

RESPECT DE LA VIE PRIVÉE, SECRET MÉDICAL ET ASSURANCE

Le droit au respect du secret médical est garanti par de nombreux textes. Pourtant, les entorses à cette obligation professionnelle se multiplient. Certes, l'assureur a besoin de renseignements sur le risque qu'il se propose de garantir, puis sur les circonstances du sinistre. Mais lorsque ces informations concernent l'état de santé de l'assuré, comment le secret médical et l'obligation de déclaration se concilient-ils ?

La présence des assureurs se renforçant sur le marché du remboursement des dépenses médicales, leurs revendications en matière d'accès aux données médicales des assurés s'accroissent. Un rapport sur le sujet doit être prochainement remis au ministre de la Santé. Il est donc utile d'analyser les problèmes que pose la confrontation entre la protection de la vie privée et les pratiques des assureurs.

LE SECRET MÉDICAL : CONTENU D'UN PRINCIPE ANCIEN

L'article 9 alinéa 1 du Code civil, l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 8, 1^o de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales et l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme affirment le **droit au respect de la vie privée**. Il en découle une obligation au secret pour tous les professionnels amenés, au cours de l'exercice de leur profession, à connaître des faits relatifs à la vie privée de leurs clients. L'article 226-13 du Code pénal punit la divulgation de ces informations d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

Parmi ces professionnels, on pense en premier lieu au médecin. Le **secret médical** est d'ailleurs une règle essentielle de la pratique médicale, déjà énoncée 400 ans avant J.-C. dans le *Serment* d'Hippocrate et figurant dès le XIX^e siècle dans le Code pénal.

La confidentialité due au patient est d'ailleurs consacrée en tant que droit de la personne par le Code de la santé publique (art. L. 1110-4 al. 1)¹ et par l'article 10 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine. Le Code de déontologie médicale (articles 4 et 73), celui des chirurgiens-dentistes (articles 5, 5-1 et 5-2) et celui des sages-femmes (article 3) rappellent cette obligation professionnelle.

La loi édicte un certain nombre de dérogations, strictement limitées, à l'obligation au secret médical. L'article 226-14 du Code pénal réserve notamment les hypothèses des sévices sur enfants et des violences sexuelles. L'article L. 1110-4 du Code de la santé publique

introduit des dérogations au profit des autres professionnels de santé pour assurer la continuité des soins ; en faveur des proches du patient ; et au profit de certains organismes pour l'accomplissement de leur mission – Agence nationale d'accréditation et d'évaluation en santé, Inspection générale des affaires sociales... De même, l'article 161-29 du Code de la sécurité sociale impose aux professionnels de santé de communiquer aux organismes d'assurance maladie les données de santé figurant sur la feuille de soins.

L'obligation au secret s'impose à tous les professionnels de santé et à tous les membres du personnel d'un établissement de santé, qu'ils soient en rapport direct avec le malade ou non, dès lors qu'ils disposent d'informations sur le patient. Elle s'impose également à toute personne « *en relation, de par ses activités* » avec un de ces établissements ou un de ces professionnels (art. L. 1110-4 al. 1^{er} du C. santé publ.).

Sont couvertes à la fois les informations confiées directement par le patient et celles que le professionnel découvre dans l'exercice de sa profession – « *ce qu'il a vu, entendu ou compris* », selon l'expression du Code de déontologie. Le fait d'obtenir ou de tenter d'obtenir des informations en violation du secret médical peut être puni de 15 000 € d'amende et d'un an d'emprisonnement.

¹ Introduit par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (JO du 5 mars 2002 p. 4118 ; *INC Hebdo* nos 1228 et 1229 des 18 et 25 octobre 2002).

LES INFORMATIONS MÉDICALES QUE L'ASSUREUR PEUT EXIGER

LA SOUSCRIPTION OU L'ADHÉSION À UN CONTRAT D'ASSURANCE

La déclaration du risque et le droit à la vie privée

L'article L. 113-2, 2° du Code des assurances prévoit que l'assuré a une obligation de déclaration du risque. Celle-ci a pour but de permettre à l'assureur d'évaluer le risque qu'il va garantir. Il peut donc poser uniquement des questions dont la réponse va lui permettre d'apprécier au mieux ce risque, et ne peut interroger l'assuré sur n'importe quel sujet. Cependant, les informations ayant une incidence sur l'opinion que l'assureur se fait du risque – et donc les questions possibles – sont très nombreuses, et les incursions dans le domaine de la vie privée de l'assuré sont à craindre. Ceci est particulièrement vrai en matière d'assurance de personnes, c'est-à-dire lorsque la garantie couvre les risques susceptibles d'affecter la personne humaine de l'assuré dans son existence (assurance sur la vie) ou dans son intégrité (assurance complémentaire santé, assurance invalidité et incapacité, garantie des accidents de la vie...).

L'économie de l'opération d'assurance impose à l'assuré de répondre loyalement à ce questionnaire. Dans le cas contraire, les mesures prévues par le Code des assurances sont sévères : réduction (art. L. 113-9 du C. ass.) ou privation de l'indemnité (art. L. 113-8 du C. ass.).

L'assuré va donc devoir déclarer des informations qui, si elles sont révélées, risquent de porter atteinte à sa vie privée, à son image ou à ses intérêts. Ainsi la séropositivité², une dépression, un état alcoolique... doivent-ils être déclarés.

Limitation des questions relatives à la vie privée :

Le respect du droit à la vie privée limite la liberté de l'assureur dans la rédaction du questionnaire.

