quelle a été l'attitude de l'État belge en la matière ? Nous l'étudierons à la lumière d'une autre condition mise par l'article 8 à la licéité de l'ingérence dans la vie privée : elle doit être prévue par la loi.

Avant l'adoption de la loi du 25 juin 1992, force était de constater un vide législatif étonnant dans une matière touchant à la dignité de l'indi-

(35) Affaire *Powell et Rayner*, arrêt du 21 février 1990, p. 13, § 41 ; avec renvoi aux arrêts *Raes* du 17 octobre 1986, série A, n° 106, p. 15, § 37 pour le paragraphe 1, et *Leander* du 26 mars 1987, série A, n° 116, p. 25, § 59, pour le paragraphe 2.

(36) Affaire *X. et Y. contre Pays-Bas*, arrêt du 26 mars 1985, p. 7, § 23 ; avec renvoi à l'arrêt *Airey* du 9 octobre 1979, série A, n° 32, p. 17, § 17. Voy. aussi arrêt *Marckx*, du 13 juin 1979, p. 10, § 31.

vidu. Aucune disposition concernant les investigations des compagnies d'assurances en matière médicale ne figurait ni dans la loi du 11 juin 1874 contenant les titres X et XI du Code de commerce (37) ni dans la loi du 9 juillet 1975 relative au contrôle des entreprises d'assurances (38).

Les questionnaires et examens médicaux apparaissaient quasi-subrepticement dans les articles 3, 4 et 23 de l'arrêté royal du 5 juillet 1985 relatif à l'activité d'assurance sur la vie (39). Trois remarques s'imposent : cet arrêté concernait l'assurance-vie et ne pouvait être étendu au domaine de l'assurance-hospitalisation complémentaire, il n'évoquait pas les investigations médicales auxquelles faisaient procéder les assureurs en cours d'exécution du contrat, il ne pêchait pas par un luxe de détails.

On lisait à l'article 3, § 2 :

« L'entreprise (d'assurances) soumet à l'Office (de contrôle des assurances) :  
— les questionnaires médicaux (...) ; »

à l'article 4 :

« (...) L'entreprise mentionne dans la proposition (...) que, dans le cas où le candidat preneur d'assurance ne souscrirait pas le contrat, les frais de l'examen médical subi peuvent être mis à sa charge. Ces frais ne peuvent excéder une somme fixée par l'Office » ;

à l'article 23 concernant la remise en vigueur du contrat :

« Cette faculté peut être subordonnée au résultat favorable d'un examen médical ».

Cet arrêté royal s'inscrivait dans le cadre de la loi du 9 juillet 1975 dont l'objet et le champ d'application étaient définis à l'article 1<sup>er</sup> :

« La présente loi a pour objet de protéger les droits des assurés et des tiers concernés par l'exécution de contrats d'assurance et, à cette fin, de fixer les conditions et les règles essentielles auxquelles est soumise l'activité des entreprises d'assurances, d'organiser le contrôle de cette activité et de déterminer les règles spéciales pour la liquidation des opérations d'assurances. »

Le chapitre IV de la loi créait un établissement public, doté de la personnalité juridique, dénommé « Office de Contrôle des Assurances ». L'article 29 définissait sa mission : « Cet office est chargé de veiller à l'application de la présente loi et de ses règlements d'exécution ». La suite de l'article précisait :

« Outre celles qui sont fixées par la présente loi ou par le Roi en vertu de la présente loi, les obligations auxquelles doivent être soumises les entreprises d'assurances afin que leurs opérations soient conformes à la technique des assurances, aux exigences de l'équité et à l'intérêt général des assurés et bénéficiaires de contrats d'assurances, sont déterminés par l'Office par voie de règlements (...).

(37) *Monit.*, 14 juin 1874.

(38) *Monit.*, 29 juillet 1975.

(39) *Monit.*, 13 juillet 1985.

Ces règlements sont soumis à l'avis de la Commission des Assurances et à l'approbation du Ministre ; ils sont publiés au Moniteur Belge. »

Pouvait-on dès lors affirmer : « La légalité de l'interrogatoire de l'assuré et de l'examen médical auquel il est soumis n'est pas contestable. Celle-ci est confirmée par l'arrêté royal du 5 juillet 1985 » ? (40)

Ne peut être confirmé nous semble-t-il que ce qui a été préalablement affirmé. Et l'on ne pourrait prétendre que la loi du 9 juillet 1975 habilitait le ministre compétent ou l'Office de contrôle à autoriser des ingérences dans la vie privée de l'individu qui ne sont pas peu de choses ainsi qu'en témoigne la jurisprudence de Strasbourg.

Le Pouvoir exécutif avait manifestement outrepassé le mandat que lui avait accordé le Législatif et il semble opportun de rappeler ici une règle élémentaire de droit public dans une société démocratique :

« Les arrêtés par lesquels le Roi exerce son pouvoir réglementaire d'exécution sont subordonnés à la loi. Ils ne peuvent que développer les règles qui y sont contenues sans pouvoir en restreindre ou étendre la portée ». (41)

Cette création *ex nihilo* de l'Exécutif « couvrant » une partie des ingérences que s'autorisaient les compagnies d'assurances ne pouvait s'analyser comme une « mesure prévue par la loi » au sens de l'article 8 de la Convention et elle ne répondait certes pas aux exigences exprimées par la Cour européenne : « le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné » (42).

#### a) *Autonomie de la volonté et convention-loi*

En ce qui concerne les examens préalables à la conclusion d'un contrat d'assurance, le ministre des Affaires économiques avait implicitement reconnu l'insuffisance des lois concernant spécifiquement le domaine des assurances. Le 27 février 1987, le député Ansoms lui avait adressé cette question écrite :

« a) (...) »

b) Une compagnie d'assurances établie dans notre pays a-t-elle le droit de subordonner la souscription de certaines assurances aux résultats d'un test de dépistage du Sida ? Dans l'affirmative comme dans la négative, sur base de quelles dispositions légales ? »

Le Ministre s'était borné à répondre :

(40) FAGNART, J.L., « Les assurances et le sida » in *Le sida, un défi aux droits*, Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 675-704, spec. p. 692.

(41) ERGEO, R., *Introduction au droit public*, Bruxelles, Story Scientia, 1990, p. 151. Cass., 18 novembre 1924, *Pas.*, 1925, I, 25 ainsi que les conclusions de M. le Procureur général W.J. GANSHOFF VAN DER MEERSCH avant Cass., 17 mars 1963, *J.T.*, 1963, p. 539.

(42) Affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, *Série A*, n° 30, p. 31, § 49.

« (...) Les compagnies d'assurances ont ce droit sur base de dispositions contractuelles. L'assureur assure un risque. Le preneur d'assurance a le devoir de mettre l'assureur en état d'évaluer exactement le risque.

C'est le but des questionnaires médicaux et d'un éventuel examen médical.

La pratique de l'examen médical lui-même tombe pleinement sous la compétence et l'autonomie du médecin qui est, comme toujours, soumis aux règles déontologiques. » (43)

Le ministre évoquait donc pour justifier ces pratiques les principes d'autonomie de la volonté et de convention-loi.

Cette opinion était partagée par une partie de la doctrine (44) mais certains auteurs ne s'y ralliaient qu'en laissant percer un certain embarras ; ainsi M. T. Vansweevelt :

« L'état de 'santé' ne doit pas être compris dans un sens trop strict, mais peut être défini comme un état de bien-être total sur le plan physique, mental et social. Dans cette optique, on peut défendre le point de vue que chacun décide personnellement, pour une grande part, mais pas exclusivement, si un tel examen va bien dans le sens des intérêts de sa santé. Or, se soumettre à un examen médical pour obtenir une assurance-vie peut être important pour le bien-être mental et social de l'intéressé. Un examen médical en vue d'une assurance-vie avec un test VIH peut ainsi bel et bien servir les 'intérêts de la santé' (...) On devra peut-être en arriver à dire que tout en n'étant pas (strictement) inspirés par les intérêts de santé, certains examens médicaux sont tout de même licites s'ils ne comportent que peu ou pas de risques et s'ils sont effectués avec le consentement de la personne examinée » (45).

A l'inverse, M. F. Rigaux écrivait :

« Les droits fondamentaux du malade ne peuvent être sacrifiés au seul intérêt patrimonial de son cocontractant. Sans doute dira-t-on que celui qui sollicite un emploi ou une prestation de services (telle l'assurance) accepte de se soumettre volontairement aux conditions imposées par le cocontractant. Mais précisément, cette idée même ne réduit-elle pas à un pur formalisme le caractère volontaire du consentement ? » (46)

Si, en matière d'assurance-vie, on reprend la réflexion souvent entendue : « personne n'est obligé de contracter », nous pouvons, comme M. Rigaux, conclure à un grand formalisme, les circonstances de la vie se faisant souvent très exigeantes. Quoi de plus contraignant que la mort dont on veut tenter de limiter les effets néfastes pour les survivants auxquels on est uni par des liens intimes ? Quoi de plus contraignant que la maladie et ses effets physiques, moraux, financiers ou affectifs ?

Au surplus, il convient de constater que les organismes financiers subordonnent très fréquemment l'octroi d'un emprunt hypothécaire à la signa-

(43) *Bull. Q.R.*, Chambre, 1986-1987, 17 mars 1987, p. 1673.

(44) FAGNART, *J.L.*, *loc. cit.*, p. 697, et n. 78.

(45) VANSWEEVELT, *T.*, *op. cit.*, pp. 119-120.

(46) RIGAUX, F., « La protection des droits de la personnalité », in *Colloque du Centre biéthique de l'U.C.L.*, 1988, t. II, pp. 135 et s. et spéc. p. 140.

ture d'une police d'assurance-vie ou d'une assurance « solde restant dû ». Rétorquera-t-on que nul n'est tenu de recourir à l'emprunt ? Cet exemple nous conforte dans la conviction que l'on exprime une conception bien formelle et très éloignée des réalités humaines lorsqu'on évoque ici la liberté des contractants et le principe d'autonomie de la volonté.

### b) *Ordre public international*

En outre, nous nous trouvons dans une matière où le consentement réel ou supposé de la personne lésée ne peut servir à tout justifier. Il convient, à cet égard de dénoncer l'abus fréquent de la notion de « consentement éclairé ». La Convention européenne des droits de l'homme est une matière d'ordre public international et, dès lors, ni les États ni les individus ne peuvent y déroger. La Commission européenne l'a rappelé très clairement :

« (...) les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe tels que les énonce le Statut, et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun (...); un État contractant lorsqu'il saisit la Commission en vertu de l'article 24, ne doit (...) pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe » (47).

Un des « pères » de la Convention européenne des droits de l'homme, Henri Rolin, a laissé un témoignage significatif :

« C'est une chose qui nous a frappés lorsque nous avons élaboré le règlement de la Cour européenne des droits de l'homme que, même à l'article 25, on ne se trouvait plus devant un différend entre des États ayant des intérêts opposés, mais que le seul intérêt en cause était un intérêt reconnu commun, se confondant avec celui des individus » (48).

Au surplus, la Convention européenne fait partie de l'ordre public interne. M. le Procureur général W.J. Ganshof van der Meersch l'a souligné de manière particulièrement éclairante et en a tiré les conclusions :

« Leur observation [les règles d'ordre public] est une condition de la validité des contrats et des autres actes juridiques qu'elles régissent. Il en est, en principe, fait application par les tribunaux, même d'office. Les parties peuvent s'en prévaloir en tout état de cause et même généralement, en droit français et en droit belge, par exemple, pour la première fois devant la Cour de cassation. Les conventions contraires à l'ordre public sont interdites. Une matière d'ordre public ne saurait, à peine de nullité, faire l'objet d'une convention, d'un compromis, d'un arbitrage, d'un acquiescement, d'une transaction ou

(47) Affaire *Autriche c. Italie*, C.E.D.H., *Annuaire*, IV, pp. 135 et s. Voy. EISSEN, M.A., « La Cour européenne des droits de l'homme, de la Convention au règlement », *A.F.D.I.*, 1959, pp. 652 et s.

(48) ROLIN, H., « Vers un ordre public réellement international », in *Hommage d'une génération de juristes au Président Basdevant*, Paris, 1960, p. 441.

d'une renonciation. Les règles d'ordre public sont sanctionnées par la nullité et celle-ci ne peut s'effacer par la volonté des parties. Elles sont soumises au contrôle du ministère public qui, dans cette matière, dispose d'une action pour en assurer le respect » (49).

et encore :

« Les conventions qui dérogent aux lois qui intéressent l'un ou l'autre de ces domaines étroitement associés [l'ordre public et les bonnes mœurs] ne sont pas 'légalement formées' ». (50)

c) *L'inaliénabilité des droits de l'homme*

Dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, ses signataires expriment leur but immédiat lorsqu'ils se déclarent « Résolus (...) à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle [des droits de l'homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948] ». Or, cette dernière qualifie les droits fondamentaux — dont celui à la vie privée — d'inaliénables et d'imprescriptibles. Le consentement réel ou supposé de l'individu à ce qu'ils soient suspendus ou supprimés se trouve dès lors dénué de valeur juridique.

M. W.J. Ganshof van der Meersch explique à ce sujet :

« Un intérêt fondamental dépasse les droits du requérant et même sa personne, un intérêt dont il n'est pas le maître : l'intérêt supérieur que représente le respect de 'la loi', c'est-à-dire la protection des droits fondamentaux, telle que l'organise la Convention. Ici encore l'intérêt se confond avec l'intérêt général et rejoint l'ordre public » (51).

Dans la matière ici étudiée, ordre public international et ordre public interne coïncident parfaitement et l'on peut reprendre la remarquable formule de J. Dabin :

« Il est des facultés tellement inhérentes à la personne physique ou morale des individus qu'elles ne sauraient être abdiquées sans mutilation profonde de cette personnalité » (52).

Cette coïncidence de l'ordre public international et de l'ordre public belge se traduisait dans le tout cohérent que constituaient l'article 8 de la

(49) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? » in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, P.U.B., Bruxelles, 1968, pp. 155 à 251, spéc. p. 162.

(50) *Ibidem*, p. 159.

(51) GANSHOF VAN DER MEERSCH, W.J., *loc. cit.*, p. 210.

(52) DABIN, J., « Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes mœurs, sanction de la dérogation aux lois en droit privé interne », *Annales de droit et de sciences politiques*, tome VIII, n° 34, avril 1940, p. 235.

Convention et l'article 458 du Code pénal consacrant ce que l'on appelle communément, mais de façon erronée, le secret médical (53).

