

MIOTTI_HUMBEL_KERSTEN_LANG

Avocats

5201 Broug, case postale 460

Avis de droit du 28 mars 2008

relatif à la transmission des données des patients
aux assureurs-maladie

à l'attention de H+ Les Hôpitaux de Suisse

2.2.4.3. Explications	16
E. Conflits	17
1. Généralités	17
2. Le terme Minimal Data Set , respectivement Minimum Data Set (MDS)	17
3. Le conflit entre les fournisseurs de prestations et les assureurs-maladie sur la fourniture des factures	17
3.1. Le point de vue de la CSS sur le Minimum Data Set (MDS)	17
3.2. Le point de vue de H+ Les Hôpitaux de Suisse sur le Minimal Data Set	18
F. Lettre d'intention	18
III. Questions	18
IV. Bases légales relatives aux données des patients	19
1. Remarque préalable	19
2. Art. 13 de la Constitution de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst)	20
2.1. Contenu et portée du droit fondamental	20
2.2. Limites du droit à l'autodétermination informationnelle	21
2.2.1. En général	21
2.2.2. Restrictions dans le domaine des données personnelles particulièrement dignes de protection	22
2.3. La question du rattachement	23
2.4. Principes fondamentaux du traitement des données personnelles selon la législation et la jurisprudence	24
2.5. Garantie de la protection des données dans les constitutions cantonales	25
2.6. Synthèse	25
3. Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP)	26
3.1. Art. 321 CP (violation du secret professionnel)	26
3.2. Art. 320 CP (violation du secret de fonction)	28

3.3. Les devoirs, resp. les autorisations de communication du droit des assurances sociales selon la LAMal et la LAA à la lumière des art. 320 et 321 CP	29
3.3.1. Art. 42 al. 3 et 4, art. 57 al. 6 LAMal	29
3.3.2. Art. 54a LAA, art. 69a al. 1 OLAA	31
4. La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances du 6 octobre 2000 (LPGA)	31
4.1. Remarque préalable	31
4.2. L'obligation du secret dans le droit des assurances sociales	32
4.3. Le cercle touché par l'obligation du secret	32
4.4. Synthèse	33
5. Législation sur la protection des données	33
5.1 Fondements	33
5.2 La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD)	34
5.2.1. Remarque préalable	34
5.2.2. Champ d'application de la LPD	34
5.2.2.1. Champ d'application de la LPD en relation avec les hôpitaux et les EMS	34
5.2.2.2. Champ d'application de la LPD en relation avec les assureurs, en particulier les caisses-maladie	35
5.2.3. Les exigences fondamentales de la LPD pour le traitement des données personnelles, en particulier des données sur la santé	35
5.2.3.1. Les données sur la santé en tant que données particulièrement dignes de protection	35
5.2.3.2. De la collecte et du traitement des données en général	36
5.2.3.3. Du traitement et de la communication de données personnelles particulièrement dignes de protection par les organes de la Confédération	38
5.2.4. Synthèse	
5.3. Les règles cantonales en matière de protection des données	40
5.3.1. Validité pour les hôpitaux et les institutions publics	40
5.3.2. Du contenu des règles cantonales	40
5.4. Autres règles cantonales pertinentes	41

6. Loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal)	42
6.1. Remarque préalable	42
6.2. Devoirs des fournisseurs de prestations selon l'art. 39 LAMal (hôpitaux et institutions)	42
6.2.1. Devoir d'assurer des prestations efficaces, appropriées et économiques	42
6.2.1.1. Art. 32 LAMal (conditions de la prise en charge des coûts)	42
6.2.1.2. Art. 56 LAMal (caractère économique des prestations)	43
6.2.2. Les devoirs relatifs à la facturation (art. 42 LAMal)	43
6.2.2.1. Droit en vigueur	43
6.2.2.2. Droit révisé	44
6.2.2.3. Proposition refusée dans le cadre de la révision de la LAMal	44
6.2.3. Art 59 de l'ordonnance sur la loi sur l'assurance-maladie (OAMal) du 27 juin 1995	45
6.2.3.1. Version actuelle	45
6.2.3.2. Version révisée	45
6.2.4. Obligation de communiquer des indications aux médecins-conseil (art. 57 LAMal, al. 6 en particulier)	46
6.3. Devoir légal des assureurs de vérifier la qualité des prestations, les factures et le caractère économique	46
6.4 La rémunération et le contrôle des factures selon l'art. 42 al. 3 LAMal en particulier	47
6.4.1. La problématique	47
6.4.2. La pratique actuelle	48
6.4.3. La jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances	49
6.4.3.1. Principes relatifs à la communication des données du patient	49
6.4.3.2. Devoir/droit au renseignement considéré comme obligation de produire les comptes dans un cas particulier	50
6.4.3.3. ATF 133 IV 363	50
6.4.4. Le point de vue du Conseil fédéral	52

