

Protection des données et LAMal

Réflexions concernant la sphère privée, le secret médical et la protection des données dans l'assurance sociale à l'exemple de la LAMal

Hanspeter Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint de la FMH

Introduction

L'introduction des tarifs TarMed approche lentement mais sûrement. En outre, cela fait cinq ans que le statut et la fonction du médecin-conseil auraient dû être réglés en détail par une convention entre la FMH et le CAMS;¹ les négociations à ce sujet sont, elles aussi, sur le point d'aboutir. Le moment est donc venu de se pencher une nouvelle fois sur un thème souvent oublié de la «grande politique». Il s'agit du rapport de tension entre la protection de la sphère privée par la Constitution, le secret médical («secret du patient», devrait-on dire) protégé par le Code pénal, les dispositions de la loi sur la protection des données (LPD) et celles de la LAMal.

Une commission d'experts instituée en 1998 par le Département fédéral de l'intérieur (DFI) et le Département fédéral de justice et police (DFJP) et placée sous la présidence du Prof. Thomas Geiser, docteur en droit, a effectué un important travail de fond en la matière. La commission a rendu son rapport en octobre 2000. Celui-ci a été publié récemment par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) après avoir obtenu l'autorisation de parution de la part du Conseil fédéral.²

Propos de l'article

Le présent article traite des dispositions de la nouvelle Constitution fédérale, de l'importance et des limites du secret médical sur le plan pénal, des dispositions déterminantes de la LPD et de la LAMal, ainsi que, dans les grandes lignes, de l'application des dispositions en matière de protection des données dans les conventions tarifaires, dans la convention relative aux médecins-conseils et, au quotidien, par les caisses-maladie et les médecins, avant et après l'entrée en vigueur du TarMed.

De nombreuses considérations juridiques qui y sont émises pourront sembler banales aux médecins. Tant mieux! Si le discours juridique et le sens commun des non-juristes aboutissent au même résultat, cela prouve que la législation est raisonnable. Ce discours ne fait cependant pas l'unanimité dans le domaine de la santé ...

Constitution fédérale: protection de la sphère privée (art. 13 Cst.)

Dans son chapitre sur les droits fondamentaux, la nouvelle *Constitution fédérale* garantit à toute personne la protection de sa sphère privée.

Art. 13 Cst. Protection de la sphère privée

¹ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.

² Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

Il y a plusieurs années déjà, le Tribunal fédéral avait déclaré ce principe du «droit à l'autodétermination sur le plan de l'information» comme faisant partie intégrante de la liberté individuelle protégée par la Constitution fédérale³ (art. 4 de l'ancienne Cst.). Par souci d'exhaustivité, je mentionnerai encore l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme qui protège le citoyen contre l'ingérence d'une autorité publique dans son droit au respect de la vie privée.⁴

Les données sur l'état de santé tombent, elles aussi, incontestablement sous le coup de ce droit constitutionnel.

Droit à l'autodétermination et protection du contenu

Toute personne a le droit de *décider elle-même* qui aura accès aux données qui la concernent. Il s'agit là de l'aspect formel de la question du processus décisionnel («decision making process»). S'agissant de la santé, cela signifie que le patient peut déterminer lui-même ce que son médecin doit savoir, ce qu'il peut transmettre à ses confrères et ce que la caisse-maladie est censée recevoir comme information.

En outre, la sphère privée et donc les données sur la santé du patient sont également protégées sur le plan du *contenu*. Dans le domaine de la santé, il s'ensuit que, même si le patient acceptait formellement la transmission d'informations à l'assurance-maladie, il y aurait infraction contre la Constitution fédérale si cette transmission n'était pas justifiée dans les faits. Cette fonction de garantie quant au contenu protège le patient contre des tentatives de pressions inadmissibles, comme le fait déjà, depuis 1907, l'article 27 du Code civil suisse (CC): «Nul ne peut aliéner sa liberté, ni s'en interdire l'usage dans une mesure contraire aux lois ou aux mœurs».

Ethique médicale: autonomie et bienfaisance

La discussion actuelle en matière d'éthique médicale accorde une grande importance au principe du respect de l'autonomie (*ndt*: contrôle du patient sur les décisions concernant sa santé), mais ne place pas celui-ci avant les autres principes éthiques reconnus, tels que non-malfaisance, bienfaisance et justice. Pour ce qui est du rapport conflictuel entre autonomie et bienfaisance, Beauchamp et Childress ont écrit en 1994, dans un ouvrage qui fait référence: «How-

ever, we will argue that debate about which principle or model should be overriding in medical practice cannot be solved in this streamlined manner by defending one principle against the other principle, or by making one principle absolute. No premier and overriding authority exists in either the patient or the physician, and no preeminent principle exists in biomedical ethics, not even the admonition to act in the patient's best interest⁵. Markus Zimmermann-Acklin a rappelé récemment que, depuis les années 90, les phénomènes suivants sont sujets à critiques dans le domaine de l'éthique biomédicale: «Le recours exagéré au principe d'autonomie au point de le vider de sa substance [mise en évidence de l'auteur], les postulats fondés sur des réglementations juridiques purement rationnelles et normatives, la dissociation et la non-prise en compte des émotions, des intuitions et des aspects humains [...]»⁶ (trad. FMH).

L'article 13 de la Constitution fédérale, qui garantit aussi bien le droit à l'autodétermination que la protection du contenu de la sphère privée, est conforme aux conceptions actuelles de l'éthique biomédicale. En effet, pour ce qui est des données des patients, les principes d'autonomie et de bienfaisance, de non-malfaisance et de justice à l'égard du patient peuvent et doivent être appliqués sous l'égide de l'article 13 Cst.

Les caisses-maladie doivent respecter les droits fondamentaux

«Quiconque assume une tâche de l'Etat est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation» (art. 35, 2^e al., Cst.). Cette disposition est contraignante pour l'administration fédérale mais également pour des privés qui exécutent des tâches fédérales⁷. L'application par les caisses-maladie des dispositions d'assurance-maladie sociale selon la LAMal est l'une de ces tâches fédérales ancrées dans la Constitution⁸. A ce propos, le vote final du législateur sur la LAMal en 1911 était un cas d'application précoce de la nouvelle gestion publique («new public management»). Sur le plan juridique, la caisse-maladie est en effet, dans le domaine de la LAMal, un organe de la Confédération, tant en regard des droits fondamentaux de la Constitution fédérale que selon les dispositions de la loi sur la protection des données.

En revanche, selon le droit des assurances privées (loi sur le contrat d'assurance [LCA]), les caisses-maladie ne constituent, en ce qui concerne les assurances complémentaires, pas des administrations fédérales externalisées, mais des entreprises privées, à l'instar de n'importe quelle autre entreprise.