Les droits de l'homme ne sont pas nés avec la Convention européenne ; elle les a reconnus et a contribué à assurer leur respect. Par un raccourci trop aisé et qui ferait sursauter au moins les historiens, on pourrait considérer qu'Hippocrate avait, en matière de santé, balisé le terrain où se sont mus les auteurs de la Convention. Moins futillement, on soulignera combien l'article 8 illustre une valeur considérée comme essentielle dès l'aube de notre civilisation.

La Commission européenne a déclaré à ce sujet :

« la prise de connaissance hors de propos par des tiers, de faits ayant trait à la condition physique, la santé, la personnalité, peut certes violer l'intimité du requérant et porter atteinte à sa vie privée » (54).

La prise de connaissance et *a fortiori* l'utilisation par des tiers, quelle que soit leur fonction ou leur profession, de faits ayant trait à la santé se révèle toujours hors de propos dès qu'elle poursuit des buts autres que ceux énumérés par l'article 8 et notamment étrangers à la protection des droits et libertés d'autrui tels que les entend cette disposition.

Hors ce cadre, la révélation d'un état de santé ne peut entraîner aucune conséquence juridique même si elle a été effectuée avec l'accord prétendument éclairé ou par le fait de l'intéressé. Nul ne pourrait l'utiliser à quelque fin que ce soit et notamment comme moyen ou élément de preuve en matière judiciaire et nul ne pourrait non plus demander à en apporter la preuve. Il faut, en cette matière, considérer la révélation comme inexistante ; *mutatis mutandis*, elle ne vaut pas plus dans notre droit que l'enregistrement d'une conversation téléphonique. Cela ne supprime évidemment pas le droit à une réparation du préjudice matériel ou moral dans le chef de la personne victime de la révélation ou de son utilisation.

#### 7. Conclusion sur l'article 8 : du « public et du privé » ; du « secret de santé »

Il nous paraît utile de nous arrêter un instant à la terminologie courante qui contribue parfois à entretenir la confusion par l'utilisation des adjectifs « privé » et « public » et de l'expression « secret médical ».

Par confort, on aurait tendance à concevoir le « public » et le « privé » comme des hémisphères dont l'équateur ne pourrait être franchi que sans retour. Tout serait noir ou blanc sans que puisse exister une zone grise due non pas au mélange mais à la juxtaposition des deux notions. La carte

(53) Art 458 du Code pénal : « 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 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 ».

(54) Requête n° 7654-76, affaire *Van Oosterwijck c. Belgique*, § 43.

contient pourtant du « rayé » ou chaque rayure garde sa spécificité même si, à l'oeil nu, le flou semble régner.

Récemment une personne révéla son état de santé au cours d'une émission télévisée et se vit, pour cette raison, refuser, dès le lendemain, un emploi qui lui avait été promis quelques jours auparavant. Or, elle se révélait apte à exercer le travail en question et n'aurait présenté aucun danger de contagion pour ses collègues.

Cet exemple illustre l'utilisation illicite de la publicité donnée à un état de santé. Elle constitue une atteinte au droit à la vie privée exprimé par l'article 8 qui se double d'ailleurs d'une violation du principe de non-discrimination (55).

En s'écartant de ce raisonnement, on confondrait le droit à la vie privée avec une obligation d'autocensure et l'on risquerait de légitimer la malveillance ou la délation.

A la notion de « vie privée » qui évoque une sorte de repli sur soi, nous préférons l'expression « biens de la personnalité » qu'utilise le Professeur F. Rigaux (56). Elle se révèle infiniment plus positive et dynamique, elle donne le pas au droit sur l'interdit. Dans la vie publique, l'individu privé apparaît trop souvent comme un passager semi-clandestin, son bagage fait l'objet de regards suspicieux alors que sa trousse personnelle ne contient pas nécessairement de produits dangereux pour autrui.

Quant au « secret médical » qui perdrait toute utilité dans une société généreuse et solidaire, il se révèle bien indispensable à une époque où l'association du mal et de la maladie reste ancrée dans nombre de mentalités.

Couramment utilisée, l'expression « secret médical » se révèle, elle aussi, inadéquate car porteuse d'une conception archaïque de la médecine. Pendant des siècles, la relation médecin-malade a revêtu un aspect autoritaire, elle se déroulait entre « docteur », détenteur du savoir et « patient », être passif comme son nom l'indique. Le rapport entre les deux prenait une coloration hiérarchique et conférait au premier le pouvoir de décider de ce qui était opportun même au-delà du champ de ses compétences scientifiques présumées.

L'évolution de la médecine et l'affirmation des droits de l'homme ont concouru à atténuer l'inégalité de la relation. Or l'expression « secret médical » continue à conférer au médecin une image de régisseur là où il est acteur assumant certes un premier rôle mais avec beaucoup d'autres — dont le malade — et sans prééminence. Le médecin n'est pas maître du secret ; celui-ci s'intègre dans le patrimoine du client d'ailleurs juridiquement incapable de mandater qui que ce soit pour le négocier. Le médecin

(55) Cf. *infra*, pp. ???.

(56) RIGAUX, F., *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruxelles, Bruylant, 1990.

ne peut donc disposer de ce qui ne lui appartient pas en invoquant par exemple des problèmes de conscience. Seule la loi peut l'autoriser à parler dans les limites édictées par le paragraphe 2 de l'article 8. Le seul privilège du médecin — et c'est aussi une charge — réside dans la faculté qui lui est laissée, en certaines circonstances, de garder par devers soi des informations que la loi l'autoriserait à divulguer. Mais s'il peut élargir la sphère de discrétion, rien ne l'autorise à la réduire. Pour tout tiers étranger à l'examen, au diagnostic ou au traitement, le secret constitue une constellation dont chaque élément doit rester irréductible, impénétrable et indissociable de l'ensemble. Pourquoi constellation ? Parce que le traitement médical s'éloigne de plus en plus du dualisme traditionnel. Des personnes de plus en plus nombreuses s'y impliquent ; longue serait la liste de ceux qui entourent un malade hospitalisé, chacun d'entre eux détient des informations débordant souvent du domaine purement médical pour s'étendre notamment aux relations affectives.

Même en agissant pour des motifs estimables ou en raison d'un sentiment d'urgence, le médecin qui lèverait, hors de propos, un coin du voile endommagerait la relation de confiance avec le malade dont on proclame avec raison la nécessité tant en matière préventive que curative. Il mettrait ainsi en péril l'ensemble de ce que nous avons appelé la constellation du secret. Les motifs qu'il avancerait pour ce faire pourraient l'être aussi par la plupart de ses collaborateurs qui s'engageraient dans la même voie. Justifierait-il son attitude par son savoir ? Mais celui-ci est largement partagé. Et si l'on prend l'exemple maintes fois cité du malade contagieux qui se conduit de manière irresponsable, autorisera-t-on à l'indiscrétion le psychologue, l'infirmière, l'assistant social qui sont aussi les réceptacles de maintes confidences et qui n'ignorent pas les modes de contamination de la plupart des maladies ? S'appuiera-t-on sur l'affirmation que le malade se livre plus facilement au médecin ? Le fait serait-il vérifié, il conduirait plutôt à conclure qu'il ne faut pas détruire cet élément. Prétendra-t-on que le médecin doit assumer des responsabilités morales très importantes ? Ses coéquipiers n'apparaissent pas *a priori* dépourvus de moralité ou de sens des valeurs. Le problème semble pourtant émouvoir l'opinion uniquement lorsqu'il pose dilemme au médecin. Que d'autres se trouvent confrontés aux mêmes questions trouve peu d'écho dans certaine presse sensationnaliste. Il serait injuste de minimiser le trouble que certaines situations causent au médecin ou de n'y voir — mais cela peut arriver — qu'une nostalgie d'un pouvoir écorné ou une conception élitiste de la profession. Le malaise naît aussi et souvent de l'ambiguïté du public à l'égard de celui qui, dans le langage courant, reste le « docteur ». Cette révérence ne peut-elle partiellement s'expliquer par un vague regret du médecin-sorcier dont le pouvoir rassure non seulement parce qu'il peut guérir ou soulager mais aussi parce qu'il peut dire le bien et le mal en toutes matières ? De là à le ressentir obscurément comme justicier, il n'y a qu'un pas aisément franchi lorsque la déma-

gogie vient flatter certains goûts pernicieux pour l'autoritarisme et la répression ou offrir des réponses simplistes aux angoisses latentes du corps social. Puisqu'elle prétend progresser vers plus de démocratie et une meilleure appréciation des droits de l'homme, notre société ne peut exorciser ses démons répressifs en demandant aux médecins de les chevaucher. Dans la sphère de leur compétence les médecins et leurs collaborateurs sont gardiens de la santé de *leur* malade et dès lors gardiens des droits de l'homme mais pas gardiens de l'ordre (57). Cette conception ne satisfait pas entièrement car elle consiste à faire la part au feu mais la seule alternative résiderait dans une politique de la terre brûlée infiniment plus dévastatrice.

La sanctuarisation de la confiance doit conduire à abandonner le « secret médical » au profit du « secret de santé » défini comme un des biens inaliénables de la personnalité.

## II. — *Au regard de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme*

Avant la loi du 25 juin 1992, la pratique de l'assurance-vie et de l'assurance-hospitalisation complémentaire engendrait aussi des discriminations entre individus qui doivent être étudiées dans le cadre de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Celui-ci énonce :

« La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente convention doit être assurée, sans restriction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation. »

### 1. *Spécificité de l'article 14*

Le principe de non-discrimination exprimé à l'article 14 ne revêt pas valeur absolue ; il s'applique dans l'exercice des droits et libertés reconnus

(57) La Professeur L. THIRY nous écrit à ce propos : « Non, le médecin n'est pas le 'gardien' (un lapsus à consonnance de barreaux), il est comme dans une sorte de course de relais : celui qui reçoit le témoin (résultats de laboratoires) et le passe à son malade. Mais il y a de l'art dans la façon de passer le relais : en préparant, tendant la main vers le malade. Et puis regardez le coureur : une fois appliqué le relais dans la main de l'équipier, il continue sur sa lancée, court un moment en parallèle : il accompagne puis suit.

Dire que le personnel de santé est un maillon entre la maladie et la personne n'enlève donc pas à ce maillon le caractère noble, souple, mais implique une solidarité, une continuité. En d'autres termes, quand le médecin peut-il être relevé de son rôle de communicant ? Quand est-il relevé de l'obligation de communiquer au malade des renseignements sur sa propre santé ? Est-il licite de garder par devers soi un résultat de séronégativité, pour ne révéler que la séropositivité ? Quels critères appliquer pour décréter qu'un cancéreux est trop fragile pour supporter la vérité ? Après quels efforts d'approfondissement d'une situation, le médecin est-il équipé pour décider de garder le 'bien de la personnalité' de son malade, par devers lui ? Apprendre à supputer l'impact de la vérité, devrait être l'un des chapitres de l'éducation médicale ».

par la Convention. Lorsqu'elle a conclu à la violation de l'un d'entre eux, la Cour n'estime pas utile de procéder plus avant et d'examiner s'il y a eu en outre manquement au principe de non-discrimination. Elle explique :

« Quand la violation d'un droit reconnu est constatée, il devient inutile de se placer sur le terrain de l'article 14 » (58).

La Cour recherche une éventuelle violation de l'article 14 en l'absence de violation d'une autre disposition *in se* et, dans cette hypothèse, elle se demande si la discrimination peut être considérée comme un aspect fondamental de l'affaire (59).

C'est donc uniquement par curiosité scientifique et de manière subsidiaire que nous poursuivrons cette étude sous l'angle de l'article 14.

La Cour explique aussi :

« Tout se passe comme si l'article 14 faisait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés » (60).

La Cour apprécie souplement le lien indispensable entre l'article 14 et une autre disposition de la Convention. Il suffit « que la matière du litige n'échappe pas entièrement à l'emprise du texte qui se combine avec l'article 14 (61), que 'les mesures critiquées se rattachent à l'exercice d'un droit garanti' (62), ou que la contestation puisse être située 'dans le domaine' du droit en cause » (63).

## 2. Article 14 et santé

Opérer une différenciation de traitement entre individus en fonction de leur état de santé réel ou supposé peut donc donner lieu à une discrimination prohibée par l'application conjointe des articles 8 et 14 de la Convention européenne. Et, selon la jurisprudence de la Cour, cette discrimination sera patente lorsqu'elle s'effectuera entre individus placés dans une situation, non pas identique mais analogue ou comparable (64).

Nous ne pouvons pas suivre M. Fagnart lorsqu'il écrit « Le principe de la non-discrimination requiert que tous ceux qui se trouvent dans la même situation, soient traités de la même manière » (65). En effet, si le principe interdit certaines différenciations entre les individus, en certaines circons-

(58) Affaire *Dudgeon*, arrêt du 22 octobre 1981, *Série A*, n° 45, p. 26, § 67.

(59) Affaire *Airey*, arrêt du 9 octobre 1979, *Série A*, n° 32, p. 16, § 30.

(60) Affaire *Marckx*, arrêt du 13 juin 1979, *Série A*, n° 31, § 32.

(61) Affaire *Van der Musselle*, arrêt du 23 novembre 1983, *Série A*, n° 70, p. 18, § 43.

(62) Affaire *Schmidt et Dahlström*, arrêt du 6 février 1976, *Série A*, n° 21, p. 17, § 39.

(63) Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, arrêt du 28 mai 1985, *Série A*, n° 94, p. 35, § 72.

(64) Affaire *Lithgow*, arrêt du 8 juillet 1980, *Série A*, n° 102, § 177 ; affaire *de Jong, Baljet et Van der Brink*, arrêt du 22 mai 1984, *Série A*, n° 77, § 62 ; affaire *Rasmussen*, arrêt du 28 novembre 1984, *Série A*, n° 87, p. 13, § 35 ; affaire *Johnston et autres*, arrêt du 18 décembre 1986, *Série A*, n° 112, § 60.

(65) FAGNART, *J.L.*, *loc. cit.*, p. 697.

tances, il ne prohibe pas des traitements plus favorables destinés à atténuer des inégalités. Ainsi dans une société où certaines circonstances — telles qu'une épidémie — aggraveraient des situations individuelles déjà pénibles en les assortissant du rejet social, on ne violerait pas le principe de non-discrimination en accordant certains avantages aux victimes des phobies collectives.