6.4.5. Les avis dans la littérature	52
6.4.6. Conclusions	55
6.4.6.1. En relation avec l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal	55
6.4.6.2. Les factures selon l'art. 42 al. 3 LAMal doivent aussi contenir des informations sur le diagnostic	57
6.4.6.3. Rémunération selon les forfaits par cas (DRG)	58
6.4.6.4. Le Minimum Data Set comme indication nécessaire au sens de l'art. 42 al. 3 LAMal	59
6.4.6.4.1. Le point de vue des assureurs	59
6.4.6.4.2. Le point de vue des hôpitaux	60
6.4.6.4.3. La proportionnalité d'une communication systématique du Minimum Data Set dans le cadre de la facturation selon l'art. 42 al. 3 LAMal	61
6.4.6.5. L'exigence des assureurs à la communication d'un diagnostic exact et d'indications supplémentaires dans un cas particulier selon l'art. 42 al. 4 LAMal	64
6.4.6.6. La vérification usuelle de l'économicité du traitement du fournisseur de prestations	65
7. La réglementation de la communication du diagnostic dans les conventions tarifaires en particulier	66
8. La facturation dans la LAA	67
8.1. Réglementation dans la LAA et l'OLAA	67
8.2. Pratique	67
8.3. Evaluation	68
V. Résumé des réponses	69

V. Résumé des réponses

Sur la base des explications qui précèdent, les questions posées (questions principales et questions partielles) peuvent recevoir les réponses suivantes :

Question partielle 1 :

Quelles dispositions légales régissent le comportement des hôpitaux et des caisses-maladie en matière de données des patients ?

- Droit fondamental à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst) et à la protection contre l'emploi abusif des données personnelles (art. 13, al. 2 Cst)
- Garanties cantonales de niveau constitutionnel de la protection de la sphère privée et de la protection des données
- Secret professionnel des médecins et autres professions médicales (art. 321 CP)
- Secret de fonction (art. 320 CP)
- Obligation de garder le secret dans le droit des assurances sociales (art 33 LPGA)
- Loi fédérale sur la protection des données (s'agissant des assureurs en tant qu'organes de la Confédération et des hôpitaux privés)
- Législations cantonales sur la protection des données
- Lois cantonales sur la santé et les patients
- Loi fédérale sur l'assurance-maladie
- Art. 84 et 84a LAMal : principes pour le traitement et la communication des données des patients par les assureurs
- Art. 32 et 56 LAMal : devoir du fournisseur de prestations d'assurer des prestations efficaces, appropriées et économiques
- Art. 42 LAMal et 59 OAMal : facturation et fourniture de renseignements complémentaires ; secret du patient

La disposition déterminante est l'art. 42 al. 3 et 4 LAMal.

Question partielle 2 :

Quels sont les droits et devoirs des assureurs-maladie en matière de contrôle des factures et de l'économicité sur les données des patients ?

De manière générale, les assureurs ont droit à une communication systématique :

Sur la base de l'art. 42 al. 3 LAMal, les assureurs sont en droit de réclamer une facture détaillée et compréhensible au fournisseur de prestations. Dans le cadre de la facturation, ils ont aussi droit à toutes les données dont ils ont besoin afin de pouvoir vérifier le calcul des honoraires et l'économicité des prestations. Ces données doivent leur être fournies systématiquement avec la facture. Avec la révision de la loi, le contenu des données se limite au numéro de DRG, au Baserate (quote-part de base), au poids relatif et à la créance (contrôle de la facturation), ainsi qu'à des données complémentaires qui ne doivent pas aller au-delà de l'ancien diagnostic sommaire (vérification du caractère économique des prestations fournies au patient).