Restriction des droits fondamentaux et conditions préalables

Les données sur la santé des patients sont protégées par l'article 13 de la Constitution fédérale, dès lors qu'elles relèvent d'un droit fondamental. Ce droit, à l'instar des autres droits fondamentaux (garantie de la propriété, liberté économique, etc.), peut être restreint.

Art. 36 Cst.: restriction des droits fondamentaux

¹ Toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi. Les cas de danger sérieux, direct et imminent sont réservés.

² Toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui.

³ Toute restriction d'un droit fondamental doit être proportionnée au but visé.

⁴ L'essence des droits fondamentaux est inviolable.

Les critères concernant la restriction des droits fondamentaux, désormais ancrés dans la Constitution fédérale, ont été introduits au cours de ces dernières décennies par la jurisprudence du Tribunal fédéral, laquelle reste donc déterminante pour l'interprétation du texte constitutionnel. Concrètement, cela signifie que:

1. *La base légale doit être suffisante.* Pour la législation, le point suivant est applicable: «les restrictions graves doivent être prévues par une loi sur un plan formel. Le législateur peut permettre au pouvoir réglementaire d'élaborer des dispositions de détail ou d'introduire de légères restrictions à condition que les autres exigences en matière de délégation soient remplies»⁹ (trad. FMH).

2. *Ensuite, l'intérêt public doit être suffisant.* «Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué de manière exemplaire pour la liberté du commerce et de l'industrie, les intérêts publics invoqués ne justifient pas tous une restriction.»¹⁰ (trad. FMH).

3. *Finalement, la restriction doit être proportionnée.* La proportionnalité consiste en trois critères, à savoir «l'adéquation, la nécessité et un rapport raisonnable entre le moyen et la fin [...], ces critères sont tellement courants que l'on peut très bien parler de notions juridiques généralement admises»¹¹ (trad. FMH).

«Jusqu'à présent, la garantie du contenu n'a acquis que peu d'importance pratique dans la jurisprudence car, fort heureusement, il n'y a guère eu de cas si graves à juger qu'ils auraient pu la mettre en danger.»¹² (trad. FMH)

D'autres aspects concernant ces critères et compétences sont évoqués plus loin en relation avec la loi sur la protection des données et la LAMal. Ceux-ci sont en effet déterminants lorsqu'on aborde la question de la prise en charge par la caisse-maladie et donc des données que cette dernière doit recevoir. Etant donné cependant que pas toutes les factures ne lui parviennent, il convient d'expliquer ci-après l'importance et aussi les limites du secret médical protégé par le Code pénal.

Secret médical (ou secret du patient) dans le Code pénal

Art. 321 du Code pénal suisse: violation du secret professionnel

¹ Les [...] médecins [...], ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis de l'emprisonnement ou de l'amende.

[...]

² La révélation ne sera pas punissable si elle a été faite avec le consentement de l'intéressé ou si, sur la proposition du détenteur du secret, l'autorité supérieure ou l'autorité de surveillance l'a autorisée par écrit.

Fonction: intérêts privés et publics

Le secret professionnel «protège en premier lieu les intérêts de confidentialité du particulier. Mais l'application de ce principe et la façon de l'appliquer sont aussi d'intérêt public. Les membres des professions mentionnées ne peuvent en effet accomplir leur tâche de manière optimale que si leurs clients peuvent leur faire entièrement confiance»¹³ (trad. FMH).

Le fait que le secret professionnel auquel est tenu l'avocat, le médecin, l'ecclésiastique, etc., n'est pas une marotte idéologique, mais au contraire une condition objectivement indispensable pour pouvoir exercer sa profession et sa fonction est une vérité de la Palisse bien connue du droit pénal. «Le secret médical est un instrument de santé publique», car s'il n'était pas tenu, il serait impossible d'exercer la médecine. Il est à noter que cette exigence est mieux ancrée dans la conscience de la population, des médias et également du monde politique en Suisse romande qu'en Suisse alémanique. En effet, l'exigence des caisses-maladie d'obtenir systématiquement le diagnostic ICD des patients hospitalisés a fait un tollé justifié en Suisse romande, qui est notamment à l'origine d'une démarche unanime (!) du Parlement genevois auprès du Conseil fédéral. En Suisse alémanique, on ne se sensibilise que peu à peu à cette problématique.¹⁴

Il est également intéressant de voir à quel point la question du secret professionnel des *avocats* a été discutée de manière détaillée au Parlement l'année dernière. Dans la foulée, le législateur a décidé de stipuler dans la nouvelle *loi sur l'exercice de la profession d'avocat* la possibilité pour ce dernier de *refuser de témoigner* devant le juge, même si le client l'a délié du secret. L'intérêt public concernant le secret professionnel des *avocats* a également joué un rôle déterminant dans cette prise de décision. En effet, bien qu'il soit délié, l'avocat doit pouvoir peser librement quels sont les avantages et les inconvénients d'un témoignage. Pour ce qui est des *médecins*, en revanche, le parlement n'a pas rediscuté la question du droit du refus de témoigner. La raison de cette différence était qu'une description des devoirs professionnels fondamentaux n'a été entreprise que dans la nouvelle loi

sur l'exercice de la profession d'avocat et non dans la nouvelle loi sur l'exercice des professions médicales. (On peut se demander comment on a pu aboutir à une inégalité de traitement aussi flagrante sur le plan de l'éthique professionnelle. Mais c'est là une autre histoire ...).

Contenu du secret médical¹⁵: potentiellement tout Quelles sont les informations soumises au secret professionnel médical (autrement dit au secret du patient) dans le droit pénal? Potentiellement tout ce qu'un médecin sait de son patient! En revanche, la transmission des informations n'est pas punissable si le patient a donné son accord. Est donc déterminante, la question de savoir *ce que le patient veut garder secret et envers qui*. D'après ce que l'on sait, cette décision dépend du type de maladie et de la situation familiale et professionnelle concrète du patient. Exemples:

- Si le patient a une grippe ou une jambe cassée, peu lui importe qui l'apprend. De nombreux patients considèrent ce type d'informations comme *banal* et ne ressentent pas le besoin de garder le secret par rapport à leur employeur ou leur assureur.
- Sont *objectivement délicates*¹⁶, les maladies ou les prédispositions stigmatisées dans la société (VIH/sida, maladies vénériennes, interruptions de grossesse, maladies psychiques, et maladies héréditaires telles que la chorée de Huntington, etc.), ou les maladies ayant une incidence négative sur la profession du patient du fait qu'elles font douter de sa capacité de supporter son travail dans le futur (maux de dos chez un ouvrier du bâtiment, tendinite chez un violoniste, etc.). On peut à juste titre attendre du médecin que, lorsqu'il procède à l'anamnèse sociale du patient, il s'informe de l'environnement professionnel de ce dernier, afin de déterminer quelles données pourraient se révéler objectivement délicates.
- Sont *subjectivement délicates*, en outre, les maladies ou les prédispositions ne posant normalement aucun problème mais qui, dans la situation actuelle du patient (que le médecin ne connaît peut-être même pas), ont une importance entièrement différente. Exemples: si le mari de la présidente d'un parti politique consulte un dermatologue ou si un candidat au Conseil d'Etat se fait examiner par un cardiologue, ces informations peuvent avoir des conséquences graves si elles sont divulguées.