C'est dire pourquoi nous ne pouvons faire nôtre non plus l'affirmation selon laquelle : « Dans la mesure où la survie probable des séropositifs est moindre que celle des séronégatifs, il n'y a donc pas de discrimination à apporter à des situations de fait distinctes des solutions différenciées » (66). Cette application arithmétique de l'égalité risque, au contraire, d'engendrer un effet multiplicateur sur le poids d'un ostracisme latent.

Et le même auteur de poursuivre :

« Bien au contraire, il y aurait une pratique discriminatoire à traiter les malades du sida comme des personnes en parfaite santé, alors que cette faveur est refusée aux cancéreux, aux lépreux, aux tuberculeux, aux hémiplegiques, aux épileptiques, aux syphilitiques et aux diabétiques, aux cardiaques, aux hémophiles et aux aliénés mentaux. » (67).

Si l'on ne peut écarter d'un revers de manche l'inégalité compensatoire et si l'on doit, comme l'a souligné la Cour, accorder une protection particulière aux plus démunis, il convient aussi de reconnaître — et M. Fagnard nous le rappelle judicieusement — que l'émergence d'une maladie nouvelle, même très spécifique et très grave, ne peut nous faire oublier toutes les autres. Toutefois, le sida a joué un rôle de révélateur de notre société et de ses imperfections. Que l'on nous pardonne l'expression, il a fait du séropositif et du sidéen des sortes de caricatures du malade et d'un monde malade de ses malades. C'est pourquoi notre réflexion sur l'article 8 ne se limitait pas à un type d'affection mais privilégiait l'approche du sujet de droit. En abordant l'analyse de l'article 14, nous poursuivons la même démarche en gardant à l'esprit que notre société marginalise peu ou prou tous les malades. On l'avait peut-être un peu oublié et si le sida nous réveille, nous ne devons pas le vivre comme une insomnie passagère. Il nous contraint à

(66) *Ibidem*, p. 698.

(67) *Idem*. — La Professeur THIRY nous écrit à ce sujet : « Dans le texte de M. Fagnard, il y a l'habituel amalgame. Personne ne dit qu'il faut traiter les malades atteints de Sida comme des personnes en bonne santé, mais bien justement comme des cancéreux qui bénéficient de la sympathie, au sens de 'souffrir avec'. Par contre, nous réclamons que le séropositif soit traité comme une personne saine, apte à toutes les activités. Ce séropositif est un peu comme le porteur sain du virus de l'hépatite B, apte à tout mais potentiellement contagieux, dans des circonstances données (don de sang, relation sexuelle non protégée). A noter l'espèce d'extension contagieuse qui, partant de l'ostracisme à l'égard du Sida, commence à s'étendre à d'autres 'séropositifs'. Ainsi les séropositifs pour l'hépatite B commencent à souffrir d'atteinte à leur liberté. Par exemple, le projet britannique d'interdire à un jeune-homme porteur d'hépatite B d'entreprendre des études médicales ou paramédicales (sous prétexte que ce porteur, notoirement connu comme plus contagieux que le sidéen, pourrait contaminer ses malades — s'il ne prend pas les précautions adéquates). ».

un renouveau de vigilance en ce qui concerne le sort et la condition juridique des personnes physiquement, moralement et financièrement diminuées par la maladie. Il nous oblige à remettre en cause les évidences d'hier. Il nous rappelle que le domaine des droits de l'homme est évolutif et se révélera de plus en plus exigeant — voire de plus en plus contraignant — aussi longtemps que se poursuivra la quête d'une société plus humaine (68).

Juridiquement superflue dans la démarche de la Cour européenne dès lors que la violation de l'article 8 est constatée, l'analyse de l'article 14 peut néanmoins se révéler utile en nous aidant à réaliser un état des lieux.

Considérons, par exemple, la matière de l'assurance-vie et rappelons avec tous les auteurs que sa technique se base sur la probabilité. Si nous prenons le cas de deux personnes — l'une séropositive, l'autre cardiaque — toutes deux candidates à l'assurance-vie. La première se la verra refuser, l'autre l'obtiendra éventuellement. Si leur situation n'est pas identique, elle se révèle similaire tant l'incertitude et l'angoisse la caractérisent. Des prévisions globales et finalement abstraites ne modifient en rien ce que leur vécu a de commun c'est-à-dire la pression d'une échéance incertaine pesant sur tous mais devenue pour eux plus concrète et plus obsédante.

Passons au domaine de l'assurance-hospitalisation. Le sida se manifeste par des maladies dites opportunistes dont pourraient souffrir des personnes qui n'auraient pas été contaminées par le V.I.H. Supposons deux personnes hospitalisées en raison d'une de ces affections ? Ne se trouvent-elles pas dans une situation à tout le moins semblable indépendamment de l'origine de leur mal ? Elles peuvent, en toute bonne foi, avoir souscrit une assurance hospitalisation complémentaire, en ayant « échappé », à l'occasion d'une campagne promotionnelle au filtre que constitue l'examen médical préalable. Peut-on déceimment les traiter de manière différente selon qu'on suspectera l'une et non l'autre d'avoir été contaminée par le V.I.H. ? Et nous n'abordons même pas ici le problème des modes de preuves et du caractère acceptable d'examens complémentaires qui seraient imposés au « suspect » par des personnes étrangères à son traitement (69).

(68) A propos du sida, Mme C. LABBE nous révèle que la violation des articles 8 et 14 est entamée avant même que le contrat d'assurance soit proposé ou « négocié » : « Pour pouvoir tarifier le plus exactement possible le risque sida, l'assureur doit être en présence de tous les éléments nécessaires à l'appréciation du risque à assurer. Aussi doit-il être attentif aux indices d'une exposition plus élevée au risque de contamination ou d'une infection éventuelle.

Sont visés tant les facteurs non médicaux :

- état civil (célibataire masculin),
- profession (coiffeur, steward, danseur, etc.),
- toxicomanie par voie intraveineuse,
- recommandation de s'abstenir de donner du sang,
- surassurance/souscription simultanée de plusieurs polices/signes d'antisélection... » (LABBE, C., *Sida et Assurances*, Bruxelles, Larcier, 1994, pp. 89-90).

(69) Cf. *infra*.

Evoquons aussi les jeunes enfants de mère séropositive bénéficiaires d'une assurance-hospitalisation dont le sort reste incertain car on ne sait qu'au bout de quelques mois s'ils sont eux-mêmes contaminés. Quelle base objective et raisonnable va les départager ?

On pourrait multiplier les exemples de distinctions peu équitables entre personnes fragilisées quelle que soit la menace qui pèse sur elles. Toutefois, nous ne poursuivrions dans cette voie sans éprouver un malaise.

### 3. *Justification objective et raisonnable de la discrimination*

Nous devons rappeler ici que la jurisprudence de Strasbourg ne condamne pas toute forme de discrimination entre individus. Selon une formule consacrée, elle autorise la différenciation reposant sur une « justification objective et raisonnable ». Certaines études utilisent cette expression sans tenir compte de la signification bien précise que lui confère la Cour européenne des droits de l'homme. On donne alors aux mots le sens qu'ils revêtent dans le langage courant où d'ailleurs l'utilisation des adjectifs « objectif » et « raisonnable » ne reflète souvent qu'une conviction intime très subjective et parfois peu raisonnée. L'« objectif » et le « raisonnable » ne refléteraient que le fameux « bon sens », ennemi juré du libre examen et de l'esprit critique. Or quoi de plus dangereux et d'effrayant que ce qui va de soi ?

#### a) *Sens courant*

Mais tentons d'oublier un instant les critères dégagés par la Cour et suivons ceux qui, pour opérer des différenciations entre individus plus ou moins bien portants, trouvent une « justification objective et raisonnable » dans la loi des statistiques. Demandons-nous dès lors, quelles statistiques peuvent constituer une base fiable de prévision quant au sort des personnes séropositives récemment contaminées. Qui peut objectivement et raisonnablement prédire les progrès de la médecine ? Constatons aussi que des améliorations continues dans le traitement des maladies opportunistes se traduisent pas une augmentation sensible de l'espérance de vie. Parallèlement s'accroissent les probabilités d'hospitalisation mais celles-ci sont « compensées » par le perfectionnement des soins ambulatoires. Peut-on affirmer que les assureurs tiennent compte de ces éléments et les répercutent dans les secteurs respectifs de l'assurance-vie et de l'assurance-hospitalisation ? En ne le faisant pas, ils pénalisent les séropositifs dans toutes les branches de l'assurance. Le feraient-ils qu'on les accuserait, sans doute, de se livrer à de sordides calculs d'apothicaires. Et nous retrouvons ce malaise que nous évoquions à l'instant.

L'impasse naît de la banale constatation que l'être humain n'est pas réductible à des chiffres. Vivant, et concret, il reste étranger aux calculs

statistiques inertes et abstraits. Ce qui convient pour une voiture, pour un immeuble, pour le plus cher des objets, ne s'adapte pas automatiquement à la personne. Les œuvres d'art les plus précieuses font sans trop de scandales l'objet de commerces divers, ceux-ci ne peuvent pénétrer dans la sphère personnelle. Or l'assurance de personnes apparaît toujours comme une transposition de l'assurance de choses et c'est là que le bât blesse.

En matière de santé et de vie, il ne peut exister de base objective et raisonnable à la discrimination car pour chaque être humain la situation se révèle identique en ce qu'elle recèle de fragilité, de provisoire et d'unique. L'assurance de choses est destinée à remplacer autant que faire se peut ou à réparer ce qui a été endommagé. L'assurance-vie ou l'assurance-hospitalisation ne prétendent pas remplacer ou réparer l'être humain mais elles s'organisent comme si tel était leur but : d'où la nécessité de l'expertiser mais n'en déplaie aux esthètes, on ne peut assurer la personne comme *La Joconde* aussi précieuse soit-elle. En prétendant le faire, on débouche, comme dans les *Contes d'Hoffmann* sur la rencontre d'un Coppélius qui démonte les rouages d'Olympia. Mais celle-ci n'était qu'un automate et la vie n'est ni un conte ni un opéra.

L'assureur gère des individus abstraits dont le portrait-robot est dessiné par la statistique et l'ordinateur. Les droits fondamentaux s'appliquent à des personnes de chair et de sang à la fois diverses et identiques. Aussi précis que soient les calculs, ils ne refléteront jamais la réalité quotidienne de l'individu, ils n'offriront jamais une « base objective et raisonnable » à l'exclusion.

#### b) *Sens juridique*

Revenons au sens juridique de la « justification objective et raisonnable » qui autorise les différenciations de traitement entre individus. La Cour européenne explique :

« [la différenciation] doit s'apprécier par rapport au but et aux effets de la mesure considérée, eu égard aux principes qui prévalent généralement dans les sociétés démocratiques. Une distinction de traitement dans l'exercice d'un droit consacré par la Convention ne doit pas seulement poursuivre un but légitime : l'article 14 est également violé lorsqu'il est clairement établi qu'il n'existe pas de rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (70).

La justification « objective et raisonnable » de la discrimination comporte deux volets indissociables et indispensables à savoir la poursuite d'un but légitime et le rapport de proportionnalité.

(70) Affaire *linguistique*, arrêt du 23 juillet 1968, *Serie A*, n° 6, p. 33, § 10.

c) *La poursuite d'un but légitime*

Dans l'acception du « but légitime », la jurisprudence de Strasbourg se montre encore plus vigilante dans le cadre de l'article 14 que dans celui de l'article 8 (71). Il n'y a rien là que de logique puisque la discrimination représentera souvent une aggravation dans la violation de la Convention. Dans l'entendement de la Cour, le but légitime revêt l'importance d'un intérêt public (72). Ont été considérés comme poursuivant pareil objectif la limitation du nombre d'organisations syndicales (73), la protection de l'ordre démocratique contre le fascisme (74), des mesures de résorption du chômage (75). L'activité des assureurs ne correspond pas à cette recherche de l'intérêt général ; celui-ci, répétons-le, se confond au contraire avec la nécessaire protection de tous les particuliers contre des violations de la Convention européenne des droits de l'homme.

d) *Le rapport de proportionnalité*

Lorsqu'on sort de la catégorie des buts autorisés, il devient superflu de mesurer la proportionnalité des moyens utilisés pour les atteindre. Remarquons toutefois qu'abstraction faite de l'objectif, l'exclusion sociale trouve toujours difficilement à se justifier, sauf urgence extrême.

e) *Les nécessités d'une société démocratique*

Au surplus, la Cour et la Commission ont affirmé, à diverses reprises, que les nécessités d'une société démocratique limitent non seulement les restrictions aux libertés mais interviennent aussi dans l'appréciation de la « justification objective et raisonnable » (76).

Les Organisations internationales vigilantes en matière de respect des droits de l'homme se sont prononcées sur les exigences de la démocratie.

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a invité les autorités nationales « à coopérer avec les compagnies d'assurances privées afin d'élaborer un code assurant la non instauration du dépistage (V.I.H.) pour les problèmes d'assurances collectives ». Pour le surplus, comme cela arrive parfois en raison de sa composition, le Comité a adopté une position ambiguë en souhaitant que la même coopération assure « le consentement éclairé accompagné de consultation-conseil pour toute forme de test » sans préjudice du « respect de la dignité et de la vie privée de l'individu » (77). Le

(71) Cf. *supra*

(72) VELU, J. et ERGEC, R., « La Convention... », *loc. cit.*, p. 192.

(73) Affaire du *syndicat national de la police belge*, arrêt du 27 octobre 1975, *Série A*, n° 19, p. 20, § 48.

(74) Commiss., requête n° 6741/74, décision du 21 mai 1976, *D.R.*, vol. 5, p. 89.

(75) Affaire *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, arrêt du 28 mai 1985, pp. 37 et s., § 78.

(76) VELU, J. et ERGEC, R., « Convention européenne... », *loc. cit.*, pp. 192 et s.

(77) Recommandation n° R(89)14 du 24 octobre 1989.

Comité semblait ignorer que le respect des droits de l'homme interdit que l'on consente à leur violation (78).

Par contre, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe se montrait, à juste titre, plus sourcilleuse lorsqu'elle se disait « inquiète, en particulier des discriminations dont sont victimes certains malades et même des personnes séropositives » (79).

D'avance elle rappelait au Comité des Ministres qu'il convenait de dire clairement le droit lorsqu'elle lui recommandait :

« de charger le Comité directeur pour les droits de l'homme d'accorder la priorité au renforcement de la clause de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, soit en ajoutant la santé parmi les motifs de distinction interdits, soit en élaborant une clause générale d'égalité de traitement devant la loi » (80).