Les questions « *concernant le caractère intime de la vie privée, et en particulier de la vie sexuelle* » sont prohibées par le code de bonne conduite concernant la collecte et l'utilisation de données relatives à l'état de santé en vue de la souscription ou l'exécution d'un contrat d'assurance. Ce code a été annexé à la convention Belorgey, convention relative à la couverture des risques aggravés en matière d'assurance emprunteur, signée le 19 septembre 2001 par les représentants de l'État, des associations de consommateurs, des associations de malades et des associations professionnelles du crédit, de l'assurance et des mutuelles, « *pour une première période se terminant le 31 décembre 2003* ». La loi 2002-303 du 4 mars 2002 consacre cette convention sans pour autant lui donner une valeur impérative, mais prévoit que ses dispositions relatives à la confidentialité feront l'objet d'un décret, en cas de dénonciation ou de non-renouvellement de la convention.

Par ailleurs, l'assureur ne peut poser de questions relatives à l'opinion politique, l'activité syndicale, l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminées. Toute discrimination fondée sur un de ces éléments est pénalement répréhensible (art. 225-1 du C. pén.). Certes, la loi permet

aux assureurs de sélectionner les risques et ainsi de procéder à une discrimination, mais cette exception ne vaut que pour les discriminations portant sur l'état de santé (art. 225-3 du C. pén.), l'âge et le sexe.

Restriction des tests médicaux :

Par respect du droit à la vie privée et pour des questions éthiques, la faculté pour l'assureur de demander à l'assuré de se soumettre à un test génétique ou médical et de procéder ainsi à une sélection du risque est, elle aussi, limitée.

L'article L. 1141-1 du Code de la santé publique interdit à l'assureur de soumettre à des tests génétiques l'adhésion à un contrat d'assurance invalidité ou décès. Il ne peut pas non plus questionner l'assuré sur les résultats d'un éventuel test génétique antérieur. La prise en compte, pour sélectionner les risques, des résultats d'un test génétique prédictif ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie est sanctionnée pénalement (art. 225-3 du C. pén.).

La possibilité de recourir au test de dépistage du sida, ou de poser une question relative à un éventuel dépistage antérieur, est admise par la convention Belorgey dans le cadre des contrats assurances emprunteurs.

Certes, soumettre l'adhésion ou la souscription du contrat à la réalisation d'un test HIV n'est admis que si « *l'importance des capitaux souscrits ou les informations recueillies par le questionnaire de risques le justifie* ». Cependant, comme le souligne le Conseil national du sida, cela introduit une banalisation du recours au test de dépistage en matière d'assurance, et le risque fort de voir demander le test à tous les membres d'un groupe à risque³.

Questionnaire médical et traitement des informations

Il est fréquemment demandé au candidat, lors de la souscription d'un contrat d'assurance de personnes, de remplir un questionnaire médical. Ce dernier est cependant moins répandu en matière d'assurance santé, grâce à l'exonération de taxe fiscale existant lorsque l'assureur n'effectue pas de sélection basée sur l'état de santé du candidat.

La pratique du questionnaire ne heurte pas le principe du secret médical, puisque c'est le patient qui est interrogé. Celui-ci est dépositaire du secret, et peut donc choisir de divulguer ces informations dès lors qu'il est dans son intérêt d'obtenir cette assurance.

Pour éviter la fraude, les compagnies ont développé le recours à un examen médical, le questionnaire étant ensuite rempli sous le contrôle du médecin-conseil.

Intervention du médecin traitant :

Il est fréquent que les assureurs demandent au médecin traitant du candidat à l'assurance d'intervenir pour remplir en partie le questionnaire de santé, ou pour contresigner les déclarations de son patient et ainsi les confirmer.

Parfois même, le formulaire d'adhésion contient une clause par laquelle l'assuré autorise l'assureur à prendre tous les renseignements qu'il juge nécessaires auprès du médecin traitant. La jurisprudence admet la licéité de cette pratique, mais précise que l'autorisation ainsi donnée ne vaut que pour les renseignements à prendre lors de l'adhésion. L'assureur ne peut pas, au stade de l'exécution du contrat, faire intervenir le médecin traitant pour lui demander des renseignements sur l'assuré⁴.

L'ensemble de ces pratiques est condamné par le Conseil national de l'ordre des médecins. Celui-ci estime que le malade, bien que dépositaire du secret médical, n'a pas le pouvoir de lever l'obligation déontologique pesant sur le professionnel. De plus, ce dernier pourrait se retrouver dans une position délicate toutes les fois où, dans l'intérêt du malade, il a décidé que celui-ci devait être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves⁵ : il serait amené soit à participer à une fausse déclaration, soit à violer ses obligations déontologiques⁶.

Le code de bonne conduite prévoit la possibilité de demander à son médecin traitant de l'aide pour remplir le questionnaire prévu, lorsque le candidat à l'assurance présente une maladie spécifique. En effet, un tel questionnaire peut être difficilement compréhensible pour un profane : l'aide fournie par un spécialiste peut alors être précieuse. Mais il s'agit uniquement d'expliquer, non de confirmer ou de fournir les réponses.

L'existence nécessaire d'un service médical : code de bonne conduite et critique :

Le respect du droit au secret médical devrait imposer que les informations relatives à l'état de santé soient traitées par un service distinct du service chargé de la souscription des contrats.

Ce service est placé sous la responsabilité d'un médecin, et son personnel a reçu une formation particulière de sensibilisation au respect du secret médical. Il faut donc que le questionnaire de santé et les autres documents médicaux (certificats, résultats d'examen, etc.) soient envoyés directement à ce service, qui ne pourra fournir au service d'acceptation des risques qu'un avis technique sur l'assurabilité du risque et l'application d'éventuelles surprimes.