Médecin et patient doivent s'entendre pour établir quelles informations le patient entend garder secrètes et envers qui. La distinction pratique proposée ici entre informations «banales» et «objectivement délicates» ou «subjectivement délicates» fait office de «béquille» didactique dans la communication entre patient et médecin. En outre, cette distinction est utile pour discuter de manière structurée de la proportionnalité du traitement des données par les caisses-maladie (voir plus loin).

Consentement préalable du patient: explicite ou tacite

Le patient peut consentir à la transmission des informations de manière expresse ou tacite. Etant donné que souvent (trop souvent par le passé!) patients et médecins ne discutent pas explicitement ce point, il arrive régulièrement que le médecin se demande si le patient l'a tacitement délié du secret, lui permettant ainsi de demander une garantie de prise en charge des coûts pour le traitement hospitalier ou, au terme du traitement, de répondre aux soi-disant¹⁷ questions du médecin-conseil, etc.

Dans le cas d'informations objectivement délicates, il appartient avant tout au médecin de veiller à ne pas porter préjudice au patient en transmettant les données à l'assurance-maladie.

En revanche, s'il s'agit d'informations plutôt banales sur le plan objectif ou «seulement» subjectivement délicates, c'est le patient qui doit penser à parler de ce problème particulier au médecin afin que ce dernier ne lui crée pas des difficultés sans le savoir.

Critères pour le consentement du patient

Délier expressément ou tacitement le médecin du secret médical implique, pour le patient, deux choses: le fait de *vouloir* et celui de *savoir*. Afin que cette levée du secret médical soit juridiquement valable, le patient doit savoir ce que l'assureur demande et, en outre, ce que le médecin a constaté sur son état de santé et devrait transmettre à la caisse-maladie. Il s'agit donc des mêmes critères que pour le consentement éclairé du patient avant une opération; autrement dit, le patient doit savoir à quoi il consent.

A ce propos, on est confronté à un véritable problème dans la LAMal. La plupart des patients ne connaissent que les factures de leur médecin; ils n'ont jamais vu de demande de garantie de remboursement pour un traitement hospitalier, ils ne savent pas combien de fois les assureurs souhaitent obtenir un rapport de sortie d'hôpital ni les éclaircissements qu'ils demandent aux médecins. Le juriste qui n'est pas impliqué dans le processus médical peut parfois avoir l'impression que les assureurs récoltent un maximum d'informations et en font un véritable *secret d'Etat* à l'égard des patients. Ce phénomène a été décrit il y a quelques années par mon confrère, Robert Gmür, dans un article intitulé «Chasseurs et collectionneurs»¹⁸. La Commission d'experts Geiser a également reconnu ce manque de transparence des assureurs envers les patients et propose d'obliger expressément l'assureur, dans une annexe à l'OAMal, à «informer chacun de ses assurés sur la façon dont il traite les données personnelles des assurés et à quelles fins».¹⁹

Dilemme: «How to break bad news»²⁰

Lorsque le médecin n'a pas encore pu informer le patient de son constat ou de sa présomption quant à une maladie et qu'il doit justement transmettre ces données à la caisse-maladie dans le cadre d'une demande de garantie de remboursement, on est en présence d'un vrai dilemme! La pose d'un diagnostic différentiel par exemple, qui peut être inutilement pénible

pour le patient (notamment lorsque la maladie présumée peut être exclue par d'autres examens), donne souvent lieu à une hospitalisation pour des examens complémentaires. S'il n'y a pas urgence, le patient a besoin à cet effet d'une garantie de remboursement de la part de son assureur. Le droit suisse qui, d'une part, se fonde sur un patient majeur en ce qui concerne le secret médical et, d'autre part, accepte implicitement²¹ le principe de la garantie de remboursement des frais avant hospitalisation crée par là un véritable conflit juridique pour le médecin. Sans vouloir anticiper ici sur la discussion spécifique à la LAMal, je tiens à souligner que ce type d'informations, *dans la mesure où* elles sont absolument nécessaires, ne doivent être transmises qu'aux médecins-conseils et que ceux-ci doivent en assurer la confidentialité. Le dilemme n'en est pas pour autant résolu, mais il s'en trouve quelque peu atténué.

Le secret médical prime la LAMal

Il convient ici de présenter une fonction importante du secret médical en relation avec la LAMal. Il est reconnu que, dans la LAMal (ce n'est pas le cas pour l'assurance-accidents), le patient peut renoncer sans formalité à des prestations d'assurance-maladie.²² Concrètement, cela signifie que, dans le système du tiers garant, le patient peut payer lui-même la note d'honoraires de son médecin et ne pas se la faire rembourser par sa caisse-maladie. Dans le système du tiers payant aussi, le patient peut dire à son fournisseur de prestations: «Aujourd'hui je vous consulte en tant que particulier et pas en tant qu'assuré selon la LAMal. Envoyez-moi donc directement votre note d'honoraires sans passer par ma caisse-maladie». L'importance de cette possibilité de refus informel dans le tiers garant *comme* dans le tiers payant n'est plus à démontrer. En effet, quel patient souhaiterait, dans le système du tiers payant, que le laboratoire qui a analysé son test VIH, transmette directement la facture à sa caisse-maladie au lieu de la lui envoyer et ce, même si elle comporte une étoile à la place de la position tarifaire.²³

Le consentement suffit; le principe de proportionnalité n'est pas applicable

En revanche, si le patient consent à ce que les informations soient transmises, la question du secret médical est réglée sur le plan pénal: la transmission n'est alors pas punissable.

Il est donc clair que le secret médical protégé par le Code pénal ne se base que sur un seul des principes de l'article 13 Cst., à savoir sur le droit à *l'autodétermination* du patient (autonomie du patient).

L'autre principe de l'article 13 de la Constitution, qui prévoit notamment la protection du *contenu* de la sphère privée (non-malfaisance) dans le sens où le consentement de la personne est limité par le principe de proportionnalité, est mis en application, sur le plan légal, non pas dans l'article 321 du Code pénal mais dans les dispositions de la loi sur la protection des données et celles de la LAMal.