Pour sa part, le Parlement européen a considéré « qu'il est nécessaire que soient prises des mesures visant à éviter que les personnes malades, séropositives ou autrement concernées par le sida, fassent l'objet de discriminations, voire d'ostracisme (...) de la part des compagnies d'assurances » (81).

#### 4. Conclusion sur l'article 14

Ces considérations nous conduisent à conclure qu'avant l'adoption de la loi du 25 juin 1992, la pratique de l'assurance-vie et de l'assurance-hospitalisation complémentaire conduisait à des violations des articles 8 et 14 juxtaposés de la Convention européenne des droits de l'homme en ce qu'elle opérait, entre individus, dans leur vie privée, des discriminations dépourvues de « justification objective et raisonnable », cette expression devant être entendue dans le sens que lui donnent la Cour et la Commission européenne des droits de l'homme.

### III. — *Au regard de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*

#### 1. Portée de l'article 3

Les problèmes évoqués ci-dessus doivent être analysés aussi sous l'angle de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Sans qu'il y ait eu uniformité en la matière, certains assureurs s'attribuaient des pouvoirs d'investigation importants en cours d'exécution du contrat et même après le décès de l'assuré. Selon les cas, leur médecin-

(78) Cf. *supra*, p. ???.

(79) Recommandation 1116 (1989) du 29 septembre 1989

(80) *Idem*.

(81) Parlement européen, *doc. A.2-35/89*, 26 mai 1989.

conseil pouvait réclamer toute information sur la nature de la maladie, de l'accident ou du décès, se prononcer sur les nécessités médicales justifiant la durée de l'hospitalisation, se rendre au chevet du malade pour constater son état de santé, se livrer à tout examen jugé utile, etc...

On imagine aisément la situation pénible de la personne malade dont le médecin refusait, au nom du droit et de l'éthique, de communiquer à l'assureur les informations demandées. Outre les épreuves engendrées par la maladie, elle devait subir des investigations complémentaires de la part d'une personne étrangère à son traitement. Nous ne pensons pas acceptable ce surcroît d'inconfort physique et d'angoisse. D'autre part, nous ne croyons pas devoir faire de longs commentaires quant aux sentiments ressentis par les proches d'une personne décédée sur laquelle on pratiquait une autopsie à la demande de l'assureur.

L'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme déclare :

« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »

Certes, la notion de traitements inhumains ou dégradants peut paraître bien subjective et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ne donne pas de critères d'appréciation bien précis. Comment l'inverse serait-il possible ?

## 2. Individu traité en objet

A titre de comparaison, évoquons deux espèces. L'affaire *Tyrer* concernait un adolescent de l'Ile de Man condamné par un tribunal de la jeunesse à recevoir trois coups de verge sur le postérieur découvert. Plusieurs éléments qui ont conduit la Cour à qualifier ce traitement de dégradant peuvent se retrouver dans le sort éventuellement réservé au malade par l'assureur. La Cour a notamment constaté que Tyrer avait été « traité en objet » ce qu'elle estimait attentatoire à la dignité humaine, qu'il avait subi une angoisse morale (82) et qu'il avait pu se sentir humilié à ses propres yeux (83).

Par contre, dans l'affaire *Campbell et Cosans*, la Cour estima que l'article 3 n'interdisait pas les châtements, consistant à frapper la paume de la main avec une lanière de cuir. Elle expliqua toutefois que la qualification de traitement dégradant doit s'apprécier en fonction de la gravité des souffrances infligées et, comme dans l'affaire *Tyrer*, elle estima que doivent entrer en ligne de compte « les effets néfastes d'ordre psychologique ou autre » (84).

(82) Affaire *Tyrer*, arrêt du 25 avril 1979, *Série A*, n° 26, p. 17, § 33.

(83) *Ibidem*, p. 16, § 32.

(84) Affaire *Campbell et Cosans*, arrêt du 25 février 1982, *Série A*, n° 48, p. 13, §§ 28 et s.

Nous soulignons l'expression « traité en objet » utilisée par la Cour dans l'affaire *Tyrer* car nous ne pensons pas que dans une société préoccupée par la dignité humaine on puisse expertiser l'être humain comme l'on ferait d'une carcasse de voiture. Il nous semble impossible d'affirmer qu'aucune personne émette un consentement valable à être ainsi traitée et il nous apparaît opportun de rappeler, à cette occasion, le caractère inaliénable des droits de l'homme qui, comme expression d'un intérêt général supérieur, doivent toujours prendre le pas sur des intérêts financiers individuels.

Dès lors, nous pensons pouvoir conclure que l'organisation de l'assurance-vie et de l'assurance-hospitalisation complémentaire engendrait aussi des violations de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

DEUXIÈME PARTIE. — LA LOI  
SUR LE CONTRAT D'ASSURANCE TERRESTRE  
DU 25 JUIN 1992 (85)

I. — *L'esprit de la loi*

L'exposé des motifs du projet de loi sur le contrat d'assurance terrestre constate que la législation a vieilli et qu'elle pêche notamment par deux défauts : elle ne protège pas suffisamment l'assuré, elle ne contient que quelques articles sur les assurances de personnes (86).

Dans divers domaines, la loi nouvelle améliore incontestablement le sort de l'assuré mais, pour la matière qui nous concerne ici, elle ne bouleverse rien. Elle ne prend pas suffisamment en compte les spécificités de l'assurance de personnes qui n'acquiert pas une véritable autonomie. On continue à la considérer comme une sorte d'appendice du régime commun imposant certaines précautions supplémentaires d'ailleurs insuffisantes.

On lit, en effet, dans l'exposé des motifs :

(85) *Monit.*, 20 août 1992, pp. 18283 et s.

Session ordinaire 1990-1991, *Chambre des représentants, Documents parlementaires* — Projet de loi n° 1586-1 du 23 avril 1991. — Amendements n° 1586-2, 1586-3 et 1586-4 — Rapport n° 1586-5 du 2 septembre 1991 de M. Verheyden.

Session extraordinaire 1991-1992, *Documents parlementaires*, documents parus au cours de la session 1990-1991, n° 376-1. — Amendements n° 376-2. — Rapport complémentaire n° 376-3 du 14 avril 1992 de M. Schellens. Texte adopté par la commission, n° 376-4. — Amendements, n° 376-5. — Articles modifiés en séance plénière, n° 376-6 ; *Annales parlementaires*. — Discussion et adoption. Séance du 23 avril 1992.

*Sénat*, Session extraordinaire 1991-1992. *Documents parlementaires* — Projet de loi, n° 306-1 du 23 avril 1992. — Rapport n° 306-2 du 3 juin 1992 de M. Monset — Amendements n° 306-3 ; *Annales parlementaires*. — Discussion et adoption. Séance du 18 juin 1992.

Tous ces documents seront cités dans les notes ultérieures de manière abrégée. Pour les arrêtés d'exécution, voir Ministère des Affaires économiques, *Le contrat d'assurance terrestre*, Bruxelles 1993. Voir en particulier l'arrêté royal relatif à l'activité d'assurance sur la vie du 17 décembre 1992.

(86) *D.P.*, 1586/1, p. 1.

« Le titre III est consacré aux assurances de personnes. Eu égard à la très grande importance prise actuellement par le secteur des assurances-vie, il convenait que la loi, consacrant bien souvent la pratique en ce domaine, règle les relations réciproques des parties au contrat et fixe dans certains cas les limites indispensables à leur liberté contractuelle » (87).

Nous relèverons d'abord certaines dispositions, communes à tous les contrats, qui intéressent la matière ici étudiée ; nous aborderons ensuite les articles et commentaires relatifs au secret de santé.

## II. — *Dispositions communes*

Selon l'article 4, la « proposition d'assurance » ne peut se confondre avec une « offre » ou une « promesse de contracter » : elle n'oblige ni le candidat à l'assurance ni l'assureur à conclure le contrat. Toutefois, pour éviter une trop longue incertitude, « si dans les trente jours de la réception de la proposition, l'assureur n'a pas notifié au candidat preneur, soit une offre d'assurance, soit la subordination de l'assurance à une demande d'enquête, soit le refus d'assurer, il s'oblige à conclure le contrat sous peine de dommages et intérêts ».

Les articles 5, 6 et 7 concernent l'obligation de déclaration et les inexactitudes intentionnelles ou non.

L'article 5 formule le principe :

« Le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer exactement, lors de la conclusion du contrat, toutes les circonstances connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque ».

La suite de la disposition prévoit l'utilisation d'un questionnaire à propos duquel l'exposé des motifs précise :

« Dans l'optique des auteurs du projet, si l'utilisation d'un questionnaire par l'assureur ne dispense pas le preneur d'assurance de l'obligation qui lui est imposée par l'alinéa 1<sup>er</sup>, elle ne crée pas non plus en faveur de l'assureur la présomption que les circonstances sur lesquelles celui-ci a posé par écrit des questions précises ont une influence sur l'appréciation et l'acceptation du risque, ce qui enlèverait aux tribunaux leur pouvoir d'appréciation quant au caractère 'raisonnable' de l'obligation du preneur d'assurance. Si l'assureur invoque le fait que le preneur d'assurance a répondu erronément à des questions qui lui sont posées, il devra prouver que les circonstances faisant l'objet de ces questions constituent un élément d'appréciation du risque » (88).

Toutefois lorsque l'assureur conclut le contrat malgré l'absence de réponse à des questions écrites, il ne peut ultérieurement se prévaloir de ces omissions hormis en cas de fraude. Et l'exposé des motifs d'expliquer :

(87) *Ibidem*, p. 7.

(88) *Ibidem*, pp. 16-17.

« (...) l'assureur qui accepte que des questions écrites soient restées sans réponse et conclut le contrat sans investigations complémentaires démontre que les circonstances faisant l'objet de ces questions sont sans influence sur l'appréciation du risque » (89).

L'article 5 proposé par le Gouvernement se terminait par un important alinéa :

« (...) le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer, en cours de contrat, toute modification aux circonstances qui peut avoir une influence sur l'appréciation du risque, dès lors que ce contrat est autre qu'un contrat d'assurance sur la vie, d'assurance maladie ou d'assurance crédit » (90).

Au cours de la discussion en Commission de l'Economie et de la Politique scientifique de la Chambre, on convint d'amender ce texte et de le transférer. Il devint le 1<sup>er</sup> paragraphe de l'article 26 et revêtit la formulation suivante :

« § 1<sup>er</sup>. Sauf s'il s'agit d'un contrat d'assurance sur la vie, d'assurance maladie ou d'assurance-crédit, le preneur d'assurance a l'obligation de déclarer, en cours de contrat, dans les conditions de l'article 5, les circonstances nouvelles ou les modifications de circonstances qui sont de nature à entraîner une aggravation sensible et durable du risque de survenance de l'événement assuré » (91).

Cette modification résulta d'un amendement présenté par le Gouvernement, le Vice-Premier ministre ayant fait remarquer que ce texte concernait les contrats en cours et ne trouvait donc pas sa place au sein de l'article 5 relatif à la conclusion du contrat.

Sur le fond, le Vice-Premier Ministre avait expliqué :

« Il convient de souligner que l'obligation de déclaration qui pèse sur le preneur d'assurance en cours de contrat est la même que celle qui lui incombe à la conclusion du contrat. Le texte se réfère expressément à l'article 5 du projet » (92).

Le preneur d'assurance ne doit donc déclarer que les circonstances nouvelles ou modifications de circonstances, connues de lui et qu'il doit raisonnablement considérer comme constituant pour l'assureur des éléments d'appréciation du risque.

Le texte précise toutefois que seule l'aggravation sensible et durable du risque doit être déclarée à l'assureur. Cette disposition ne devait pas, à première vue, retenir outre mesure notre attention, puisqu'elle exclut de son champ d'application l'assurance sur la vie et l'assurance-maladie. Toutefois c'est à l'occasion de sa discussion que l'on évoqua la communication des résultats d'analyses génétiques mais ce problème sera finalement traité

(89) *Ibidem*, p. 17.

(90) *Ibidem*, p. 194.

(91) *D.P.*, 1586/5, p. 34.

(92) *Ibidem*, p. 33.

dans le cadre de l'article 95 sur lequel nous reviendrons. D'autre part, un commentaire du Vice-Premier Ministre sur le paragraphe 1 de l'article 26 mérite que l'on s'y arrête ; à propos de l'obligation générale d'informer l'assureur en cas d'aggravation du risque ; il déclara devant la Commission de l'Economie et de la Politique scientifique de la Chambre :

« (...) si, par exemple, dans le cas d'une assurance automobile, le preneur d'assurance est victime d'une crise cardiaque au cours de ce contrat, il doit en avertir l'assureur parce que cela peut avoir une influence sur le risque » (93).

Epiloguer sur cette réflexion nous entraînerait à déborder du cadre assigné à cette étude, nous nous limiterons à exprimer nos doutes sur la compatibilité de cette obligation — dans l'exemple donné par le ministre — avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En ce qui concerne les omissions ou inexactitudes intentionnelles, l'article 6 consacre la pratique antérieure :

« Lorsque l'omission ou l'inexactitude intentionnelles dans la déclaration induisent l'assureur en erreur sur les éléments d'appréciation du risque le contrat d'assurance est nul ».

L'exposé des motifs explique que, dans un contrat fondé sur la plus stricte bonne foi, il convient que toute faute soit sévèrement sanctionnée et il précise :

« Aucun délai n'est imposé à l'assureur pour invoquer la nullité. Le caractère intentionnel de l'omission ou de la déclaration inexacte *étant difficile à prouver* (94), et le plus souvent contesté, il est à prévoir que le recours au tribunal sera inévitable, chaque fois que l'assureur voudra opposer la nullité du contrat. Si le tribunal donne gain de cause au preneur en décidant que la fraude n'est pas démontrée mais qu'il s'agit d'une omission ou d'une déclaration inexacte non intentionnelle, la logique exige que l'assureur agisse conformément au prescrit de l'article 7 » (95).

L'article 7 innove en matière d'omission ou d'inexactitude non intentionnelle ; l'exposé des motifs en donne le commentaire suivant :

« Le paragraphe 1<sup>er</sup> vise le cas où il n'y a pas de sinistre. Dans ce cas, l'assureur qui découvre que le risque n'a pas été correctement déclaré au moment de la conclusion du contrat doit proposer au preneur d'assurance une modification du contrat. Il ne peut résilier celui-ci que s'il prouve qu'il n'aurait en aucun cas assuré le risque ».