Cette séparation des tâches, recommandée par le Conseil national de l'ordre des médecins⁷ et par le Conseil national du sida, a été consacrée en 2001 par le code de bonne conduite annexé à la convention Belorgey. Il est à noter que les principes énoncés dans ce code visent un domaine plus large que celui des assurances emprunteurs : il concerne toutes les assurances de personnes et toutes les assurances intervenant en cas de décès ou d'atteintes corporelles – particulièrement les assurances de responsabilité civile.

Est donc affirmée la nécessité de séparer physiquement les services administratifs et le service médical, dirigé par un médecin collaborateur dont l'indépendance technique et morale est assurée. Ce "médecin-chef" est réputé garant du secret médical. Les informations sur l'état de santé du candidat à l'assurance ne doivent pas être divulguées au service chargé de la souscription : seuls peuvent lui être transmis les questionnaires ne comportant pas d'information médicale – questionnaires concernant la pratique d'un métier ou d'un sport dangereux, etc.

Pour assurer la confidentialité, il est recommandé de laisser la possibilité au candidat à l'assurance de remplir seul le questionnaire de santé, et de l'informer de la possibilité – voire de l'obligation – de le transmettre directement au service médical par le biais d'une enveloppe prévue à cet effet. C'est ce qu'a recommandé la Commission des clauses abusives lors de l'examen des contrats assurance emprunteur liés à un crédit⁸.

La possibilité de remplir seul ce questionnaire et de l'envoyer sous pli fermé au service médical est en effet essentielle, notamment lorsqu'il s'agit d'adhérer à un contrat d'assurance groupe souscrit par un établissement de crédit ou par son employeur.

L'affirmation de ces règles par l'ensemble de la profession est donc un point positif dans son principe. Une commission de suivi et de propositions de la convention Belorgey a été instaurée : elle veille à sa bonne application, et peut faire toute recommandation aux signataires. Mais aucune obligation, aucune sanction ne sont prévues. D'ailleurs, peu connue, la convention n'est pas appliquée – ou l'est mal.

LA PREUVE DU SINISTRE OU DU DOMMAGE

Une fois le risque réalisé, l'assuré doit déclarer le sinistre pour réclamer l'exécution du contrat. En cas de contestation des faits rapportés, il incombe à l'assuré d'apporter la preuve de la réalisation du sinistre, sur le fondement de l'article 1315 alinéa 1 du Code civil : « *Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.* » L'assureur devra alors sa garantie, sauf à apporter la preuve d'une exclusion de garantie ou d'une fausse déclaration.

Lorsque l'exécution d'un contrat d'assurance en responsabilité civile est réclamée par la victime d'un préjudice corporel, il revient à celle-ci d'apporter la preuve de l'existence et de l'étendue de son préjudice.

Éléments emportant preuve du sinistre ou du dommage

Les informations médicales étant couvertes par le secret, on peut légitimement se demander ce que l'assureur peut exiger de son assuré.

- En assurance sur la vie, les bénéficiaires du contrat devront justifier du décès. En principe, le décès est couvert quelle que soit sa cause : la preuve du décès résulte donc d'un acte d'état civil en faisant mention. Cependant, si le contrat précise que le décès n'est garanti que sous certaines conditions, il reviendra aux bénéficiaires d'apporter la preuve de ces conditions de garantie.

- En matière d'assurance annulation, l'assuré ou ses ayants droit pourront être amenés à prouver une maladie ou un accident empêchant d'effectuer le voyage prévu. Cette preuve résulte en principe d'un certificat médical attestant du décès pour cause naturelle ou suite à un accident, ou attestant de l'invalidité ou de l'impossibilité à partir en voyage. La nature de la maladie n'a pas à être précisée.

Ainsi, la Cour de cassation a admis que la production de « *certificats médicaux dont certains faisaient état d'hospi-*

talisation ou de traitement en cours » et d'autres « rédigés en termes plus généraux » était suffisante pour faire jouer un contrat d'assurance groupe garantissant le remboursement des frais d'annulation de voyage consécutive à une maladie⁹.

- Dans le cadre des assurances accidents corporels (qu'il s'agisse d'un contrat garantie accident de la vie ou d'un contrat assurance décès, invalidité et incapacité), l'assuré ou ses ayants droit devront justifier de l'existence d'un décès, d'une incapacité de travail ou d'une invalidité provoqués par un accident. Il faut prouver que l'atteinte corporelle provient de l'« action soudaine et violente d'une cause extérieure et indépendante de la volonté de l'assuré », selon la définition de l'accident retenue par la grande majorité des contrats. Un certificat médical établissant que l'atteinte est la conséquence directe de la cause extérieure devrait suffire.

Le taux d'invalidité – ou la durée de l'incapacité de travail – pourra aussi être sujet de discussion. La preuve du sinistre résultera des documents attestant de la prise en charge de la sécurité sociale et des certificats médicaux précisant le taux d'invalidité.

- En matière d'assurance responsabilité civile, la victime qui engage la responsabilité de l'assuré sera confrontée à des problèmes identiques à ceux évoqués au point précédent.

- En matière d'assurance complémentaire santé, les assureurs voudraient que les données médicales figurant sur les feuilles de soins envoyées par les professionnels de santé aux organismes d'assurance maladie obligatoire leur soient aussi transmises. Cette question est importante car ce type de contrats donne lieu à des applications très fréquentes. Elle est aussi particulièrement complexe : dans le cadre du système Sesam-Vitale, les feuilles de soins sont automatiquement télétransmises aux organismes d'assurance maladie obligatoire, sans que le patient soit amené à donner ou refuser son consentement. La question se pose de savoir si les assureurs complémentaires pourraient bénéficier d'un système analogue, ou s'il faut concevoir un mode de transmission apportant plus de garanties de respect du secret médical. Un rapport sur cette question doit être prochainement remis au ministre de la Santé.