Loi sur la protection des données

Domaine d'application: Confédération et particuliers; pas les cantons

La loi fédérale sur la protection des données (LPD) de 1992 s'applique aux particuliers et aux organes fédéraux. Sur le plan formel, elle ne s'applique pas au service public des cantons et des communes. De nombreux principes de la LPD sont toutefois des notions juridiques largement admises et constituent dans les faits la simple concrétisation des principes de la Constitution fédérale, qui ont également force de loi pour les cantons et les communes. Des prescriptions de la loi cantonale sur la protection des données largement discriminatoires envers les personnes concernées ne résisteraient guère à une comparaison avec la nouvelle Constitution fédérale. Cette réserve vaut, par exemple, pour les dispositions cantonales qui règlent de manière restrictive l'accès du patient à son dossier médical dans les hôpitaux publics; aujourd'hui, de telles dispositions ne sauraient être compatibles avec le droit d'autodétermination en matière d'information selon l'article 13 de la Constitution fédérale.²⁴

Caractère licite, conformité avec les principes de la bonne foi, proportionnalité, adéquation

L'article 4 de la LPD fixe les principes s'appliquant aux particuliers et aux organes fédéraux:

Art. 4 LPD Principes

- ¹ Toute collecte de données personnelles ne peut être entreprise que d'une manière licite.
- ² Leur traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité.
- ³ Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.

Les données sur la santé et le profil de la personnalité sont des données sensibles

Conformément à l'art. 3, 1^{er} al., let. c., de la *loi sur la protection des données* (LPD), les données personnelles sur «la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race» sont des «données sensibles». En outre, les informations que le médecin détient sur son patient – qu'il s'agisse de données sur la santé au sens restreint ou non – permettent souvent d'établir un «profil de la personnalité» selon l'art. 3, 1^{er} al., let. d, de la LPD et font donc partie des données sensibles. (La LPD définit le profil de la personnalité comme «un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique»).

Prescriptions restrictives pour les organes fédéraux

Comme mentionné ci-après, les caisses-maladie sont soumises, pour l'assurance de base, aux dispositions de protection des données applicables aux organes fédéraux. Conformément à l'article 17, 1^{er} al., de la LPD, les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données sensibles ou des profils de la personna-

lité que si «une loi au sens formel le prévoit expressément, ou si exceptionnellement

- a) l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel l'exige absolument;
- b) [...]»

En outre, la «collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité d'une personne doit être effectuée de façon reconnaissable pour cette dernière» (art. 18, 2^e al., LPD).

Les organes fédéraux «sont en droit de traiter des données personnelles ... notamment dans le cadre ... de la statistique, aux conditions suivantes:

- a) les données sont rendues anonymes dès que le but du traitement le permet;
 - b) [...]»
- (art. 22, 2^e al, LPD).

L'ordonnance relative à la loi sur la protection des données (OLPD) introduit dans l'ordre juridique bon nombre de dispositions dictées par le bon sens. Ainsi, les organes fédéraux doivent-ils prendre «les mesures techniques et organisationnelles propres à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes dont les données sont traitées» (art. 20 OLPD), ce qui signifie, en particulier, qu'ils doivent régler de manière interne la question de savoir qui peut avoir accès à des données et auxquelles; c'est là une conséquence directe du principe de proportionnalité.²⁵ Les organes fédéraux doivent en outre établir un règlement de traitement pour les fichiers automatisés (art. 21, OLPD), règlement définissant, entre autres, «l'accès des utilisateurs au fichier, ainsi que la nature et l'étendue de cet accès», ainsi que «les procédures de rectification, de blocage, [...], d'archivage ou de destruction des données» (art. 21, 2^e al., let. f et g, OLPD).

LAMal

Les caisses-maladie ne sont pas que des offices de paiement

Au point de friction entre la protection de la sphère privée et l'examen de l'obligation de prise en charge des prestations, les dispositions suivantes de la LAMal sont déterminantes:

- Ne sont prises en charge que les prestations du catalogue défini aux art. 25 à 31, autrement dit, les prestations *efficaces, appropriées et économiques* (art. 32 LAMal).
- Tous les intéressés doivent se limiter «à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement» (art. 56, 1^{er} al., LAMal) lors des examens et des traitements effectués dans le cadre de la LAMal. A cet égard, il est incompréhensible que, dans le texte de loi, cette obligation n'incombe qu'aux fournisseurs de prestations, alors qu'en réalité il est au moins aussi important que le *patient* s'accommode d'une médecine optimale et ne puisse pas exiger de médecine maximale aux frais de la collectivité.

- La caisse-maladie ne doit pas prendre en charge les frais de traitement si une autre assurance sociale est compétente (AA/AM/AI – cf. art. 78 LAMal et art. 110ss OAMal), ou si le «patient» n'est pas malade²⁶ (art 2 LAMal).
- S'il y a un tiers responsable, la caisse-maladie doit tout de même prendre en charge les frais de traitement, mais peut ensuite les facturer au tiers en question et a donc un droit de subrogation (art. 79 LAMal et art. 123 à 126 OAMal).

Vu ces critères légaux auxquels sont soumis les traitements médicaux selon la LAMal, il est clair que les caisses-maladie ne sont pas que de simples offices de paiement. Elles ont *en principe* le droit et le devoir d'examiner leur obligation de prise en charge des prestations.

La caisse-maladie peut traiter des données sensibles ...

Une version révisée de l'article 84 LAMal est applicable depuis peu. Celle-ci ne se réfère plus à la loi sur la protection des données en général, mais définit de manière plus concrète ce qui s'applique aux caisses-maladie dans l'assurance de base:

Art. 84 LAMal: traitement de données personnelles

Les organes chargés d'appliquer la présente loi ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution sont habilités à traiter et à faire traiter les données personnelles, y compris les données sensibles et les profils de la personnalité, qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assigne cette loi, notamment pour:

[...]

- c) établir le droit aux prestations, les calculer, les allouer et les coordonner avec celles d'autres assurances sociales;
 - e) faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable;
 - g) établir des statistiques;
- [...].

... mais le traitement des données doit être nécessaire

Les organes chargés de l'application de la LAMal sont habilités ... à traiter les données «qui leur sont *nécessaires* pour accomplir les tâches que leur assigne cette loi». La LAMal établit ici un lien avec les dispositions de la loi sur la protection des données qui doivent également être respectées dans l'assurance de base. Ainsi, l'éventuel consentement du patient ne suffirait pas à légaliser un traitement inapproprié, non indispensable ou disproportionné des données! L'article 13 de la Constitution fédérale, la loi sur la protection des données et le terme «nécessaires» stipulé à l'art. 84 LAMal déploient ici, de concert, leur effet de protecteur.

Discussion des questions concrètes au point de rencontre entre la Constitution fédérale, la loi sur la protection des données et la LAMal

Remarque liminaire: il est intéressant de constater que les textes de doctrine juridique parus jusqu'ici sur la nouvelle LAMal²⁷ semblent accorder moins d'importance au problème de la protection des données que la brochure d'information sur le droit des patients publiée par le Beobachter en 1993.²⁸

Le rapport «Protection de la personnalité dans l'assurance-maladie et accidents sociale et privée» de la commission d'experts présidée par le Prof. Thomas Geiser, docteur en droit, publié en mars 2001, revêt donc une importance particulière.²⁹

Ce qui est «nécessaire» ...