Comme on ne peut obliger le preneur d'assurance à supporter une prime trop élevée, le projet permet également à l'assureur de résilier le contrat si le preneur refuse la modification proposée ou n'y donne pas suite après l'écoulement d'un certain délai.

(93) *Idem.*

(94) Nous soulignons.

(95) *D.P.*, 1986/1, p. 17.

Si l'assureur laisse s'écouler les délais précisés par le projet sans réagir, il est censé avoir renoncé au droit de se prévaloir à l'avenir des faits qui lui sont connus et le contrat se poursuit aux anciennes conditions.

En ce qui concerne les modalités et les effets de la résiliation, il convient de se reporter à l'article 29 qui a une portée générale.

Au cas où il est mis fin au contrat, le preneur a droit au remboursement de la prime, correspondant à la période pour laquelle le risque n'est plus couvert, suivant le principe général prévu à l'article 18.

Les paragraphes 2 et 3 règlent l'intervention de l'assureur en cas de sinistre.

Le projet opère une distinction selon que l'omission ou la déclaration inexacte peut ou non être reprochée au preneur d'assurance, à la lumière de l'obligation qui pèse sur celui-ci en vertu de l'article 5 et qui, faut-il le rappeler, doit être interprétée « raisonnablement ».

Le paragraphe 4 vise le cas où chacune des parties ignorait, sans que cette ignorance puisse leur être reprochée, l'existence d'une circonstance qui n'a été révélée, à l'une d'elles au moins, qu'ultérieurement. Dans ce cas, la déclaration et l'appréciation objectives du risque ont été effectuées correctement et, tant sur le plan technique que sur celui du droit, la découverte d'une circonstance inconnue a le même effet sur cette appréciation objective que la naissance d'une circonstance nouvelle, ce qui justifie l'application des dispositions de l'article 25 ou de l'article 26.

De manière générale, il faut comprendre que l'ignorance peut être reprochée à une partie si elle s'est rendue coupable d'une faute « *in abstracto* », autrement dit si elle n'a pas agi en bon père de famille (96).

Les articles 25 et 26 auquel il est renvoyé concernent la diminution et l'aggravation du risque mais ces dispositions ne s'appliquent ni à l'assurance sur la vie, ni à l'assurance-maladie « en raison des caractéristiques propres à ces assurances, dans lesquelles on calcule une prime moyenne pour des risques variables » (97).

L'article 8 écarte l'assimilation de la faute lourde au dol en matière d'assurances car « il n'est pas équitable que l'assureur ne couvre pas l'imprudence, même grave, (...) [et] il est pratiquement impossible de faire une distinction nette entre faute lourde et légère (...). Le terme 'faute lourde' est beaucoup trop vague pour pouvoir servir de critère d'exclusion » (98).

L'assureur garde néanmoins la possibilité de « s'exonérer de ses obligations pour les cas de faute lourde déterminés expressément et limitativement dans le contrat ». Et l'on explique : « On ne peut en effet lui imposer l'obligation de couvrir des risques qu'il ne veut ou ne peut pas supporter » (99).

L'alinéa 3 introduit toutefois une réserve : « Le Roi peut établir une liste limitative des cas de faute lourde qui ne peuvent être exclus de la garantie ».

(96) *Ibidem*, pp. 18-19.

(97) *Ibidem*, p. 30.

(98) *Ibidem*, p. 19.

(99) *Ibidem*, pp. 19-20.

L'article 30 exprime le principe que la durée du contrat d'assurance ne peut excéder un an. Toutefois cette règle ne s'applique pas aux contrats d'assurance-maladie et d'assurance sur la vie. L'exposé des motifs explique qu'il convient d'éviter que l'assureur ne (*sic*) puisse mettre fin à ces contrats en raison de l'aggravation éventuelle du risque (augmentation de l'âge de l'assuré, déclaration d'une nouvelle maladie, etc...) (100). Mais, quelle que soit la durée du contrat, le preneur peut le résilier chaque année.

L'article 36, § 1 dispose :

« La clause par laquelle les parties à un contrat d'assurance s'engagent d'avance à soumettre à des arbitres les contestations à naître du contrat est réputée non écrite. »

Les exceptions à cette règle générale ne concernent pas la présente matière. L'exposé des motifs précise que « cette interdiction s'applique à toute contestation à naître du contrat lui-même, qu'il s'agisse de l'interprétation et de l'application de ses clauses ou de la détermination du montant du préjudice » (101).

Et l'on justifie cette mesure par des arguments développés déjà lors de la discussion de la loi sur le contrôle des entreprises d'assurances, à savoir qu'il fallait éviter la généralisation de cette procédure coûteuse et interdisant aux assurés, moins bien informés des techniques de l'assurance, l'utilisation des moyens les plus adéquats pour la défense de leurs intérêts (102).

Parmi les dispositions communes à tous les contrats, il convient d'évoquer aussi l'article 31 relatif à la résiliation après sinistre. Nous en reportons l'examen sous la rubrique suivante car dans le commentaire de cette disposition, l'exposé des motifs aborde ou plutôt effleure le problème de l'examen médical.

### III. — *La levée du secret de santé* (règle générale)

La relation de confiance et de confiance qui doit lier le médecin et le patient aurait mérité un examen global et cohérent. Son importance ne fut pas perçue au cours d'une démarche qui consista à traiter conjointement de tous les types d'assurance. Nous ne pourrions certifier qu'il s'agit d'un hasard.

Mesurer la portée de la loi nouvelle impose d'abord un *slalom* spécial à travers l'exposé des motifs et les amendements apportés au cours des travaux de la Commission de l'Economie et de la Politique scientifique de la Chambre.

(100) *Ibidem*, p. 32.

(101) *Ibidem*, p. 37.

(102) *Idem* avec renvoi aux *D.P.*, Sénat, 1970-1971, n° 259, p. 34 et n° 570, p. 33.

Le Gouvernement avait soumis à la Commission un article 95 rédigé comme suit :

« Information médicale.

Le médecin choisi par l'assuré (103) remet à l'assuré qui en fait la demande les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

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. »

Le Gouvernement avait initialement choisi l'expression « médecin traitant », il l'a remplacée par « médecin choisi par l'assuré » en suivant l'avis du Conseil d'État qui avait fait remarquer : « L'alinéa 1<sup>er</sup> utilise les mots médecin traitant. Suivant le dictionnaire Robert, ces mots signifient : le médecin qui suit le malade. Entendu en ce sens, toute personne n'a pas un médecin traitant » (104). Cette modification terminologique remplaçant le « médecin traitant » par le « médecin choisi » revêt une importance plus que formelle. En effet, on lit dans le commentaire de l'article 95 :

« Le premier alinéa oblige le médecin choisi par l'assuré, si celui-ci en fait la demande, à lui remettre les certificats médicaux nécessaires à la conclusion ou à l'exécution du contrat (...).

Le second alinéa oblige le médecin de l'assuré, si l'assureur justifie de l'accord préalable de celui-ci, à transmettre au médecin conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès » (105).

Là où le libellé de l'article aurait pu laisser croire à une faculté, l'exposé des motifs nous indique qu'il s'agit d'une obligation. Et malgré les explications du Gouvernement sur lesquelles nous reviendrons, on se trouve ici devant une sérieuse dérogation à l'article 458 du Code pénal. Il importe donc de connaître avec certitude l'étendue de l'obligation et son titulaire mais aussi la sanction en cas de manquement. Il faut aussi pouvoir déterminer avec précision quel partage de rôle s'effectuera désormais entre le médecin choisi par l'assuré (1<sup>er</sup> alinéa), le médecin-conseil de l'assureur (2<sup>e</sup> alinéa) ou l'expert désignés par l'assureur (exposé des motifs sous l'article 138 [cfr. *infra*]). En outre, l'article 95 s'inscrivant dans le titre III « Des contrats d'assurances de personnes » sous le chapitre I « Dispositions communes », il paraît d'ordre tout à fait général. Néanmoins, la lecture de commentaires consacrés par l'exposé des motifs à d'autres dispositions nous contraint à envisager séparément les contrats d'assurance-maladie et d'assurance-vie dont les modes d'exécution sont d'ailleurs différents.

(103) Nous soulignons.

(104) *D.P.*, 1986/1, p. 184.

(105) *Ibidem*, p. 87.

### 1. *L'assurance-maladie*

L'assurance-maladie est évoquée une première fois dans le commentaire de l'article 31 § 2 qui se situe dans le titre I : « Le contrat d'assurance terrestre en général », chapitre II : « Dispositions communes à tous les contrats », section IX : « Durée et fin des contrats ». Cette disposition concerne la résiliation après sinistre et énonce :

« § 2. En assurance-vie ou en assurance-maladie, l'assureur ne peut se réserver le droit de résilier le contrat après sinistre ».

L'exposé des motifs explique :

« Dans un contrat d'assurance sur la vie où le décès de l'assuré n'entraîne pas l'extinction du contrat (assurances à terme fixe, de rente, au second décès), les dispositions de cet article ne sont pas applicables parce que ce décès constitue un des éléments nécessaires de la survenance de l'événement assuré. La résiliation par l'assureur reviendrait alors à rendre impossible cette survenance elle-même et l'assurance serait sans objet.

En assurance-maladie, l'assureur a la faculté de se prémunir contre les mauvais risques en subordonnant sa garantie au résultat d'un examen médical. Lui permettre de résilier le contrat après sinistre n'est donc pas justifié » (106).

Important aussi le commentaire de l'article 138 qui s'inscrit, soulignons-le, sous le titre III, dans le chapitre III « Des contrats d'assurance de personnes *autres* (107) que les contrats d'assurance sur la vie ». Cette disposition s'énonce :

« Choix du médecin.

Pour ses soins, l'assuré a le libre choix de son médecin. »

Ici aussi le gouvernement se rallia à l'avis du Conseil d'État en remplaçant par le mot « médecin » l'expression « médecin traitant » utilisée dans le projet initial (108).

L'exposé des motifs commente comme suit cet article :

« Si l'assureur peut choisir les médecins chargés d'une mission d'expertise ou de contrôle, il ne peut imposer à l'assuré le choix du médecin qui le soigne, ou ce qui y reviendrait indirectement, subordonner le paiement de tout ou partie des prestations à la condition que l'assuré se soumette au traitement du médecin choisi par l'assureur ». (109)

Ce puzzle laisse quelque peu perplexe. Il n'était pas inutile de rappeler le principe de libre choix du médecin en ce qui concerne la consultation, les soins et les traitements mais les commentaires donnés aux articles 31 et 138 ont pour effet d'atténuer singulièrement la portée de l'article 95 et d'en

(106) *Ibidem*, pp. 33-34.

(107) Nous soulignons.

(108) Dans le projet soumis au Conseil d'État, l'article 138 se lisait : « L'assuré a le libre choix de son médecin traitant ». Le Conseil d'État avait estimé « A la suite de l'observation faite sous l'article 95, on écrira : — Art. 138 — L'assuré a le libre choix de son médecin » (*Ibidem*, p. 188).

(109) *Ibidem*, p. 108.

compliquer l'application. Tentons de mieux la cerner dans le cas de l'assurance-hospitalisation en distinguant la procédure de conclusion du contrat et son exécution.

a) *Procédure de conclusion du contrat*

Le commentaire de l'article 31 reconnaît à l'assureur le droit de subordonner la conclusion du contrat au résultat d'un examen médical.

L'article 95 déclare : « Le médecin choisi par l'assuré remet (...) les certificats médicaux nécessaires à la conclusion (...) du contrat » (Selon l'exposé des motifs, il s'agit d'une obligation).

Le commentaire de l'article 138 indique : « (...) l'assureur peut choisir les médecins chargés d'une mission d'expertise ou de contrôle ».

La juxtaposition des textes laisse à penser qu'il peut, dès le départ, y avoir « cohabitation » entre le médecin choisi et le médecin désigné. En pratique, cela réduit considérablement la liberté de choix du demandeur d'assurance qui, pour éviter de subir deux fois les mêmes examens, sera enclin à « choisir » le médecin éventuellement suggéré par l'assureur.

S'il exerce sa liberté et si une divergence se fait jour entre le médecin choisi et le médecin éventuellement désigné pour opérer un contrôle, on peut prévoir de belles querelles d'experts.

Dans le cas où notre hypothèse s'avérerait inexacte, le certificat du médecin choisi ferait foi *ipso facto* et déterminerait à lui seul la conclusion du contrat.

Que l'une ou l'autre interprétation soit la bonne, elle entraîne des conséquences difficilement admissibles. Dans les deux cas, le médecin « choisi » — obligé selon l'exposé des motifs — devient le gardien de contrats conclus entre personnes tierces.

Avant de poursuivre, interrogeons-nous sur la sanction de l'obligation imposée au médecin. Nulle précision ne nous est donnée à ce sujet. Le client intentera-t-il une action en dommages et intérêts contre le médecin qui refuserait la délivrance du certificat demandé ? Mais l'essentiel réside ailleurs. Que peut devenir la relation essentielle de confiance et de dialogue entre médecin et client quand le premier se voit investi du pouvoir — de l'obligation — d'influer directement et peut-être considérablement sur l'avenir financier du second ?

A quelles tentations conduit-on le demandeur d'assurance et à quels dilemmes le médecin ?

Sans cynisme mais avec un minimum de lucidité, on peut se demander si l'on n'incite pas le demandeur d'assurance à courir le praticien le plus compréhensif dans la délivrance des certificats. Notre propos ne vise pas à jeter un doute sur l'honorabilité des médecins mais à considérer que nombre d'entre-eux pourront être sensibles aux difficultés matérielles de leurs

clients et se refuseront à les voir, de leur fait, s'aggraver. Les condamnés qui pourra si au rôle de Créon, ils préfèrent celui d'Antigone.

b) *Exécution du contrat*

Deux hypothèses doivent être ici étudiées : soit, au cours ou à l'issue d'une hospitalisation, un preneur d'assurance demande à recevoir les indemnités dues ; soit l'indemnité est demandée par les héritiers de l'assuré décédé.

1° *Demande d'indemnité par l'assuré lui-même*

L'article 95 déclare : « le médecin choisi par l'assuré remet (...) les certificats médicaux nécessaires (...) à l'exécution du contrat » (selon l'exposé des motifs, il s'agit d'une obligation qui n'est d'ailleurs pas sanctionnée).

Le commentaire de l'article 138 indique : « (...) l'assureur peut choisir les médecins chargés d'une mission d'expertise ou de contrôle ».