Aménagements contractuels de la preuve

Les contrats d'assurance énumèrent souvent les documents devant être fournis par l'assuré ou ses ayants droit, et exigent un examen médical. Ils modifient ainsi les règles légales et supplétives de la preuve.

Le code de bonne conduite précise que les examens ou justificatifs doivent être demandés en tenant compte du montant en jeu, de l'importance du sinistre, et de la situation de l'assuré, de ses ayants droits ou de la victime. L'étude des contrats laisse cependant douter de l'application de cette directive.

Éléments à fournir :

Il est fréquent que le contrat d'assurance contienne une clause prévoyant les éléments devant être fournis pour apporter la preuve de la survenance du sinistre. Par exemple, en assurance décès, le contrat peut prévoir que sera fourni, en plus d'un acte de décès ou d'une

fiche d'état civil portant la mention du décès, un certificat médical précisant la nature de la maladie ou de l'accident mortel. Un arrêt du 29 octobre 2002 de la 1^{re} chambre civile de la Cour de cassation¹⁰ admet la validité d'une telle exigence, revenant ainsi sur l'état antérieur de la jurisprudence. Une décision du 18 mars 1986 estimait, en matière d'assurance annulation voyage, qu'une telle clause était nulle – puisque contraire au principe du secret médical, qui « doit être observé à l'égard des tiers, en particulier quand ils en demandent la révélation par l'intermédiaire du malade lui-même »¹¹.

Dorénavant, l'assuré est considéré comme ayant renoncé par avance au secret médical. Cette solution devrait être étendue à toutes les assurances de personnes.

Les clauses exigeant la remise d'un certificat précisant la nature de la pathologie opèrent un renversement de la charge de la preuve : il est ainsi demandé à l'assuré de prouver non seulement que le sinistre s'est réalisé, mais aussi qu'il n'entre pas dans le cadre d'une exclusion. Ces clauses permettent de fournir à l'assureur suffisamment d'éléments pour que celui-ci puisse apporter la preuve d'une exclusion ou d'une fausse déclaration. Il s'agit d'une application du principe de liberté de l'aménagement contractuel de la charge de la preuve.

De telles clauses pourraient être qualifiées d'abusives puisque, dans sa recommandation de synthèse n° 91-02 du 23 mars 1990¹², la Commission des clauses abusives dénonce les clauses dérogeant aux règles légales de la preuve. Cependant, la recommandation n° 90-01 du 10 novembre 1989^{12bis}, concernant les contrats d'assurance complémentaire à un contrat crédit à la consommation ou immobilier, ne remet pas en cause la validité de la clause imposant à l'adhérent de fournir un certificat indiquant la nature et la gravité de la maladie ou de l'accident, ainsi que des conséquences prévisibles.

La seule exigence formulée concerne les modalités de communication de tels documents : ils doivent être remis au médecin-conseil.

Au stade de l'exécution du contrat, le code de bonne conduite affirme des principes identiques à ceux prévus au stade de l'adhésion pour assurer la confidentialité des informations médicales : elles doivent être transmises directement au service médical, qui doit se contenter de fournir un avis administratif au service de gestion.

Le dernier état de la jurisprudence nous paraît cependant critiquable. La Cour de cassation admet que l'assuré puisse par avance renoncer au droit de voir protéger les informations médicales le concernant. Or, l'obligation au secret médical imposée par l'article 226-13 du Code pénal et le droit qui en découle pour le patient sont d'ordre public.

La jurisprudence n'admet la renonciation à un droit d'ordre public que lorsqu'elle porte sur un droit acquis. Le droit pour l'assuré de voir protéger les informations médicales se rapportant à son état de santé au moment du sinistre est-il né et acquis au stade de la souscription du contrat ?

On peut en douter, puisque le secret concerne alors un événement qui ne s'est pas encore réalisé. D'ailleurs, si la jurisprudence de la Cour de cassation a admis à plusieurs reprises la renonciation par l'assuré au secret médical,

c'était à chaque fois dans le cadre d'un examen après sinistre – ainsi, la remise volontaire par l'assuré de documents médicaux au médecin désigné par l'assureur consiste en une renonciation implicite au secret médical, l'assuré ne pouvant ignorer la mission du médecin-conseil¹³.

Enfin, un dernier argument peut être avancé : le droit au secret médical est un droit de la personne, et l'état de santé est un élément de la personnalité.

Or, les conventions relatives à un élément de la personnalité sont illicites. L'article 1128 du Code civil dispose en effet que seules les « choses qui sont dans le commerce » peuvent faire l'objet d'une convention. Cet argument a été retenu par le tribunal de grande instance de Créteil¹⁴, qui a estimé qu'était abusive une clause obligeant l'acquéreur à fournir à la première demande tous les renseignements, documents et certificats médicaux pouvant lui être demandés.

Expertise amiable :

Certains contrats d'assurance couvrant les conséquences des accidents corporels précisent qu'en cas de sinistre, l'assuré sera examiné par un médecin désigné par l'assureur, et que celui-ci fixera le taux d'invalidité. Dans cette hypothèse, l'assuré peut se faire assister de son médecin traitant.

La Commission des clauses abusives ne condamne pas ces clauses dès lors qu'elles sont rédigées de manière à ne pas induire le consommateur en erreur : les rapports existants entre le médecin et la compagnie doivent être signalés à l'assuré. L'emploi du terme "expert" peut en effet inciter le consommateur à croire que l'examen sera conduit par une personne neutre. De plus, la Commission recommande que les contrats rappellent la faculté offerte à l'assuré de se faire assister par un médecin de son choix.