En septembre dernier, on pouvait lire par exemple dans la Weltwoche³⁰ que, pour les contrôleurs de la caisse-maladie Helsana dans les homes médicalisés, «la documentation complète des soins et les entretiens avec le personnel soignant sont des moyens auxiliaires importants». Dans cet article, la journaliste de la Weltwoche, Maja Peter, objecte que «la documentation des soins consiste en des rapports intimes sur les soins apportés au patient, à savoir le nombre de fois où il est lavé, s'il souffre d'incontinence urinaire, quels médicaments il prend et quel est son état psychique». Elle ajoute plus loin: «Selon les directeurs d'hôpitaux et les médecins, une caisse particulièrement agressive en ce qui concerne la récolte de données est la Swica. Ils racontent en cachette que celle-ci reproche très vite à tort aux fournisseurs de prestations d'établir des notes d'honoraires injustifiées et exige les dossiers médicaux, les procès-verbaux d'anesthésie et d'autres rapports pour contrôle. Pour ce faire, elle n'a pas toujours recours à un médecin-conseil, indique le directeur d'un hôpital qui, par crainte de représailles, souhaite garder l'anonymat. [...] Si, à l'avenir, les caisses-maladie peuvent choisir avec quels hôpitaux et quels médecins elles souhaitent collaborer, les informations récoltées deviendront en fait un facteur de concurrence important. Pour les assurés, en revanche, la collecte de données par les caisses-maladie pourrait avoir des conséquences catastrophiques. [...]» (trad. FMH).

Compte tenu de la nouvelle Constitution fédérale, on peut se demander ce qu'il est advenu du droit d'autodétermination des patients quant à leurs données. Pour ce qui est des cas présentés dans la Weltwoche, il est en effet peu probable que les patients séjournant dans des hôpitaux ou des homes médicalisés et leurs proches soient au courant de ce qui s'y passe.

... doit être décidé par l'Etat; pas de liberté pour les caisses-maladie

En outre, les caisses-maladie mettent en application une assurance-maladie sociale et sont ainsi des administrations fédérales externalisées. Savoir combien de données de patients elles traiteront et par l'intermédiaire de quels collaborateurs concerne autant l'opinion publique que les collections de fiches de

l'administration fédérale. Il s'agit là d'une atteinte au droit fondamental de la sphère privée garanti par la Constitution. «Comme le Tribunal fédéral l'a indiqué de manière exemplaire pour la liberté du commerce et de l'industrie, les intérêts publics invoqués ne justifient pas tous une restriction.»³¹ (trad. FMH). L'Etat doit donc décider de façon démocratique comment balancer les notions juridiques de «sphère privée» et d'«équilibre financier des caisses» l'une par rapport à l'autre.³² *Quelles économies* (présumées?!), les caisses-maladie doivent-elles réaliser et *dans quelle mesure* leur faut-il recourir à des méthodes à la *Big Brother* pour y parvenir, c'est-à-dire «réduire les coûts à tout prix»?

Position et fonction du médecin-conseil: la loi doit être modifiée

La Commission Geiser consacre les pages 93 à 139 (!) de son rapport aux médecins-conseils dans l'assurance sociale. Elle propose un certain nombre de modifications concrètes des textes de loi, dans le but de clarifier et de renforcer la position du médecin-conseil dans l'assurance maladie. Lesdites propositions serviront de *test* pour voir quelle importance le *Conseil fédéral et le Parlement* donneront à la protection des données et donc aux droits du patient. Les dispositions proposées sont «prêtes à l'emploi» et peuvent être intégrées telles quelles dans la révision en cours de la LAMal. L'argument selon lequel il serait trop tard pour le faire est sans fondement. Le rapport en question est en effet disponible depuis octobre 2000, alors qu'à l'époque de la révision totale de la loi sur l'assurance-maladie, le Parlement n'avait reçu les propositions de l'ancienne Commission des cartels qu'à l'issue de la première lecture de la loi au Conseil des Etats (!), ce qui ne l'a pas empêché de les intégrer malgré tout immédiatement dans la révision.

Compétence décisionnelle du médecin-conseil pour les questions médicales et la protection des données; statistiques

La commission est partie du principe – son argumentation est convaincante – que seul le médecin-conseil est en mesure de décider si un examen ou un traitement est approprié ou non sur le plan médical du point de vue de la caisse.³³ En outre, la commission lui attribue la tâche et la compétence de décider quelles données doivent être transmises à l'administration de la caisse-maladie;³⁴ elle précise aussi: «Les informations qui proviennent du service du médecin-conseil [et sont remises à l'administration de la caisse; supposition de l'auteur] ne sont utilisables que pour les fins pour lesquelles elles ont été acquises. L'administration a donc à poser des règles claires et sélectives en matière d'accès aux données qu'elle conserve».³⁵ «Au sein de l'administration aussi, seul devrait avoir accès aux données le service qui en a vraiment besoin.»³⁶

L'art. 57, 5^e al., de la LAMal est à compléter comme suit:

Le médecin-conseil évalue les cas en toute indépendance. *Il décide des questions médicales et de la transmission des données médicales qui lui ont été fournies par l'assuré ou par le fournisseur de prestations, avec effet obligatoire pour l'assureur [...].*

L'art. 84 de la LAMal est à compléter comme suit:

² *Les données médicales que le service du médecin-conseil a reçues d'assurés ou de fournisseurs de prestations ne peuvent être transmises à des fins de statistiques et de contrôle général du caractère économique de l'activité des fournisseurs de prestations qu'après anonymisation ou cryptage.*

³ *Les assureurs doivent régler de façon claire et sélective l'accès de leurs organes et collaborateurs aux données des assurés, ainsi que la conservation de celles-ci.*

Nécessité de créer un organe de recours avec compétence décisionnelle

La commission a en outre constaté que les belles solutions sur papier sont insuffisantes. Ce qui importe en fait, c'est de pouvoir contrôler le bon fonctionnement du système du médecin-conseil.³⁷ Par conséquent, la commission propose de compléter l'article 57, 8^e alinéa, LAMal. La FMH et le CAMS doivent être mandatés par le législateur pour créer «un organe de recours chargé de trancher les litiges entre le médecin-conseil et l'assureur à propos de la transmission de données personnelles³⁸ et de veiller au respect de la protection des données au sein du service du médecin-conseil».

Distinction entre assurance de base et assurance complémentaire

«En pratique, il n'est cependant pas possible de distinguer les données en fonction de ces deux régimes. Dans le cas concret, les informations nécessaires sont les mêmes pour les prestations de base que pour les prestations complémentaires.»³⁹ La Commission Geiser propose dès lors de manière conséquente de compléter l'art. 57 de la LAMal (et, par analogie, l'art. 100, 4^e al, LCA) par un nouvel alinéa 1a:

«Si un assureur offre, en sus de l'assurance-maladie sociale selon la présente loi, des assurances complémentaires ou s'il exploite d'autres assurances, les dispositions relatives aux médecins-conseils s'appliquent également à ces assurances. Déjà lors de la conclusion de l'assurance, il peut être exigé que les données médicales soient accessibles exclusivement au service du médecin-conseil.»