Ici encore, on impose une « cohabitation » entre le médecin « choisi » et le médecin « désigné ». Si l'identification du second ne pose guère de problèmes, il n'en va pas de même pour le premier. Dès lors qu'il sera fait appel à un ou plusieurs spécialistes ou à une équipe de cliniciens, le patient a-t-il le loisir de choisir indifféremment chacun d'eux et d'imposer à tous l'obligation prévue à l'article 95 ? Ne sera-t-il pas ici aussi et — dans des circonstances particulièrement pénibles — amené à rechercher le plus compréhensif ? En désignant nommément un médecin soucieux de déontologie ne risque-t-il pas d'entrer en conflit avec lui à un moment bien inopportun ?

Ne taisons pas le dilemme dans lequel se trouvera parfois enfermé le médecin véritablement piégé entre une obligation légale et les nécessités du dialogue de confiance et de confiance. Un bi-hebdomadaire spécialisé titrait à ce propos : « Docteur en médecine et en délation ». Était-ce vraiment excessif ? (110)

En outre, la notion de choix ne se révélera pas toujours évidente. Envisageons le cas du malade ou de l'accidenté que l'on transporte ou que l'on transfère d'urgence vers un hôpital ou d'un hôpital à un autre : quelle sera sa liberté de choix en face de médecins inconnus voire sa faculté physique ou psychologique de l'exercer. Inversement, le médecin pourra, en toute bonne foi, arguer, en diverses circonstances, que n'ayant pas été librement choisi ou désigné, il n'est tenu à rien sinon au secret.

Comment se résoudra un désaccord éventuel entre le médecin « choisi » et le médecin « désigné » sur un diagnostic, sur la nécessité ou la durée d'une

(110) EERLINGS, N., « Secret de polichinelle. Docteur en médecine et en délation », *Le Journal du Médecin*, 1<sup>er</sup> septembre 1992.

hospitalisation, sur les antécédents d'une personne malade ? Procédera-t-on à ces expertises et contre-expertises que nous déplorions plus haut ? (111) Il ne nous paraît guère souhaitable de généraliser une certaine conception de la personne-objet.

### 2° Demande d'indemnité après le décès de l'assuré

L'article 95 spécifie : « 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 » (ici aussi, selon l'exposé des motifs, il s'agit d'une obligation).

Cet article s'inscrivant parmi les dispositions communes aux contrats d'assurance de personnes, elle trouve à s'appliquer aussi bien à l'assurance-vie qu'à l'assurance-hospitalisation.

La cohabitation s'élargit et nous trouvons maintenant en présence le « médecin choisi » du premier alinéa qui, à sa demande, remet à l'assuré les certificats médicaux nécessaires (...) à l'exécution du contrat, le médecin de l'assuré du second alinéa qui, moyennant accord préalable de l'assuré, transmet au médecin-conseil de l'assureur un certificat établissant la cause du décès, le médecin désigné par l'assureur pour une mission d'expertise ou de contrôle (commentaire de l'article 138).

Si l'assuré sentant la mort venir a désigné le médecin chargé de transmettre le certificat établissant la cause du décès, la situation sera relativement claire sauf si pour des raisons tout à fait légitimes le mandataire refuse de remplir sa mission.

Dans l'hypothèse où la mort survient de façon impromptue, il convient de se demander si les ayants-droit du *de cuius* peuvent émettre l'accord que n'a pas exprimé le défunt et quelle solution interviendra en cas de désaccord entre eux.

Si l'assuré décède à l'hôpital pourra-t-on considérer que le médecin de l'assuré (alinéa 2) se confondra avec le « médecin choisi » (alinéa 1) auquel l'assuré aurait antérieurement demandé des certificats nécessaires à l'exécution du contrat ? Il semble difficile de présumer de cette autorisation implicite. En outre, nous avons vu plus haut quelles incertitudes entourent cette notion de « médecin choisi ».

Si l'assuré décède, chez lui, au cours d'une période, initialement prévue comme intermédiaire entre deux hospitalisations, qui est autorisé à transmettre le certificat établissant la cause du décès : un des médecins hospitaliers ou le médecin de famille qui aurait préalablement remis à l'assuré des documents relatifs au contrat en cours ? Ici encore l'autorisation implicite semble peu acceptable.

(111) Cf. *supra*, p. ???.

L'alinéa 2 impose à l'assureur de justifier de l'accord préalable de l'assuré mais il n'indique pas sous quelle forme. Le témoignage des ayant-droit suffirait-il ?

Lorsqu'il signe la police, l'assuré se trouve dans l'impossibilité de désigner nommément le médecin qui, tout au long de la durée du contrat, sera chargé de transmettre au médecin conseil de l'assureur le certificat établissant la cause du décès éventuel. Procéder à des désignations successives ne semble guère praticable. D'autre part, il nous semble peu acceptable que l'on introduise dans la police une clause générale autorisant des médecins non nommément désignés à procéder à la formalité requise. On instituerait ainsi tout ou partie du corps médical gardien collectif de contrats conclus entre tiers. Telle n'est vraiment pas sa mission.

## 2. L'assurance-vie

Seul le texte de l'article 95 peut ici nous éclairer puisqu'on ne trouve ni dans d'autres dispositions ni dans les travaux préparatoires aucune précision sur un rôle attribué en cette matière aux médecins ou experts désignés par l'assureur.

A la conclusion du contrat, le choix de l'assuré reste entier. L'article 95 mentionne la seule intervention du médecin choisi par l'assuré ; quant aux commentaires des articles 31 et 138, ils ne concernent que le domaine de l'assurance-maladie. Le système adopté pour cette dernière ne saurait être étendu à l'assurance-vie puisque rien n'est précisé à cet égard. Invoquerait-on le principe d'autonomie de la volonté que l'on contreviendrait à l'esprit de la loi. En effet, l'exposé des motifs précisait d'emblée :

« Malgré ses qualités, notre loi a vieilli et ne répond plus aux nécessités de la vie moderne. Nous en indiquerons ci-après les principaux défauts : 1. Elle ne protège pas suffisamment l'assuré contre les dangers de la liberté contractuelle. L'assurance, contrat d'adhésion, peut contenir des clauses, imposées par l'assureur, qui accordent à celui-ci des droits exagérés (...) » (112).

Malgré ses imperfections, la loi se veut protectrice de l'assuré. On ne peut dès lors considérer que tout ce qui n'est pas expressément interdit à l'assureur lui est automatiquement permis ou que le silence de la loi autorise à perpétuer les habitudes anciennes. Au contraire, doit-on incliner à penser que la loi prohibe dans le chef de l'assureur toute pratique dont elle n'a pas *expressis verbis* reconnu la légalité.

A la conclusion du contrat d'assurance-vie, le rôle des médecins-conseil ou experts désignés par l'assureur se réduirait donc à néant laissant un rôle exclusif au médecin *choisi* par l'assuré.

Nous retrouvons donc ici la conception du médecin gardien des contrats conclus entre tiers dont nous avons souligné les inconvénients.

Lors de l'exécution du contrat, c'est-à-dire après le décès de l'assuré, nous nous trouvons dans une situation similaire à celle de l'assurance-maladie avec les mêmes problèmes d'identification du médecin de l'assuré et de justification de son accord. Osons à peine évoquer les difficultés en cas de maladie, accident ou décès survenus à l'étranger.

### 3. *Secret professionnel : déontologie et droit pénal*

La loi du 25 juin 1992 impose au médecin des obligations dont elle ne précise pas la sanction. Indulgence du législateur ou gêne ? Le médecin ne s'en trouve pas moins dans une situation bien inconfortable.

L'exposé des motifs conclut un peu rapidement à la réconciliation du droit et de la morale. Il explique :

« En matière d'assurances de personnes, il n'est pas admissible que le secret médical absolu puisse abriter la fraude ou favoriser la malhonnêteté. Ce n'est certainement pas ce que le législateur a voulu (...). Des mesures simples permettront de moraliser le risque dans les assurances de personnes » (113).

Gardien du droit, gardien des contrats, gardien de la morale, le médecin voit sa besace déjà bien lourde singulièrement s'alourdir.

Quant à la morale — la sienne en tout cas — elle s'exprime dans le code de déontologie. Celui-ci contient un certain nombre d'engagements — dont celui au secret — que le médecin prend globalement envers la société et individuellement envers chacun de ses patients. La morale n'est pas monolithique. Elle impose des devoirs différents selon les professions et les circonstances. Les médecins ont leur éthique et elle est exigeante ; il nous paraît incongru d'en faire les surveillants de la morale des affaires. Si l'on s'engage dans cette voie, pourquoi ne pas les transformer en censeurs universels de leurs patients et ne pas en revenir à des conceptions archaïques ?

Quant à la notion de secret professionnel, on lit dans l'exposé des motifs :

« (...), la position de l'Ordre a toujours été et reste fondée sur l'idée que le secret médical a essentiellement un caractère d'ordre public et que, par conséquent, il interdit aux médecins toutes révélations, directes ou indirectes, des faits qui leur sont confiés dans l'exercice de leur profession, hormis les cas où la loi les oblige à les faire connaître et où ils sont appelés à rendre témoignage en justice (article 458 du Code pénal). C'est la conception 'absolutiste'.

Mais il faut bien constater que depuis la promulgation de notre Code pénal en 1867, l'exercice de la médecine a subi de profondes révolutions.

Le 'colloque singulier' et l'intimité d'une confiance partagée, base du serment d'Hippocrate, s'inscrivent actuellement dans une activité médicale qui se disperse de l'hôpital à l'école, de l'usine à la prison, de la visite d'embauche au certificat de reprise du travail, des examens de biologie à l'introduction de l'informatique dans l'analyse de stockage des résultats.

(113) *Ibidem*, p. 87.

Partant de cette évolution spectaculaire, il n'est pas déraisonnable de considérer que le secret médical est en réalité une prérogative qui appartient personnellement au malade qui, par conséquent, doit être en droit de décider, lorsque ses intérêts sont en jeu, que son médecin fournira une description complète et sincère de son état de santé. (...)

Le secret médical n'a d'autre but que de protéger le malade contre des indiscretions intolérables. C'est donc le malade qui doit être maître du secret.

Ce projet remplace la notion de 'secret absolu' par celle du 'secret chose du malade'. » (114)

De l'évolution heureuse de la médecine désormais plus accessible à la population et pratiquée en équipe, on doit évidemment déduire que le malade partagera son secret avec un nombre accru de personnes. Mais on semble ici en tirer la conclusion que cette transformation a automatiquement entraîné la chute des remparts protégeant naguère la confiance et qu'il faut désormais s'incliner devant le fait accompli. Au passage saluons la référence à l'informatique dans un pays qui a tant tardé à légiférer en la matière.

Et l'on explique qu'une notion doit désormais en remplacer une autre. Le « secret absolu » ou — dans la suite du texte — « apanage du médecin » serait devenu « secret chose du malade », le malade accédant au statut de « maître du secret ».

Nous ne nierons pas que les révolutions dans l'art de guérir transforment désormais le secret en ce que nous avons appelé plus haut une constellation (115) mais si l'on considère — et c'est contestable — que la vieille enceinte est tombée, d'autres murailles se sont érigées et, parmi elles, la Convention européenne des droits de l'homme. Belle méconnue hélas dont la séduction n'a pas opéré sur le législateur. Nous y reviendrons. Dans l'immédiat, relevons que le « colloque singulier » évoqué par l'exposé des motifs, n'a pas disparu, loin s'en faut. Il constitue une part importante de la relation entre le malade et le médecin même spécialiste. Si l'on adoptait la logique de l'exposé des motifs, on en arriverait à une analyse juridique différente selon que le « colloque singulier » subsiste — par exemple entre le généraliste et son patient — ou qu'il s'est dilué comme on le prétend. Pour notre part, nous croyons moins à sa disparition qu'à sa multiplication en divers « colloques singuliers » proportionnelle à celle des intervenants scientifiques. Quant à la concertation forcément élargie qu'impose cette évolution, elle doit, comme les « colloques singuliers », rester protégée de toute immixtion s'inspirant de buts autres que médicaux.

Les auteurs de la loi affirment un peu rapidement :

« Une comparaison au point de vue international fait apparaître qu'il n'y a pas d'opposition généralisée ni concertée à la fourniture de renseignements par le corps médical dans la plupart des pays européens. Dans ceux-ci, en effet,

(114) *Ibidem*, pp. 86-87.

(115) Cf. *supra*, p. ???.

le secret médical est considéré comme un droit de la personnalité dont l'assuré peut disposer, notamment en déliant le médecin du secret professionnel. Ce secret fait alors partie des éléments de protection de la sphère privée de l'individu. Le secret partagé, c'est-à-dire la communication de renseignements d'ordre médical du médecin traitant au médecin-conseil de l'assureur, est également très généralement admis, en tout cas dès qu'il y a accord exprès de l'assuré. » (116)

Si la pratique de nombreux pays européens consacre la communication de renseignements au médecin-conseil, elle en fait rarement une obligation ; en outre, la multiplication de mauvais exemples ne peut être considérée comme un encouragement. Au surplus, il paraît à tout le moins exagéré de décrire la situation à l'étranger comme nimbée de sérénité. Le débat ne fait que commencer qui trouve un écho, comme nous l'avons vu, au sein des Organisations internationales soucieuses du respect des droits de l'homme (117).

On nous pardonnera d'y insister : la libre disposition et plus généralement l'aliénation contredisent l'essence même des droits de l'homme. On les sape en reconnaissant à l'individu la faculté d'y renoncer ou de les négocier de quelque façon. Chacun a la faculté de proclamer ses opinions politiques mais on n'imagine pas, en droit, que l'obligation de les déclarer puisse conditionner la conclusion d'un contrat. Il en va de même en matière de santé : chacun est libre de sa confiance mais on ne peut en faire dépendre une opération financière. Procéder autrement reviendrait à considérer le droit à la vie privée comme de seconde zone, distinction que n'opère certes pas la Convention européenne des droits de l'homme. Il est vrai que la notion de vie privée présente des contours imprécis mais cette objection se révèle ici sans pertinence puisqu'une quasi-unanimité considère qu'elle englobe en tout cas la santé (118).

Quant à l'application de l'article 458 du Code pénal, l'exposé des motifs contourne la difficulté plutôt que de l'affronter et cette démarche nous paraît receler maints dangers. On nous a d'abord rappelé l'attachement de l'Ordre des médecins à « l'idée que le secret médical a essentiellement un caractère d'ordre public » interdisant aux médecins toute révélation directe ou indirecte et l'on a qualifié cette conception d'« absolutiste » (119), ce qui aurait mérité quelque analyse. On élude la question en expliquant que le médecin se borne à remettre à l'assuré les certificats médicaux nécessaires et l'on conclut :

(116) *D.P.*, 1586/1, p. 87.