Prétentions dans des cas particuliers :

L'art. 42 al. 4 LAMal prévoit en outre un droit, dans des cas particuliers, à la communication du diagnostic exact ou de renseignements supplémentaires de nature médicale. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances, ce droit porte sur toutes les données et pièces (documentation médicale) qui sont généralement

appropriées et nécessaires au contrôle de l'économicité. Lorsque l'assureur réclame de tels documents dans un cas particulier, il n'a pas à motiver sa demande. Selon l'art. 42 al. 5 LAMal, le fournisseur de prestations peut, lorsque les circonstances l'exigent, fournir les indications d'ordre médical au seul médecin-conseil de l'assureur, au sens de l'art. 57 LAMal. Il y est même astreint si le patient le demande.

Limites à l'information et modalités du traitement des données :

Le droit des assureurs se limite aux données qui sont appropriées et nécessaires (selon le principe de proportionnalité) à l'accomplissement de leur devoir légal (vérification des factures et de l'économicité). Pour le traitement des données des patients, ils doivent respecter les dispositions spéciales des art. 84 et 84a LAMal, mais aussi les dispositions générales de la loi sur la protection des données ainsi que celles qui concernent plus particulièrement les organes publics de la Confédération (art. 4ss et 16ss LPD). Selon l'art. 59 al. 1 bis de l'OAMal révisée (dont l'entrée en vigueur est prévue au 1.1.2009), les assurés doivent effacer toutes les données en rapport avec le diagnostic 30 jours après la vérification positive de la facture.

Question partielle 3 :

A quelles conditions les hôpitaux et autres fournisseurs de soins peuvent-ils communiquer les données des patients aux assureurs-maladie :

a) systématiquement

b) par sondage

c) dans des cas particuliers

Autrement dit, quelles dispositions les assureurs-maladie doivent-ils prendre pour recevoir des hôpitaux les données des patients ?

a) Communication systématique :

La transmission systématique de données anonymisées, qui ne peuvent pas être reliées à une personne déterminée ou déterminable, ne pose pas de problème par rapport à la protection de la personnalité et des données. La communication systématique de données de patients non-anonymisées, soit de données personnelles particulièrement dignes de protection, est conditionnée à l'existence d'une base légale formelle, dont le contenu doit être suffisamment clair. En outre, leur transmission ne peut être exigée que dans la mesure et le volume nécessaire au traitement de ces données, compte tenu du but dans lequel leur communication est demandée.

La communication systématique des données des patients correspondant au Minimum Data Set dans le cadre de la facturation doit se fonder sur une base légale formelle au niveau de la loi fédérale. L'art. 42 al. 4 bis de la LAMal révisée aurait constitué cette base légale, mais il a été refusé par le Conseil national en mars 2007. L'art. 42 al. 3 actuel ne constitue pas une base légale suffisante à cet égard. Le contenu du Minimum Data Set va très au-delà de la transmission du diagnostic sommaire, qui est considéré aujourd'hui comme admissible. La communication du Minimum Data Set n'est en outre ni appropriée ni nécessaire à l'accomplissement du devoir légal de vérification des factures et de l'économicité inscrit à l'art. 42 al. 3 LAMal. S'il s'avère que la communication systématique du numéro de DRG combinée à une révision professionnelle de la codification est un moyen adéquat pour permettre aux assureurs de remplir leur devoir légal de vérification des factures et de l'économicité, le principe de proportionnalité¹ exige de surcroît que priorité soit donnée à ce procédé par rapport à la communication du Minimum Data Set. Car l'atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle du patient qui en découle est nettement plus limitée qu'avec la transmission du Minimum Data Set.

¹ Le principe de proportionnalité exige que soit toujours choisi le procédé qui porte les atteintes les plus minimales possibles eu égard au but poursuivi.

b) et c) Communication pour sondage ou dans un cas particulier :