Garanties de remboursement des frais: oui, si ...

La LAMal ne contient aucune base légale pour le recours à des garanties de remboursement dans l'administration de l'assurance. En effet, selon l'art. 58, 3^e al., let. a, LAMal, le Conseil fédéral peut en particulier prévoir que «l'accord du médecin-conseil est né-

cessaire avant l'exécution de *certaines* mesures diagnostiques ou thérapeutiques, notamment celles qui sont particulièrement coûteuses». Premièrement, on parle ici d'un contrôle préalable par le médecin-conseil (et non par l'administration de la caisse) et, deuxièmement, il serait pour le moins douteux que le Conseil fédéral puisse prescrire des garanties de remboursement pour *toutes* les hospitalisations. Cela dit, cette question n'est pas du tout à l'ordre du jour, car un tel devoir consistant à obtenir de manière générale l'accord du médecin-conseil avant un traitement hospitalier n'est mentionné ni dans l'OAMal ni dans l'OPAS (éditée par le DFI). Il appartiendrait donc, en premier lieu, au patient – et, seulement avec une grande réserve, aux partenaires tarifaires – de décider s'il y a lieu de clarifier au préalable la question de la prise en charge des frais et, si oui, à quel moment.

De l'avis de la Commission Geiser, les garanties de remboursement peuvent se révéler utiles: le patient sait ainsi que le traitement sera payé par la caisse et celle-ci peut planifier des prestations relativement coûteuses à l'avance. Mais: «Les garanties de couverture [...] n'ont de sens que si l'assureur les accorde en connaissance de cause. Aussi la commission estime-t-elle que, dans ces cas, une indication ou un diagnostic détaillés sont indispensables».⁴⁰ Autrement dit, les *demandes de garantie de remboursement* relèvent exclusivement du *médecin-conseil*, car c'est à lui qu'il appartient de définir, en fin de compte, le point de vue de la caisse quant à savoir si l'examen ou le traitement sont utiles sur le plan médical (cf. la révision proposée par la commission à l'art. 57, 5^e al., LAMal).

Communication du diagnostic? Communication du diagnostic selon l'ICD? – faux problème!

La «Commission Geiser» a fait la remarque – politiquement correcte – qu'en y regardant de plus près on constate que le diagnostic (souvent inconnu en médecine ambulatoire) n'est pas forcément l'information dont la caisse a effectivement besoin pour vérifier la question de la prise en charge. Si bien que là où le législateur et l'assureur parlaient de diagnostic, le rapport de la commission se sert de l'expression «indication ou diagnostic».⁴¹

En réalité, la question de savoir si un examen ou un traitement se limite «à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement» (art. 56 LAMal) est équivalente à celle portant sur la *raison* du traitement. Il suffit de consulter un dictionnaire médical pour savoir ce qui est important pour l'assureur, si tant est que quelque chose le soit:

- Le Pschyrembel (*ndt*: dictionnaire médical de langue allemande) définit *l'indication* comme étant la «raison justifiant amplement le recours à un procédé diagnostique ou thérapeutique dans un cas de maladie. [...]»⁴² (trad. FMH).
- La définition de *diagnostic* y est en revanche: «l'attribution sans le moindre doute d'un trouble de la santé à une maladie particulière; au sens large, mot désignant un symptôme (p. ex. abdomen aigu) ou une présomption (diagnostic pré-

somptif); cf. classification».⁴³ Cela étant, il n'est pas précisé si le sujet du diagnostic a besoin d'un traitement ou non.

Il ressort de tout cela que la discussion sans fin à propos de la communication du diagnostic sur la facture ainsi que celle qui dure également depuis longtemps sur la communication du diagnostic ICD pour les patients hospitalisés sont tout simplement passées à côté de la question véritable. Pour la vérification des prestations, l'indication est plus importante que le diagnostic. Ne serait-ce que pour cette raison, la communication systématique du diagnostic est inappropriée; par conséquent, elle n'est pas exigible et donc disproportionnée – et viole les dispositions de la Constitution fédérale (art. 13), de la loi sur la protection des données (art. 17) et de la LAMal (art. 42 et art. 84).⁴⁴ En termes non juridiques, on pourrait ajouter: «*Celui qui, pour le contrôle des coûts, exige dans chaque cas la communication du diagnostic a peut-être lui-même besoin d'un diagnostic ...*».

Contenu de la facture: facturation électronique ...

Lors des discussions de la commission, deux projets ont été mis sur pied dans le domaine de la santé publique: les assureurs ont élaboré un système de certification (projet abandonné entre-temps) et le corps médical a développé un concept pour le transfert électronique des données via un centre fiduciaire. La commission a considéré les deux solutions présentées non pas comme s'opposant l'une l'autre, mais comme étant complémentaires. Selon le projet de centre fiduciaire, qui a reçu l'aval de la majorité de la commission, le fournisseur de prestations présente la facture au patient et «transmet simultanément l'indication ou le diagnostic détaillé sur un serveur (sous une forme non anonymisée)», et que «l'assureur en cause peut consulter sur ce serveur l'indication ou le diagnostic détaillé lorsqu'il a reçu de l'assuré la facture aux fins de la prise en charge des coûts (pas d'accès aux renseignements détaillés sans facture)».⁴⁵ Une minorité de la commission a «exprimé de très fortes craintes à l'égard de l'enregistrement «à titre préventif» de données ultra-sensibles portant sur la santé. On craint notamment que le flux des données serveur-assureurs n'ait pas lieu dans chaque cas d'espèce, mais devienne plutôt une procédure standard».⁴⁶

... et les listes d'exclusions

Dans son commentaire sur la LAMal,⁴⁷ l'ombudsman de l'assurance-maladie sociale, Gebhard Eugster, a déclaré en 1998: «D'après l'article 59, 2^e alinéa, de l'OAMal, les assureurs et les fournisseurs de prestations peuvent convenir dans les conventions tarifaires les *informations et diagnostics* qui ne doivent, en principe, être portés qu'à la connaissance du médecin-conseil de l'assureur (art. 57). L'établissement de *listes d'exclusion* par convention ou d'une autre manière *est une nécessité* [mise en évidence par l'auteur], si l'on veut que les droits de la personnalité de l'assuré soient également respectés dans le cadre d'une administration de masse»⁴⁸ (trad. FMH).

Vu le degré de différenciation des différentes positions tarifaires dans le TarMed, cela implique que non seulement les indications et diagnostics délicats, mais aussi les *factures* comportant des positions tarifaires délicates relèvent exclusivement du *médecin-conseil*.