(117) Cf. *supra*, p. ??? . Voy. aussi Conseil de l'Europe, Comité directeur pour les droits de l'homme, *Etude comparative sur la discrimination des séropositifs et des malades du sida*, Strasbourg (11 mai 1992) CCDH (92) 14.

(118) Cf. *supra*, p. ???.

(119) *Ibidem*, p. 86, Cf. *supra*, citation, p. ???.

« Il n'y a là rien qui heurte le secret médical puisque l'opération se passe entre le médecin et le patient » (120).

Et l'on gomme la seconde étape du processus en invoquant l'autonomie du patient à propos de laquelle nous rappelons les remarques du Professeur Rigaux (121).

A tout prendre, il aurait mieux valu préciser que la démarche autorisée constituait une exception à l'article 458 limitée au domaine de l'assurance. C'eût été un moindre mal, malheureusement le raisonnement suivi est autre. On scinde le parcours en deux étapes étrangères l'une à l'autre : le médecin a la liberté de remettre à son client tout document concernant sa santé, le client fait ce que bon lui semble des informations écrites qui lui ont été remises. Dès lors, nous ne nous situons plus dans le domaine de l'exception, de l'amendement ou de la limitation, nous nous trouvons devant une interprétation de l'article 458 qui a pour effet de l'énerver. L'exposé des motifs a donc élaboré un mécanisme d'évacuation du secret professionnel en général. Il se veut toutefois rassurant :

« Il est bien entendu que la mise en œuvre de l'article 95 ne change rien à la responsabilité des assureurs devant le secret professionnel, qui reste entière. C'est à eux qu'il appartient de maintenir l'organisation de leurs services médicaux de façon à ce que les renseignements obtenus restent strictement confidentiels, sous peine d'action en justice.

L'assuré doit avoir la certitude que le secret sera gardé par l'assureur et qu'il ne se produira ni fuite, ni divulgation » (122).

On pourrait épiloguer sur les certitudes de l'assuré, sur les garanties dont il jouit et les recours dont il dispose vraiment. Mais là ne se trouve pas le problème que l'on a évacué.

Imaginons qu'une banque soumette l'octroi de prêts à la remise de certificats médicaux selon le mécanisme décrit plus haut quitte à requérir pour ce genre d'opérations les services de médecins-conseils analogues à ceux des assureurs. Selon le raisonnement adopté par l'exposé des motifs, il n'y aurait rien là que de très licite et cette pratique pourrait faire bouler de neige dans maints secteurs. En matière d'emploi, pareil raisonnement autoriserait à contourner la législation et la réglementation relatives à la protection du travailleur au nom de l'autonomie de ce dernier. Ainsi, plutôt que d'imposer avant l'embauche certains examens médicaux au candidat à un emploi, on exigerait de lui un certificat médical. Pourquoi le médecin refuserait-il ici ce qu'on lui impose là-bas ? Pourquoi l'employeur ne jouirait-il pas de la même latitude que l'assureur ? Est-ce tout à fait innocemment que l'exposé des motifs décrit l'activité médicale comme se dispersant « de l'hôpital à l'école, de l'usine à la prison, de la visite d'embauche au certificat de reprise du travail (...) » ? On peut espérer que le développement de

(120) *D.P.*, 1586/1, p. 87.

(121) *Cf. supra*, p. ???.

(122) *Ibidem*, p. 87.

telles pratiques dans les domaines ci-dessus évoqués provoquerait d'énergiques protestations mais pourquoi les tolérer en matière d'assurances ?

IV. — *Le reliquat du secret de santé*  
(l'exception : l'analyse génétique)

Déjà à l'article 5 concernant l'obligation de déclaration lors de la conclusion du contrat avait été ajoutée la phrase : « Les données génétiques ne peuvent pas être communiquées » (123).

Un amendement à l'article 5 avait été proposé par MM. Cuyvers et Daras, d'une part, et, d'autre part, par MM. Dumez et Bartholomeeussen.

MM. Cuyvers et Daras avaient proposé de compléter l'article 5 par le texte suivant :

« Il (le preneur d'assurance) ne doit pas non plus communiquer à l'assureur les résultats d'analyses ou les rapports d'analyse eux-mêmes concernant l'évolution prévisible de son état de santé. L'assureur ne pourra pas invoquer la dissimulation de tels résultats pour obtenir l'annulation du contrat. » (124)

Les auteurs de la proposition avaient exprimé comme suit leur « justification » :

« Le screening génétique porte atteinte à la vie privée des parents, et ce, tant des descendants que des ascendants et des collatéraux, et l'obligation de déclarer des données obtenues notamment par la technique du screening génétique aurait en outre pour effet que les moins favorisés sur le plan génétique ne pourraient pas se faire assurer, à moins de payer des primes exorbitantes » (125).

De leur côté, MM. Dumez et Bartholomeeussen avaient proposé la phrase :

« Les données génétiques ne peuvent pas être communiquées » (126).

En commission, M. Dumez expliqua : « Cette disposition (l'article 5), lue conjointement avec l'article 3 instaure l'obligation (lire : l'interdiction) absolue de communiquer des données génétiques, quelles qu'elles soient » (127).

M. Cuyvers considéra que cette seconde proposition d'amendement avait une portée plus large que la sienne et il demanda, en conséquence, que la Commission s'y ralliât (128). Cette solution l'emporta avec l'approbation du Vice-Premier Ministre qui expliqua « (...) cet amendement renforce le plus la position du consommateur » (129).

(123) Cf. *supra*, p. ???.

(124) *D.P.*, 1586/4, p. 8, Amendement n° 36.

(125) *Idem.*

(126) *Ibidem*, p. 10, Amendement n° 40.

(127) N° 1586/5, p. 34.

(128) *Idem.*

(129) *Idem.*

C'est ensuite sur la proposition du Gouvernement que la Commission de l'Economie et de la Politique scientifique de la Chambre ajouta à l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 95 une seconde phrase ainsi rédigée :

« Les examens médicaux nécessaires à la conclusion et à l'exécution du contrat ne peuvent être fondés que sur les antécédents déterminant l'état de santé actuel du candidat assuré et non sur des techniques d'analyse génétique propres à déterminer son état de santé futur ».

Ici aussi MM. Cuyvers et Daras avaient déposé un amendement qui aurait ajouté au 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 95 le membre de phrase :

« étant entendu que les renseignements communiqués ne peuvent porter que sur les antécédents de l'état de santé actuel du candidat preneur d'assurance et non sur l'évolution prévisible de son état de santé » (130).

On lit dans la « justification » de cette proposition :

« Cette restriction sauvegarde à la fois les intérêts de l'assureur et ceux de l'assuré. La connaissance des antécédents et de l'état de santé actuel du candidat preneur d'assurance doit permettre à l'assureur de procéder à l'évaluation du risque. Par ailleurs, l'interdiction faite au médecin de communiquer des renseignements concernant l'évolution prévisible de l'état de santé du candidat preneur d'assurance protège ce dernier contre l'utilisation abusive de données relatives à son état de santé futur, obtenues grâce à des techniques nouvelles, telles que le screening génétique » (131).

Comme M. Cuyvers, la Commission estima l'amendement du gouvernement mieux libellé et elle adopta à l'unanimité (132). Sa « justification » se lisait comme suit :

« Il est normal, en matière de contrats d'assurance sur la vie couvrant le risque de décès, que l'assureur pratique une certaine sélection des risques. Il doit, en effet, pouvoir déterminer le degré d'intégration d'un assuré dans un groupe homogène d'individus. Considérant, cependant, que les assureurs utilisent des tables de mortalité afférentes à l'ensemble de la population, il convient qu'ils classent les assurés en groupes relativement larges sous peine de refuser systématiquement les risques qui s'écarteraient d'une norme de santé standard de plus en plus sévère.

Dans ce contexte, il apparaît que certaines techniques scientifiques sont de nature à permettre de cerner avec de plus en plus de précision l'évolution de l'état de santé futur de l'assuré. Tel est le cas notamment de l'analyse génétique.

Le recours à de telles techniques doit être écarté dans les assurances de personnes pour éviter une sélection abusive des risques par l'assureur.

C'est pour une identité de motifs que la résiliation après sinistre est interdite en assurance-maladie et en assurance-vie (article 31) et qu'il n'y a aucune obligation de déclarer l'aggravation du risque dans ces branches (article 26) » (133).

(130) *D.P.*, 1586/4, p. 9 ; amendement n° 37.

(131) *Idem.*

(132) *D.P.*, 1586/5, pp. 75-76.

(133) *D.P.*, n° 1586/4, p. 6, amendement n° 31.

Des parlementaires ont donc marqué leur souci de protéger la vie privée contre certains empiétements. Le Ministre n'est pas resté sourd à leurs préoccupations. Si l'on peut s'en féliciter, on doit regretter que la discussion de fond soit restée à l'état d'ébauche. Le Parlement n'a pas saisi l'occasion de répondre clairement à des questions primordiales et d'approfondir la signification de principes essentiels. Par contre certains ont déjà tiré des conclusions très claires : « les tarés de toute l'Europe pourront s'assurer en Belgique » (134).

V. — *La loi à la lumière  
de la Convention européenne  
des droits de l'homme*

A propos de l'article 95 de la loi, on doit approuver MM. Cuyvers et Daras lorsqu'ils estiment que la transmission d'informations obtenues grâce au « screening génétique » porte atteinte à la vie privée des parents de personnes soumises à ce type d'analyse. Mais en s'intéressant à leurs parents, on oublie ces dernières et l'intrusion effectuée au préalable dans leur intimité. On aurait dû relever aussi que la révélation d'une maladie héréditaire décelée par des techniques moins élaborées entraîne exactement les mêmes résultats. Pourquoi y aurait-il atteinte intolérable dans le premier cas et pas dans le second ?

Avec raison encore, les mêmes députés estiment inacceptable de discriminer les moins favorisés sur le plan génétique. Mais pourquoi ne pas se pencher sur le sort de toutes les personnes défavorisées en matière de santé dont la faiblesse apparaît à l'évidence sans qu'il soit besoin de recourir à l'analyse génétique ?

MM. Cuyvers et Daras soulignent aussi la nécessité de protéger l'individu contre « l'utilisation abusive de données relatives à son état de santé futur, obtenues grâce à des techniques nouvelles telles que le screening génétique ». La locution « telle que » promettait une étude de l'ensemble des techniques et des conséquences de leur utilisation. D'autres techniques se révèlent-elles aussi performantes et dans ce cas pourquoi les avoir oubliées ? D'autres encore — plus traditionnelles — n'engendrent-elles pas les mêmes résultats ?

Dans divers domaines, l'application de découvertes scientifiques plus ou moins récentes pose problème quant au statut de l'individu et au respect qui lui est dû. On trouve ici l'écho de ce questionnement essentiel et urgent. Mais, en l'occurrence, l'arbre a caché la forêt. Des droits de la personne qui auraient dû focaliser l'attention, on a déplacé le problème vers l'utilisation d'une seule technique : l'analyse génétique. De la sorte, on introduit une différence de traitement entre individus fondée non plus sur leur patrimoine

(134) Cité par LABBE, C., *op. cit.*, p. 87.

sanitaire mais sur la technique permettant de l'évaluer. On s'oriente, en outre, vers une distinction entre personnes selon qu'elles souffrent d'une faiblesse congénitale ou acquise.

Ne peut-il arriver que la seconde engendre des conséquences plus lourdes que la première ? On autorisera pourtant sa révélation tandis qu'on interdira l'autre (135).

La Commission de l'Economie du Sénat a un peu mieux cerné le problème. Dès la discussion générale :

« Un membre renvoie aux travaux de la Commission de l'Economie et de la Politique scientifique de la Chambre, où un amendement concernant le dépistage génétique (*genetic screening*) a été adopté. Certaines techniques scientifiques permettent de cerner avec de plus en plus de précision l'évolution de l'état de santé futur de l'assuré. Tel est le cas notamment de l'analyse génétique.

De cette façon, les preneurs d'assurance seront, à l'avenir, protégés contre les abus des compagnies d'assurance en ce qui concerne le calcul exact de la durée de vie des individus sur la base d'une prédisposition génétique, de sorte que la solidarité sociale entre les personnes génétiquement faibles et génétiquement fortes soit maintenue ». (136)

On aurait peut-être pu s'attarder aux implications et à l'étendue de la solidarité sociale ici évoquée. Certains ont ébauché cette réflexion mais malheureusement ils n'ont pas poursuivi le raisonnement jusqu'à ses ultimes conséquences. Il nous paraît intéressant de citer intégralement les commentaires consacrés à l'article 95 par la Commission :

« *Information médicale*

Un membre est d'avis que l'article 95 contient une injustice vis-à-vis des personnes qui doivent déclarer certaines maladies qui ne sont pas génétiques.

Pas de chance pour celui qui connaît son taux de cholestérol et doit donc le déclarer. En cas de taux de cholestérol élevé, les preneurs d'assurance concernés déclarent qu'ils pourraient souffrir d'une maladie grave à l'avenir.

Le vice-Premier ministre et ministre de la Justice et des Affaires économiques répond qu'il a fallu fixer une limite pour éviter un risque beaucoup plus important. Dans certains cas, une injustice n'est pas à exclure.

Un commissaire déplore que, de la sorte, la personne qui connaît l'existence d'une maladie soit pénalisée.

(135) La Professeur L. THIRY nous écrit : « Les progrès techniques (pas moraux) de la médecine s'emballent de façon telle que l'on pourra bientôt détecter, chez des individus encore parfaitement bien portants pour des années, les marques précurseurs précoces d'une très grande proportion des maladies d'adultes (Démences telles que l'Alzheimer, Chorée de Huntington, Parkinson, prédispositions génétiques aux cancers...) si bien que l'on peut voir se profiler une nouvelle société où une classe restreinte formerait une nomenclatura sans tare, dont les lettres de noblesse seraient décernées par les laboratoires, aux affaires toujours plus prospères. Cette classe de SAINS jouirait de privilèges féodaux auprès des assureurs. Mais le dernier carré des purs SAINS se réduira comme une peau de chagrin, fondant au soleil des progrès médicaux. Ne nous y trompons pas : les vrais bons vivants réels resteront foison, s'ils réussissent à relativiser les pronostics sombres de tous leurs tests. Mais les assureurs se trouveront sans assurables, à force d'avoir découragé, par des contrats exorbitants, le troupeau grossissant des tarés. »

(136) D.P., 306/2, p. 10.