Le code de bonne conduite annexé à la convention Belorgey reprend ces recommandations, insistant sur la nécessité pour le médecin d'informer l'assuré de l'objet de sa mission, prescription contenue dans le Code de déontologie (art. 107).

Le médecin expert mandaté par le médecin-conseil de l'assureur ne peut divulguer que ce qui est nécessaire pour répondre à la question qui lui a été soumise (art. 108 du C. déont.), et ne doit transmettre son rapport qu'au service médical de la compagnie.

Il est à noter que l'assureur ne peut opposer à l'assuré le secret médical pour lui refuser l'accès au dossier médical sur lequel il s'est fondé pour refuser ou suspendre sa garantie¹⁵. Cette obligation de fournir à l'examiné le rapport de l'examen médical a été reprise dans le code de bonne conduite. La même obligation s'impose lorsque l'examen a eu lieu au stade de la souscription ou de l'adhésion.

Cette obligation avait déjà été affirmée par la Cour de cassation à l'encontre des caisses de sécurité sociale qui refusaient de fournir à leur assuré leur dossier médical¹⁶.

Que le taux d'invalidité ou la durée d'incapacité soient établis par les pièces fournies par l'assuré ou par le rapport du médecin désigné par l'assureur, des contestations peuvent naître. Pour les régler, les contrats prévoient une procédure d'expertise amiable contradictoire.

L'assureur comme l'assuré désigneront un expert médical pour procéder à l'examen. En cas de désaccord entre les deux médecins, les contrats prévoient la nomination d'un troisième expert, désigné par les deux premiers d'un commun accord ou par ordonnance du juge. Cette procédure d'expertise est applicable quel que soit l'objet du désaccord entre l'assuré et l'assureur : cause de l'atteinte corporelle, origine de la maladie...

La victime qui entre en contact avec l'assureur du responsable de son dommage peut, elle aussi, être confrontée à la difficulté de prouver l'étendue exacte de son atteinte corporelle.

Cependant, elle n'est pas partie au contrat d'assurance ; aussi l'intervention d'une expertise amiable contradictoire se fera-t-elle dans le cadre d'une recherche de règlement amiable rapide, et non parce qu'elle est imposée par le contrat. En matière de responsabilité civile liée aux accidents de la circulation et aux accidents médicaux, la loi a prévu des procédures spécifiques d'indemnisation et d'expertise¹⁷.

² Cass. civ. 1^{re} ch., 7 octobre 1998, *JCP* éd. G, II, 10185.

³ Rapport du CNS du 20 septembre 1999 : *Assurance et VIH/sida, pour une assurabilité élargie des personnes et une confidentialité renforcée des données de santé*.

⁴ Cour app. Poitiers, ch. civ. 2^e sect., 10 juin 1987, Société suisse d'assurances générales sur la vie humaine c/ Crédit mutuel océan et autres, *Juris-Data* n° 44553.

⁵ Hypothèse prévue par l'art. 35 al. 2 du C. déont. méd.

⁶ Rapport du Dr Saury adopté en session d'avril 2000 : *Secret médical et compagnies d'assurances*.

⁷ Rapport Gazier et Hoerni adopté en session d'octobre 1998 : *Secret médical et assurances*.

⁸ Recommandation n° 90-01 émise par la Commission des clauses abusives concernant les contrats d'assurance complémentaires à un contrat de crédit à la consommation ou immobilier ou à un contrat de location avec option d'achat (*BOCCRF* du 28 août 1990).

⁹ Cass. civ. 1^{re} ch., 18 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 68, p. 65 ; pourvoi n° 84-15702.

¹⁰ Cass. civ. 1^{re} ch., 29 octobre 2002, *Bull. civ.* 2002, I, n° 244, p. 187 ; pourvoi n° 99-17187 ; dossier juridique de l'*Argus de l'assurance* n° 6814, 20 décembre 2002.

¹¹ Cass. civ. 1^{re} ch., 18 mars 1986, *Bull. civ.* 1986, I, n° 68, p. 65 ; pourvoi n° 84-15702.

¹² Publiée au *BOCCRF* du 6 septembre 1991.

^{12 bis} Publiée au *BOCCRF* du 28 août 1990.

¹³ Cass. civ. 1^{re} ch., 3 janvier 1991, inédit, pourvoi n° 89-13808.

¹⁴ TGI Créteil, 5^e ch., 20 septembre 1989, Ibrahim, CGL, UFCS c/ Vindeirinho SARL Pactim et Papeterie Tissot. Jurisprudence INC n° 1943. Cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris (2^e ch. A, 9 décembre 1986), pour un tout autre motif.

¹⁵ TGI Angers, 5 juin 1997, Girault c/ UAP France, *Resp. civ. et assur.* 1997, n° 282.

¹⁶ Voir notamment Cass. soc. 1^{er} mars 1972, *Bull. soc.* n° 172, p. 162, pourvois n° 70-15735 et 70-13924.

¹⁷ Voir notre fiche pratique J. 124 sur l'indemnisation des accidents corporels de la circulation. À propos de la loi du 4 mars 2002, voir aussi *INC Hebdo* n° 1228 du 18 octobre 2002.

Un médecin peut-il refuser de fournir à l'assuré ou à ses ayants droit un certificat médical circonstancié sur le fondement du secret médical ?

Autant au stade de l'adhésion ou de la souscription du contrat que lors de la déclaration du sinistre, les compagnies d'assurances exigent fréquemment la remise d'un certificat médical circonstancié, sous peine de refuser de délivrer la garantie ou d'exécuter le contrat. En pratique, l'assureur demande au patient soit d'autoriser son médecin traitant à transmettre le certificat au service médical de la compagnie, soit de remettre lui-même directement ce certificat au médecin-conseil.