En principe, il n'y a là rien de nouveau. Lorsque le DFI édicta, fin 1993, une liste des analyses révisée qui introduisait, entre autres, une position particulière pour le *test de confirmation du VIH* et pour *celui de l'hépatite*, il y eut – logiquement et à juste titre – une levée de boucliers, notamment de la part de l'Organisation suisse des patients et de la FMH. La cheffe du DFI se vit contrainte d'instituer un groupe de travail chargé de résoudre ce problème concret et de réexaminer entièrement la situation dans le domaine de l'assurance des soins.⁴⁹ Il s'ensuivit l'introduction, dans la liste des analyses, des célèbres petites étoiles qui permettent de garder confidentielles certaines des prestations. Il serait exagéré de dire que cette solution a eu un succès foudroyant. Mais l'important était ailleurs. On reconnaissait en effet pour la première fois – à juste titre – que certaines informations concernant les positions tarifaires pouvaient, elles aussi, être si délicates qu'elles n'avaient pas leur place dans la monstrueuse collection de données des administrations des caisses-maladie. Or, c'est là précisément la norme que les partenaires tarifaires devront respecter en matière de protection tarifaire, pour le TarMed également. Par conséquent, parallèlement à l'introduction des tarifs TarMed, il faudra absolument veiller à ce que des informations *objectivement délicates* ne soient pas remises *de manière routinière et automatique à l'administration de la caisse* – «l'établissement de listes d'exclusion par convention ou d'une autre manière est une nécessité, si l'on veut que les droits de la personnalité de l'assuré soient également respectés dans le cadre d'une administration de masse».⁵⁰

Restera encore au patient et au médecin à décider quelles sont les positions tarifaires qui, *en cas d'espèce*, ne doivent pas être communiquées à l'administration (conformément à l'article 42, 5^e alinéa, LAMal), du fait qu'il en résulterait un effet négatif pour le patient particulier dans sa situation actuelle – cf. les exemples mentionnés ci-avant en rapport avec le secret médical, sous «données délicates subjectives».

Profil du médecin: codage des données relatives au patient

Il est internationalement reconnu, depuis de nombreuses années, que les statistiques probantes concernant les prestations des médecins, des hôpitaux, des physiothérapeutes, etc., portent forcément sur *toute la chaîne de traitement* et se fondent sur la notion *d'épisode de soins*. Je me référerai dans ce contexte à Peter R. Kongstvedt:⁵¹

«The Physician Payment Review Commission has suggested several guidelines for effective physician profiling. According to the PPRC, profiles first must be analyzed for a welldefined population. Second, they must include a sufficient number of observations to ensure that differences are not due to chance. Third, they should include adjustments for case mix.» [...] «A successful profiling system defines an *episode of care*, accounts for severity of illness and comorbidities, and identifies *all the resources used per episode of care*»⁵² Et plus loin, Kongstvedt ajoute: «It is better to attempt to examine provider behavior from the standpoint of *total health care resource consumption* and outcome, including resources not directly delivered or billed by the provider, and to look at true episodes of care and outcomes as opposed to constellations of single visits».⁵³

Cela signifie qu'on ne peut établir des statistiques valables de prestations à partir des données anonymisées des patients; seules des données *codées* permettent de le faire. C'est en effet la seule manière de suivre les patients et de saisir statistiquement les éléments exigés par l'économie médicale («episode of care» et «total health care resource consumption»).

Big Brother au lieu de travail – profil de la personnalité du fournisseur de prestations

A l'instar des employés du service public qui doivent accepter une surveillance appropriée, exigible et proportionnée de la part de leur employeur, les médecins et les autres professionnels de la santé doivent accepter, pour les traitements soumis à la LAMal,⁵⁴ l'obligation de rendre des comptes non seulement au patient, mais aussi à la collectivité.

La comparaison avec les employés du service public est également valable en sens inverse, pour *limiter le recours à des méthodes du genre Big Brother*: de la même façon que l'employé fédéral ne saurait être soumis à une surveillance par des caméras vidéo placées dans tous les coins et recoins de son bureau, les professionnels de la santé ont également droit à une sphère intime protégée par la Constitution et la loi sur la protection des données; eux non plus ne peuvent être soumis à *n'importe quelle forme de surveillance*. Il apparaît en effet clairement que des statistiques très détaillées sur les prestations d'infirmières spitex, de sages-femmes ou de médecins ne sont en fin de compte rien d'autre qu'un «profil de la personnalité»⁵⁵ selon la loi sur la protection des données. C'est d'ailleurs pour cette raison – et à juste titre – que le préposé à la protection des données a exigé un examen critique du concept de valeur intrinsèque; si la simple saisie des qualifications des médecins soulève déjà des questions (justifiées), qu'en sera-t-il de «l'empreinte digitale» de leur activité professionnelle?