Le vice-Premier ministre et ministre de la Justice et des Affaires économiques réplique que celui qui connaît sa défaillance a l'avantage de pouvoir prendre des mesures pour éviter une maladie grave.

Il précise que celui qui sait avoir une maladie, quelle qu'en soit l'origine, est obligé de la déclarer comme élément d'appréciation du risque.

La limite a été fixée parce que le risque d'abus est plus grand que les risques d'injustice. Un choix s'impose entre deux possibilités qui ne sont pas idéales.

Un membre fait observer qu'il y a une grande différence entre une maladie qui s'est déjà manifestée et une prédisposition génétique. Une prédisposition génétique introduit un élément de large probabilité d'apparition, à un moment donné, de certains symptômes morbides.

En outre, une analyse médicale sert à constater une maladie chez un patient. Le dépistage génétique permet à la compagnie d'assurance d'entrer en possession non seulement des données relatives au patient, mais aussi de données relatives aux membres de sa famille, à ses ascendants, à ses descendants ou à ses collatéraux. Le droit des membres de la famille à la protection de leur vie privée s'en trouve également menacé.

Enfin, le danger est réel de voir le principe de la solidarité sociale battu en brèche. Les personnes génétiquement vulnérables auront à payer une prime bien plus élevée que les autres. Elles courront, dès lors, le risque de n'être plus en mesure, financièrement, de s'assurer contre les risques que l'on rencontre traditionnellement dans la vie et dans la société.

L'intervenant plaide pour le maintien de l'article 95 du projet, de manière que la loi à voter prévienne les développements néfastes. Loin d'entraver l'analyse génétique, l'adoption de l'article 95 exclurait certains abus dans le secteur des assurances.

Le vice-Premier ministre et ministre de la Justice et des Affaires économiques ne conteste pas que l'adoption de l'article 95 mènera dans un certain nombre de cas à des injustices. Par contre, les risques d'une solution inverse sont tels qu'il faut instaurer une barrière. » (137)

On se résigne donc à des injustices que le vice-Premier ministre aurait opportunément appelées *discriminations*.

Sur le seul plan du bon sens et en utilisant les mots dans leur acception courante, nous doutons que ces nouvelles discriminations revêtent un caractère « objectif et raisonnable ». Sur le plan juridique, nous voici revenus à la Convention européenne des droits de l'homme pour constater qu'elle ne fut jamais évoquée au cours de la discussion parlementaire. Nous sommes donc contraint de rappeler son existence pour constater que la loi nouvelle ne répond pas à ses exigences.

En vertu de l'article 8, l'ingérence dans la vie privée se révèle licite si certaines conditions sont remplies et si elles sont *toutes* remplies.

Par rapport à la pratique antérieure, on constate une « amélioration » : les ingérences sont désormais indéniablement prévues par la loi. Par contre, pas plus aujourd'hui qu'hier, elles ne poursuivent des buts qui les rendraient légitimes aux yeux de l'article 8. Pas plus que par le passé, elles ne

(137) *Ibidem*, pp. 30-31.

visent à protéger la santé de qui que ce soit ou les droits et libertés d'autrui entendus comme ceux expressément reconnus par la Convention ou les prérogatives intimement liées à leur exercice.

Se référant aux « meilleurs auteurs » dans un remarquable ouvrage justement primé par *Assubel*, Mme C. Labbe écrit :

« Aucune disposition légale ne consacre le droit à l'assurance (138). Les citoyens ont parfois l'obligation de s'assurer. Ils ont aussi la liberté de demander à l'être. Cette liberté trouve son fondement dans le principe de l'autonomie de la volonté qui permet, d'une part, au citoyen de s'assurer, et d'autre part, à l'assureur de refuser de couvrir un risque » (139).

Mme C. Labbe de poursuivre :

« Les assurés dont la survie probable n'est pas amoindrie par une maladie grave ont le droit d'exiger (140) que les primes qu'il payent ne soient pas augmentées parce que l'assureur, au mépris de la technique des assurances, accepterait de couvrir aux mêmes conditions des risques non homogènes » (141).

Quant à l'autonomie de la volonté et son inapplicabilité au domaine des droits de l'homme, nous renvoyons à ce qui a été écrit plus haut. Remarquons tout de même qu'il s'agit d'une autonomie bien limitée puisque l'un des partenaires a la possibilité d'imposer ses conditions à l'autre ; ce dernier n'exprimant sa volonté que par « oui » ou par « non ».

Au surplus, lorsqu'on met bout à bout les deux citations reproduites ci-dessus, on en arrive à la conclusion qu'il n'existe pas de droit à l'assurance mais bien un droit à l'assurance la moins chère possible. Cette double affirmation ne recèle-t-elle pas quelque contradiction ?

Mais peut-être convient-il de poser la question autrement. Prenons, par comparaison, un exemple qui se situe aussi dans le domaine des droits fondamentaux. Aucune disposition légale ne consacre le droit à l'homosexualité. Par contre, chacun a le droit de conclure tout accord sans devoir subir un interrogatoire sur son orientation sexuelle. Et d'une façon plus large, tout individu doit se voir reconnaître le droit de signer quelque type de contrat sans se soumettre à des intrusions dans sa vie privée — et plus précisément dans sa santé — autres que celles expressément autorisées par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(138) Nous soulignons.

(139) LABBE, C., *op. cit.*, p. 94.

(140) Nous soulignons.

(141) LABBE, C., *op. cit.*, p. 97. Se référant à ce que nous avons écrit, Mme C. LABBE rappelle dans les lignes qui précèdent immédiatement celles reproduites ci-dessus : « (...) la Cour européenne des droits de l'homme autorise des différenciations de traitement entre individus mais à la condition qu'elle poursuivent un but légitime et qu'elles s'appuient sur une justification objective et raisonnable ». C'est exact mais il ne faut pas oublier qu'un « but légitime » correspond à la recherche et à la protection d'un intérêt général et non d'avantages particuliers comme tel est le cas ici. cf. *supra*, p. ???.

La loi du 25 juin 1992 consacre donc des pratiques illicites au regard de la Convention européenne des droits de l'homme et plus particulièrement de son article 8.

C'est dès lors à titre subsidiaire que nous nous pencherons sur la situation de la loi par rapport à l'article 14. Par comparaison avec le régime antérieur, rien ici n'a fondamentalement changé.

Les discriminations engendrées par l'application de la loi nouvelle ne peuvent trouver de « justification objective et raisonnable » comprise notamment comme la poursuite d'un but légitime revêtant l'importance d'un intérêt public. On doit même considérer que la situation s'est aggravée car de nouvelles possibilités de discrimination se sont fait jour en raison même — paradoxalement — de la bonne volonté de ceux qui ont tenté d'atténuer la portée de la loi. On constate ainsi les effets pervers d'une méconnaissance de la Convention européenne et d'une tentative utopique de réconcilier la protection de l'individu avec une autonomie de la volonté en l'occurrence illusoire.

Enfin en ce qui concerne l'article 3 et la possibilité de traitements inhumains, nous ne pouvons que renvoyer à ce qui a été écrit plus haut (142). La loi nouvelle ne met pas l'individu à l'abri des situations où il serait « traité en objet », où il se sentirait humilié à ses propres yeux et subirait de graves « effets néfastes d'ordre psychologique ou autre ».

#### CONCLUSION

Du caractère inaliénable des droits de l'homme — et notamment du droit à la vie privée —, il découle que leurs titulaires ne sont pas juridiquement habilités à renoncer à leur jouissance et que nul ne peut prétendre ou supposer qu'ils l'aient fait quels qu'aient pu être leur comportement ou leurs déclarations. En conséquence, si l'état de santé d'une personne a été révélé, nul ne peut en tirer un argument juridique pour lui refuser quoi que ce soit, hors les cas prévus par la loi. Encore la loi doit-elle se conformer à la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est pas le cas ici puisqu'elle autorise la levée du secret de santé dans des buts étrangers à ceux énumérés limitativement par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme comme la « protection de la santé » ou les « droits et libertés d'autrui » tels qu'il convient de les entendre « dans une société démocratique » c'est-à-dire comme constituant la réponse à un « besoin social impérieux ».

La loi ignore, en outre, les exigences du principe de non-discrimination exprimé par l'article 14. En effet, son application engendre, entre les indivi-

(142) Cf. *supra*, p. ???.

du, des différences de traitement dans l'exercice de leur droit à la vie privée qui ne trouvent pas à s'appuyer sur une « justification objective et raisonnable ». Relevons que « toute personne justifiant d'un intérêt » pourrait poser le problème à la Cour d'arbitrage compétente, depuis la loi du 15 juillet 1988, pour contrôler le respect des articles 10 (principe d'égalité) et 11 (principe de non-discrimination) de notre Constitution.

Enfin, l'application de la loi peut entraîner aussi des violations de l'article 3 de la Convention.

Dès lors on ne peut tirer aucune conséquence juridique des déclarations d'ordre médical remises par l'assuré avant la conclusion du contrat ou pendant sa durée. De même la nullité sanctionne l'acquiescement qu'il aurait donné à un médecin de lever le secret de santé ou l'autorisation qu'il aurait accordée à une personne étrangère à son traitement de s'informer de sa santé ou de procéder sur lui à quelque investigation que ce soit.

Le juge constatera la nullité absolue des clauses et pratiques contraires à la Convention européenne des droits de l'homme, la matière relevant de l'ordre public international et de l'ordre public belge et, pour les mêmes raisons, il rejettera la demande éventuelle de recours à un expert qui pourrait, de surcroît, conduire à une violation de l'article 3.

Les sociétés d'assurances pourraient-elles invoquer le caractère essentiel des clauses contestées c'est-à-dire prétendre qu'en leur absence elles n'auraient pas conclu ? Relevons d'abord que, fréquemment, lors de campagnes promotionnelles, ces sociétés dispensent le futur assuré de diverses formalités médicales. Mais, en affirmant ce caractère essentiel, peuvent-elle plaider la nullité de l'ensemble du contrat pour se libérer de leur obligation de payer les indemnités prévues ?

Il convient de rappeler qu'en la matière, le particulier se trouve devant un *contrat d'adhésion* ; il n'a aucun pouvoir de négociation : c'est à prendre ou à laisser. Dès lors, même s'il convenait de conclure à la nullité de l'ensemble du contrat, il n'en resterait pas moins qu'en raison de la puissance économique des sociétés d'assurances, l'assuré a été mis en état d'espérer un avantage financier selon des modalités qu'il a acceptées bon gré mal gré. La nullité du contrat lui causerait donc un préjudice dont la seule réparation équitable consisterait en l'octroi d'une somme équivalente au montant des indemnités prévues.

La Convention européenne des droits de l'homme se réfère à diverses reprises à la notion de société démocratique. Celle-ci trouve un de ses fondements dans la solidarité : la Cour l'a rappelé maintes fois. On ne peut se délester du poids de cette solidarité sur un État-providence mythique ; elle doit être l'affaire de chacun. Mais si l'État ne peut prétendre à tout régir et tout régler, il reste tenu par les obligations positives que lui impose la Convention européenne des droits de l'homme. Même dans une société ultra-libérale, il lui restera en ce domaine un devoir irréductible d'interven-

tion. Il lui incombe donc de remettre l'ouvrage sur le métier et d'amender la loi du 25 juin 1992. A défaut régnera l'insécurité juridique dans la mesure où le juge refusera d'appliquer les dispositions contrariant la Convention européenne et où des recours seront introduits devant la Cour européenne des droits de l'homme et devant notre Cour d'arbitrage.

Faut-il considérer l'assurance-vie et l'assurance-hospitalisation complémentaire comme définitivement inconciliables avec le respect des droits fondamentaux de la personne ? On devrait pouvoir les aménager dans un sens plus humain. Cela postulerait la suppression des intrusions de tout ordre dans la vie privée et la référence à un individu-type considéré comme courant des chances et des risques moyens de longévité ou de maladie. En outre, les primes se calculeraient en fonction des revenus du preneur d'assurance. Si une évaluation objective démontrait que la réforme se traduirait par une augmentation insupportable des primes, on pourrait atténuer les effets du système proposé en assortissant le contrat d'un « stage » ce qui d'ailleurs est déjà prévu dans certaines polices d'assurance-hospitalisation complémentaire. L'État pourrait aussi jouer un rôle d'incitant, notamment en accordant des avantages fiscaux, tels que des dégrèvements d'impôts, aux couches les plus jeunes et les moins favorisées de la population. Ceci les encouragerait aussi à se prémunir au plus tôt contre la survenance, même lointaine, de la maladie ou les effets d'une médecine à deux vitesses.

L'effort à fournir ne doit pas se limiter à une révision hâtive de quelques dispositions. Il serait souhaitable que se réunissent autour d'une table ronde médecins, assureurs, pouvoirs publics, représentants des consommateurs. Leur tâche consisterait à réfléchir globalement aux moyens de donner à l'assurance des personnes sa pleine autonomie. Elle n'est aujourd'hui qu'une branche mal greffée sur l'assurance des choses. Il convient de l'enraciner dans son propre terreau et de la nourrir notamment par une application accrue de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais encore faut-il que cette dernière soit connue et reconnue notamment par le décideur politique.

Il peut paraître paradoxal de tant insister sur la vie privée à une époque où l'individu — parfois mal conseillé — marque une propension à se « déshabiller » devant les media. Depuis quelques années, la télévision, encouragée d'ailleurs par l'audimat, multiplie les émissions où le plus obscur comme le plus illustre vient exposer ses problèmes les plus intimes : vie de couple, difficultés psychologiques, conflits avec les enfants, mal de vivre, voire prouesses sexuelles mais aussi état de santé. Cette prolifération engendre des documents où se côtoient racolage et témoignages des plus enrichissants d'une vérité humaine émouvante. Ces confidences ne peuvent nous conduire à considérer que leurs auteurs aient renoncé à leur vie privée et à leur droit de la protéger. Au contraire, elles doivent nous amener à plus de vigilance et à affirmer une nouvelle fois que la publication, la publicité,

la révélation et même l'exhibitionnisme n'enlèvent pas au privé son caractère : le privé n'implique pas une obligation de secret absolu. Que pendant un temps plus ou moins long un individu n'exerce pas son droit de réserve ne signifie pas qu'il y renonce. En matière de droits de l'homme, il ne saurait y avoir de prescription extinctive : ceci vaut pour le droit à la vie privée sauf à le considérer comme de seconde zone.