Le Conseil national de l'ordre des médecins (CNOM) condamne la transmission du certificat par le médecin traitant directement au service médical de la compagnie. Il ne s'agit pas de supprimer la pratique des certificats médicaux, mais de mettre les compagnies d'assurance dans l'obligation de réclamer le certificat à l'assuré¹⁸.

Pourtant, à notre connaissance, aucune décision n'a retenu de sanction à l'encontre d'un médecin qui aurait remis un certificat médical à un tiers sur autorisation du patient. La jurisprudence semble admettre que le secret médical puisse être levé par le patient, dès lors qu'il a valablement consenti à la révélation, ce consentement devant être interprété strictement¹⁹.

Le CNOM encourage donc la remise du certificat au patient ou à ses ayants droit, qui ensuite décident librement de son utilisation.

La remise au patient ne pose en principe pas de problème. Le secret médical est instauré dans l'intérêt du patient et lui est donc inopposable. La loi du 4 mars 2002 a d'ailleurs introduit la possibilité pour le patient d'avoir

accès à son dossier médical sans le concours d'un médecin (art. L. 1111-7 du C. santé publ.). De plus, le Code de déontologie prévoit que le médecin doit à son patient « *une information loyale, claire et appropriée sur son état* » (art. 35).

Le CNOM encourage fortement la délivrance des certificats directement au patient, et insiste sur la nécessité d'attirer l'attention du patient sur les enjeux de la remise de ce certificat à l'assureur. Mais il n'édicte pas d'obligation.

Ainsi le rapport Gazier et Hoerni admet qu'au stade de l'adhésion, le médecin refuse la délivrance d'un certificat médical lorsque celui-ci n'est pas dans l'intérêt du malade, estimant que ce dernier ne peut lever l'obligation déontologique du secret. Il rappelle cependant qu'en cas de non-remise du certificat, le candidat à l'assurance se verra refuser la souscription ; alors qu'en déclarant la maladie, la garantie sera accordée en principe avec une surprime ou des exclusions spécifiques. Il renvoie le médecin à l'article 50 du Code de déontologie : « *Le médecin doit, sans céder à aucune demande abusive, faciliter l'obtention par le patient des avantages sociaux auxquels son état lui donne droit.* »

Au stade de la preuve du sinistre, le même rapport estime que le médecin doit délivrer le certificat médical, sauf à se prévaloir de l'article 35 qui prévoit que « *dans l'intérêt du malade et pour des raisons légitimes que le praticien apprécie en conscience, un malade peut être tenu dans l'ignorance d'un diagnostic ou d'un pronostic graves* ».

La remise d'un certificat médical aux ayants droit du patient est plus

problématique. En effet, le secret médical survit au malade. Cependant, la loi du 4 mars 2002 consacre la possibilité pour les ayants droit d'obtenir les informations nécessaires pour faire valoir leurs droits (art. L. 1110-4 du C. santé publ.).

Le CNOM estime que le médecin, dépositaire du secret du défunt, décide en conscience s'il délivre ou non un certificat post-mortem. Il ne doit cependant pas faire perdre aux ayants droit le bénéfice légitime du contrat. Ainsi, le médecin doit délivrer un certificat précisant que le décès entre dans les conditions de garantie, mais il ne peut donner la cause de la mort. Il pourrait sinon, notamment en cas de suicide, porter atteinte à la mémoire du patient.

Nous relevons donc des hypothèses où le CNOM admet le refus du médecin de délivrer un certificat médical circonstancié. Est-ce à dire que l'assuré ou ses ayants droit peuvent perdre le bénéfice du contrat, et ainsi se retrouver dans l'impasse ?

L'équité s'y oppose. Certains estiment même que la responsabilité civile du médecin pourrait être engagée²⁰. Il faudrait sans doute réserver l'hypothèse – relativement rare – du diagnostic ou pronostic que le médecin se refuse, dans l'intérêt du malade, à révéler à son patient.

De plus, la loi du 4 mars 2002 ayant introduit au profit du patient (ou de ses ayants droit) un droit d'accès à l'ensemble des informations concernant sa santé, l'assuré ou le bénéficiaire pourront ainsi se procurer les pièces nécessaires à la sauvegarde de leurs droits.

LES ÉLÉMENTS MÉDICAUX SUR LESQUELS L'ASSUREUR PEUT SE FONDER POUR REFUSER SA GARANTIE

En application de l'article 1315 alinéa 2 du Code civil, lorsque l'assureur oppose une exclusion de garantie ou une fausse déclaration à l'assuré pour refuser sa garantie ou réduire l'indemnité, il lui incombe d'établir que le sinistre entre dans les conditions d'application de la clause d'exclusion, ou que l'assuré a répondu de manière erronée au questionnaire. Les informations médicales étant confidentielles, les possibilités laissées à l'assureur pour apporter une telle preuve sont limitées.

On peut remarquer une évolution de la jurisprudence. Il était traditionnellement admis que l'assureur pouvait produire en justice des documents médicaux sans l'accord de l'assuré.

Ce dernier ne pouvait arguer du secret médical, les juges estimant qu'il ne s'agissait pas de défendre un intérêt légitime mais de tenter d'écarter un élément de preuve contraire à ses prétentions²¹.

Ce critère d'intérêt légitime semble avoir été abandonné, et la jurisprudence paraît plus sévère avec l'assureur. Doit-on pour autant affirmer que le secret médical paralyse la preuve ?

LES INFORMATIONS OBTENUES EN VIOLATION DU SECRET MÉDICAL

L'assureur ne peut se prévaloir d'informations médicales obtenues en violation du secret médical : les tribunaux écartent en effet de leurs débats ces moyens de preuve illicites.