Deutsch erschienen in Nr. 24/2001

- 1 A l'inverse de ce qu'il a fait pour la structure tarifaire uniforme, le Conseil fédéral n'a pas prévu de délai transitoire pour la convention avec les médecins-conseils. Celle-ci devrait donc être en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1996. Là aussi, la situation est contraire à la loi. Il est cependant intéressant de noter que les critiques du monde politique à ce propos sont moins virulentes que pour le calendrier concernant les questions tarifaires.
- 2 Ce rapport a été publié en mars 2001 sous le titre «Protection de la personnalité dans l'assurance-maladie et accidents sociale et privée». On peut le commander auprès de l'OCFIM au moyen du numéro de commande 318.010.7.01f. Adresse: OFCL/OCFIM, 3003 Berne. Adresse internet: www.admin.ch/edms. Au sein de la commission d'experts, composée de 16 personnes, l'avocat et notaire Andreas Kummer représentait le CAMS, le Dr Alfred Vaucher, la Société suisse des médecins-conseils, et HP. Kuhn, la FMH.
- 3 Cf. ATF122 I 153ss.; p. 162 avec référence (droit de consulter un dossier personnel).
- 4 Message du 23 mars 1988 concernant la LPD, tirage à part, p. 7.
- 5 Beauchamp TL, Childress JF. Principles of Biomedical Ethics. New York: Oxford University Press; 1994. p. 273.
- 6 Zimmermann-Acklin M. Perspektiven der biomedizinischen Ethik. Genève: Folia Bioethica de la Société suisse de bioéthique médicale; 2000. p. 12.
- 7 Weber-Dürler B. Grundrechtseingriffe. Dans: Zimmerli U (éd.). Die neue Bundesverfassung. Berne: Stämpfli; 2000. p. 131-55; 136.
- 8 Art. 117 de la Constitution fédérale: assurance-maladie et assurance-accidents:
¹ La Confédération légifère sur l'assurance-maladie et sur l'assurance-accidents.
² Elle peut déclarer l'assurance-maladie et l'assurance-accidents obligatoires, de manière générale et pour certaines catégories de personnes.
- 9 Weber-Dürler B. Grundrechtseingriffe. Dans: Zimmerli U (éd.). Die neue Bundesverfassung. Berne: Stämpfli; 2000. p. 131-55; 136.
- 10 B. Weber-Dürler, loc. cit., p. 139.
- 11 B. Weber-Dürler, loc. cit., p. 142.
- 12 B. Weber-Dürler, loc. cit., p. 143.
- 13 Stratenwerth G. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II. Berne: Stämpfli; 2000. p. 381.
- 14 Cf. Peter M. Espionnage illégal et conséquences fâcheuses; les caisses-maladie violent systématiquement la loi sur la protection des données. Sous le couvert du contrôle des coûts, elles se procurent les dossiers médicaux et d'autres informations sur les patients (trad. FMH). Weltwoche du 28.9.2000.
- 15 Cf. l'excellent article de Martin J, Guilloid O. Secret médical. Bull Med Suisses 2000;81(37):2047-52.
- 16 Les expressions employées ici, telles que «banal», «objectivement délicates» et «subjectivement délicates», ne sont pas des notions juridiques entrées dans l'usage. Cela dit, c'est justement parce que, dans le Code pénal, les informations sur la santé et, en particulier, les données sensibles selon la loi sur la protection des données sont toutes «mises dans le même sac» qu'il est nécessaire d'utiliser des termes différenciés et inusités dans le domaine juridique. En effet, lorsqu'il s'agit de peser le secret médical par rapport à d'autres dispositions légales, comme la compétence des caisses-maladie de vérifier la prise en charge des prestations, il est important de saisir les enjeux pour le patient en cas d'espèce, notamment sous l'angle de l'adéquation, de la nécessité et de la proportionnalité du contrôle effectué par la caisse.
- 17 Le terme «soi-disant» est employé ici parce que ces questions ne sont souvent pas le fait du médecin-conseil mais de l'administration de l'assurance ...
- 18 Gmür R. Chasseurs et collectionneurs. Bulletin de l'ASMAC 1996;15(5):20.
- 19 Rapport, p. 149.
- 20 Voir, en arrière-plan de cette problématique, Buckman R. How to break bad news. A Guide for Health Care Professionals. Baltimore: Johns Hopkins University Press; 1992. Buckmann propose un protocole en six étapes, qui ne peut cependant pas être effectué à chaque fois avant une hospitalisation: «1. getting started, 2. finding out how much the patient knows, 3. finding out how much the patient wants to know, 4. sharing the information (aligning and educating), 5. responding to the patient's feelings, 6. planning and follow-through».
- 21 Voir plus loin sous «Garantie de couverture».
- 22 Dans l'assurance-accidents, la renonciation à des prestations de l'assuré ou de ses survivants est confirmée par une décision de l'assureur (art. 65 OLAA), afin que les informations importantes et potentiellement délicates ne puissent pas lui être dissimulées. Au vu des problèmes manifestes de protection des données, la question de savoir si cette disposition de l'ordonnance est suffisante paraît discutable. Il conviendrait donc de créer une base légale formelle dans la LAA si l'on tient à garder cette solution paternaliste qui est clairement contraire au droit d'autodétermination en matière d'information stipulé à l'article 13 de la nouvelle Constitution fédérale.
- 23 Voir plus loin, sous «Listes d'exclusion».
- 24 Cf. également ATF 122 I 153, consultation du dossier médical en question à l'art. 4 (ancienne) Cst.
- 25 Cf. Rapport de la «Commission Geiser», p. 112.
- 26 On peut penser ici, par exemple, au critère du caractère de la maladie lors d'un traitement psychiatrique, qui sert à différencier le traitement d'un patient malade, pris en charge par la caisse, du soutien apporté à un patient sain, que l'on nomme parfois malicieusement «thérapie préventive du normopathe».
- 27 Cf. en particulier: Duc J-L (éd.). LAMal-KVG. Recueils de travaux. Lausanne: IRAL; 1997; Eugster G. Krankenversicherung. Dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (éds). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser. Soziale Sicherheit. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998; Maurer A. Das neue Krankenversicherungsrecht. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1996.
- 28 Ramer P, Rennhard J. Patientenrecht, ein Ratgeber aus der Beobachter Praxis; Zurich: Jean-Frey SA; 1993. p. 29-35, 98ss.
- 29 Voir [2].
- 30 Peter M. Espionnage illégal et conséquences fâcheuses; les caisses-maladie violent systématiquement la loi sur la protection des données. Sous le couvert du contrôle des coûts, elles se procurent les dossiers médicaux et d'autres informations sur les patients (trad. FMH). Weltwoche du 28.9.2000.
- 31 B. Weber-Dürler, loc. cit., p. 139.
- 32 Cf. Müller JP. Einleitung zu den Grundrechten. Dans: Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft. I. Bâle, Zurich et Berne: 1996. VI Einschränkungen von Grundrechten. Chiffres en marge n° 113-180.
- 33 Rapport, p. 100s.
- 34 Rapport, p. 132 et 134.
- 35 Rapport, p. 134 et 135.
- 36 Rapport, p. 136.
- 37 Rapport, p. 133.
- 38 La commission propose sciemment que cet organe de recours, contrairement aux anciennes commissions paritaires, se prononce en première instance et ne fasse pas que soumettre des propositions de conciliation. Celui-ci acquiert ainsi l'importance nécessaire pour décharger les tribunaux.
- 39 Rapport, p. 101.
- 40 Rapport, p. 30.

- 41 P. ex. Rapport, p. 27s.
- 42 Pschyrembel Klinisches Wörterbuch. 257^e édition. Berlin, New York. Walter de Gruyter; 1994. p. 716.
- 43 Pschyrembel, loc. cit., p. 322.
- 44 Il ressort notamment de ces considérations que la formulation du 4^e alinéa de l'article 42 n'est pas très heureuse et que l'article 59 OAMal qui s'y réfère est de toute évidence contraire à la loi.
- 45 Rapport, p. 28.
- 46 Rapport, p. 29.
- 47 Eugster G. Krankenversicherung. Dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (éds). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser. Soziale Sicherheit. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998.
- 48 Eugster, op. cit. p. 121.
- 49 Le rapport du groupe de travail «Protection des données et liste des analyses / assurance-maladie» a été publié par l'OFAS en juillet 1996.
- 50 Eugster G. Krankenversicherung. Dans: Koller H, Müller G, Rhinow R, Zimmerli U (éds). Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht. Ulrich Meyer-Blaser. Soziale Sicherheit. Bâle: Helbing & Lichtenhahn; 1998. p. 121.
- 51 Kongstvedt PR. Essentials of Managed Health Care. 2nd edition. Maryland 1997. En particulier: pages 288-90 et 319-24.
- 52 Op. cit., p. 288.
- 53 Op. cit., p. 320.
- 54 Bien entendu, cela ne vaut pas pour les frais de traitements pris en charge par les patients eux-mêmes.
- 55 «Un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique.» – Art. 3, 1^{er} al., let. d, LPD.