Divulgence du médecin traitant

La divulgation à la compagnie :

Les informations divulguées directement à la compagnie par le médecin traitant, sans autorisation de l'assuré, sont obtenues en violation du secret médical. Elles ne pourront donc être opposées à l'assuré ou à ses ayants droit.

Par ailleurs, le médecin traitant engage sa responsabilité civile, voire pénale et disciplinaire. Et la fausse déclaration intentionnelle de l'assuré n'est pas une cause exonératoire (Cass. civ. 1^{re} ch., 13 novembre 2002, inédit, pourvoi n° 01-01362).

La divulgation au médecin-conseil :

Il existe une idée fréquemment répandue et invoquée à l'appui de la possibilité pour le médecin-conseil de se rapprocher du médecin traitant : le secret médical n'existerait pas entre médecins. Or, si la pratique a construit la notion de secret partagé entre deux médecins, avec le soutien du Conseil de l'ordre, il s'agit uniquement d'assurer une bonne prise en charge du patient.

Cette notion a été consacrée par la loi du 4 mars 2002 : les échanges d'information sont possibles entre professionnels de santé, mais le patient doit en avoir été informé et ne pas s'y être opposé. L'objectif doit être la continuité des soins ou la détermination des soins les plus adaptés.

Cette exception au principe du secret médical est donc inapplicable aux relations entre le médecin traitant et le médecin-conseil.

D'ailleurs, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer, il y a déjà très longtemps, que le médecin traitant est tenu au secret professionnel envers le médecin du travail (Cass. crim., 9 mai 1913).

L'arrêt du 6 janvier 1998²² étend ce principe au rapport entre médecin traitant et médecin-conseil d'une compagnie d'assurance. Les informations obtenues par le médecin-conseil auprès du médecin traitant le sont donc en violation du secret médical, et doivent être exclues des débats.

Les juges du fond semblent cependant mal accueillir cette position, estimant qu'interdire un tel rapprochement priverait l'assureur de la possibilité d'apporter la preuve d'une fausse déclaration, et ainsi viderait d'intérêt l'article 113-8 du Code des assurances²³.

Encadrements de la mission du médecin-conseil

Le lien entre le médecin-conseil et l'assureur :

Le médecin-conseil est soumis au secret médical : bien que mandant de la compagnie d'assurance, il ne peut lui divulguer les informations médicales en sa possession – Cass. crim., 17 mai 1973 ; *Bull. crim.* 1973, n° 228, p. 543, pourvoi n° 72-91572 : « le prévenu n'a pu avoir communication du dossier médical que parce qu'il s'était présenté comme médecin et que dès lors il avait l'obligation de ne pas révéler, fût-ce à sa mandante, ce qu'il avait vu, entendu ou déduit en exerçant sa profession ». Il ne peut donc que donner un avis technique, sans entrer dans les détails médicaux.

L'article 104 du Code de déontologie encadre la mission du médecin de contrôle intervenant dans le cadre de l'assurance maladie : « Le médecin chargé du contrôle est tenu au secret envers l'administration ou l'organisme qui fait appel à ses services. » Le Conseil de l'ordre estime qu'a fortiori cette disposition s'applique au médecin-conseil d'une compagnie d'assurance.

Celui-ci ne peut et ne doit fournir à sa mandante que « ses conclusions sur le plan administratif, sans indiquer les raisons d'ordre médical qui les motivent ». Ces prescriptions sont reprises par le code de bonne conduite de 1991, qui introduit une séparation des tâches entre le service médical et le service de gestion des sinistres.

La jurisprudence confirme que l'assureur ne peut se prévaloir en justice des informations médicales dont il aurait ainsi eu connaissance, quelle que soit la manière dont le médecin-conseil a obtenu ces informations, que l'accord du patient ait été donné ou non (Cass. civ. 1^{re} ch., 6 janvier 1998²⁴ ; Cass. civ. 1^{re} ch., 12 janvier 1999²⁵).

Le dossier médical peut-il être consulté par le médecin-conseil ?

Depuis la loi du 4 mars 2002, l'accès au dossier médical peut se faire de manière directe ou par l'intermédiaire d'un médecin de son choix (art. L. 1111-7 et L. 1111-9 du C. santé publ.).

Il est parfois demandé à l'assuré de désigner à cet effet le médecin-conseil de sa compagnie d'assurance. Cette pratique, bien que dénoncée par le Conseil national de l'ordre des médecins, ne va pas directement à l'encontre de la lettre du texte – le choix du médecin revenant librement au patient.

Mais elle semble contraire à son esprit : l'intervention du médecin a été prévue pour favoriser l'accès aux informations parfois douloureuses.

D'ailleurs, l'article 46 du Code de déontologie prévoit que le médecin servant d'intermédiaire lors de la communication du dossier médical « doit remplir cette mission d'intermédiaire en tenant compte des seuls intérêts du patient, et se récuser si les siens sont en jeu ».

La jurisprudence a pourtant validé l'autorisation donnée par la veuve d'un défunt au médecin-conseil d'une compagnie d'assurance de se faire communiquer le dossier médical de l'assuré (cour d'appel de Paris, 7^e ch. B, 28 septembre 1988 ; *Dalloz* 1989, somm. p. 319).

LES INFORMATIONS DONT L'ASSUREUR PEUT SE PRÉVALOIR

L'assureur se trouve-t-il dans une impasse pour apporter la preuve de sa non-garantie ?

Le service de gestion des sinistres n'est en principe détenteur que d'un avis technique, rédigé par le médecin-chef du service médical à partir des documents remis par l'assuré ou par le médecin traitant sur autorisation de l'assuré.

Si le médecin-conseil de l'assureur estime que la clause d'exclusion trouve à s'appliquer ou que l'assuré a fait une fausse déclaration, et que l'assuré conteste cet avis, l'assureur peut demander une expertise judiciaire.

Il doit pour cela apporter suffisamment d'indices pour constituer un début de preuve de fausse déclaration ou d'exclusion de garantie. En effet, « *une mesure d'instruction ne peut être ordonnée sur un fait que si la partie qui l'allègue ne dispose pas d'éléments suffisants pour le prouver. En aucun cas une mesure d'instruction ne peut être ordonnée en vue de suppléer la carence de la partie dans l'administration de la preuve* » (art. 146 du N. C. proc. civ.)

Les éléments mis en avant pour obtenir cette expertise peuvent être, par exemple, la proximité entre la date du décès et celle de la souscription du contrat, la multiplication des souscriptions, le lieu du décès, le refus d'un examen médical, l'âge du défunt...

Pour réunir ces éléments, les assureurs font parfois appel à des enquêteurs spécialistes dont la profession est encadrée et doit être exercée dans le respect du droit à la vie privée. Il s'agit notamment des experts de l'Alfa (Association de lutte contre la fraude à l'assurance).

En effet, seules les informations médicales sont soumises au secret médical, par opposition aux informations administratives telles que la date d'admission, la durée du séjour et la date de sortie.

Cependant, la divulgation de ces informations peut conduire à révéler le type d'affection atteignant le malade (admission dans un hôpital psychiatrique, dans une maternité...).

La jurisprudence considère alors parfois que la transmission de telles informations est prohibée. Un infirmier a pu être sanctionné pour avoir révélé à l'équipe de réalisation d'un documentaire sur l'art comme mode de thérapie, le nom d'un patient qui avait été pris en charge par le service du centre hospitalier où il travaillait, permettant ainsi à l'équipe de retrouver cette personne et d'obtenir de celle-ci des renseignements médicaux (Cons. d'État, 1^{er} juin 1994, CHS Le Valmont, n° 15-0870).

Le juge a un pouvoir souverain d'appréciation de l'opportunité d'ordonner ou non une mesure d'instruction.

Cette solution permet à l'assureur de contourner l'obstacle du secret médical. En effet, le médecin traitant ne peut alors opposer ce secret à l'expert judiciaire pour refuser de lui communiquer les éléments nécessaires à la bonne conduite de sa mission²⁶.

La jurisprudence admet qu'un juge puisse autoriser à l'expert judiciaire l'accès au dossier médical²⁷, et en joindre à un établissement de soins la communication du dossier médical à l'expert, ceci en vue de la manifestation de la vérité conformément à l'article 10 du Code civil²⁸.

Le respect du secret médical est alors assuré par le juge qui ordonne la mesure d'expertise, et il lui incombe de prendre des mesures efficaces pour le préserver²⁹. Ainsi, les parties ne peuvent accéder au dossier médical consulté par l'expert, mais peuvent désigner un médecin qui en prendra connaissance³⁰. Par ailleurs, le juge ne peut prescrire le versement d'un dossier hospitalier aux débats³¹.

La légitimité d'une telle expertise qui permet de contourner le secret médical peut être discutée. En effet, l'expertise judiciaire a pour objectifs de permettre au juge d'obtenir des éclaircissements de la part d'un expert sur une question technique, non de contourner une règle d'ordre public. Cependant, elle a été affirmée par la jurisprudence à plusieurs reprises³².

Solène Costa

¹⁸ Rapport Gazier et Hoerni et rapport Saury – précités en notes 6 et 7.

¹⁹ Cour d'app. Poitiers, voir note 4.

²⁰ « Secret médical et assurance de personnes », B. Beignier, *Dalloz* 1999, p. 469.

²¹ Voir notamment Cass. civ. 1^{re} ch., 3 janvier 1991, inédit, n° 89-13808; Cass. civ. 1^{re} ch., 9 juin 1993, n° 91-16067, *Bull. civ.* 1993, I, n° 214, p. 149; *Resp. civ. et assur.* 1993, chron. n° 34.

²² Cass. civ. 1^{re} ch., *Bull. civ.* 1998, I, n° 3.

²³ Voir par exemple cour d'app. Caen, 5 décembre 2000, CNP assurances c/ CTSVandon, *Resp. civ. et assur.* 2001, comm. n° 207.

²⁴ Précité en note 22.

²⁵ *Resp. civ. et assur.* 1999, chron. n° 13; *D. chron.* 469; *Petites affiches* n° 115, 10 juin 1999; *D. somm.* p. 381.

²⁶ Voir notamment TGI Paris, 18 décembre 1989, Norwich Union Life et autres c/ Denise Mery, *RGAT* 1989, p. 140.

²⁷ Voir notamment Cass. crim., 16 novembre 1976, *Bull. crim.* 1976 n° 327, p. 382, pourvoi n° 76-91236; Cass. civ. 1^{re} ch., 14 mars 2000, *Bull. civ.* 2000, I, n° 87, p. 58, pourvoi no 97-21581.

²⁸ Cour app. Paris, 7^e ch. A, 8 janvier 2002, Assistance publique c/ C^{ie} La Mondiale et autre, *Resp. civ. et assur.*, 2002, n° 215.

²⁹ Cass. civ. 1^{re} ch., 18 mars 1997, *JCP* éd. G 1997, II, p. 195.

³⁰ Cass. civ. 1^{re} ch., 8 décembre 1987, *Bull. civ.* n° 337, *Gaz. Pal.* 88 p. 221.

³¹ Cass. crim., 16 novembre 1976, *Bull. crim.* 1976 n° 327, p. 832.

³² Voir notamment cour d'app. Paris, 7^e ch., 17 octobre 2000, *Gaz. Pal.* 2000, 1. 18; et TGI Paris, précité en note 26.