L'art. 42 al. 4 LAMal autorise les assureurs-maladie à exiger des fournisseurs de prestations la communication du diagnostic exact ou de renseignements supplémentaires d'ordre médical dans un cas particulier, dans la mesure où ces indications sont nécessaires et appropriées pour la vérification des factures et de l'économicité. Une justification de la demande, dans le sens que les assureurs-maladie devraient expliquer pourquoi ils exigent les informations et documents en question dans le cas particulier, n'est pas requise. Ainsi, sur la base de l'art. 42 al. 4 LAMal, les indications et les documents supplémentaires nécessaires à une vérification approfondie de la facture peuvent être réclamés par les assureurs lorsque des indices concrets justifient une telle vérification mais aussi afin de procéder à une vérification par sondage de la conformité des factures et de l'économicité des prestations. Une justification individuelle de la demande n'est pas nécessaire pour les cas particuliers. Le Tribunal fédéral des assurances estime à ce sujet dans l'ATF 133 V 365 : En considérant qu'il n'est pas possible pour les assureurs de contrôler chaque cas vu le volume important des factures, il est admissible qu'ils procèdent à des contrôles par sondage, soit d'en vérifier une partie choisie au hasard. Ce principe serait contredit si ce choix (...) devait être justifié.

Question partielle 4 :

Les hôpitaux publics et privés sont-ils soumis à des règles différentes ?

Ils peuvent relever de droits différents concernant la protection de la personnalité. Fondamentalement, les hôpitaux publics sont soumis au droit de la protection des données de leur canton respectif et des autres arrêtés de la législation cantonale qui contiennent des dispositions pertinentes (lois sur les patients, par ex.). Les cliniques privées, qui ne sont pas subventionnées et/ou qui ne remplissent pas de mission publique, obéissent en principe à la loi fédérale sur la protection des données. La question de la législation applicable doit être tranchée cependant dans chaque cas concret. Dans l'observation des prescriptions de la loi fédérale sur la protection des données (art. 4ss et 12ss, en particulier), les cliniques privées doivent veiller au respect du droit à l'autodétermination informationnelle de leurs patients et de leur personnalité. En outre, elles sont aussi astreintes à la préservation du secret médical selon l'art. 321 CP. Les relations juridiques entre les cliniques privées et les patients sont de nature contractuelle, elles sont donc réglées par le droit privé. Le motif justifiant le traitement et la communication des données du patient, respectivement la levée du secret du patient, trouve généralement sa source dans le consentement de ce dernier (donné de manière expresse ou implicite).

Question partielle 5 :

Les hôpitaux de soins aigus et les institutions de longue durée sont-ils soumis à des règles différentes ?

La question de la prise en charge lors des séjours dans les EMS est régie par l'art. 50 LAMal, qui prévoit en particulier que les établissements et les assureurs-maladie peuvent convenir de forfaits par le biais de conventions tarifaires. L'évaluation des soins requis dans les EMS se fonde sur des niveaux de soins. Les mêmes dispositions de la LAMal sont applicables pour la facturation, la vérification des factures et le contrôle de l'économicité que dans les hôpitaux de soins aigus. L'art. 42 LAMal, en particulier, est applicable (cf. ATF 133 V 359ss). Dans cette mesure, les conditions régissant la transmission des données des patients aux assureurs ne sont pas différentes de celles valables pour les hôpitaux de soins aigus. Il convient cependant de noter qu'il n'est pas prévu d'étendre à l'avenir la facturation par forfaits par cas (DRG) aux EMS, et que la prise en charge par forfaits de soins devrait se poursuivre.

Questions principales :

L'exigence des assureurs d'une communication systématique des données est-elle conforme au devoir de préservation du secret du patient ? Dans quelle mesure le secret du patient est-il violé par la communication de données confidentielles ? Quelles conséquences juridiques en découlent pour les hôpitaux ?

L'art. 42 al. 3 LAMal est la disposition fondamentale pour apporter une réponse à cette question. Il impose au fournisseur de prestations de remettre une facture détaillée et compréhensible ainsi que toutes les indications nécessaires pour l'assureur puisse vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation. A cet égard, le terme-clé est la vérification du caractère économique de la prestation . Tant qu'il ne s'agit pas du contrôle de la facture dans des cas particuliers, la vérification usuelle de la prestation selon des critères économiques qualitatifs et quantitatifs, par exemple la vérification de l'économicité par comparaison des coûts moyens² est régie par l'art. 42 al. 3 LAMal. Les contrôles ordinaires des prestations et de la qualité peuvent ainsi être effectués sans autre sur la base de données anonymisées. Ce type de contrôles devrait encore se renforcer dans la perspective de l'introduction des forfaits par cas (DRG). On attend en effet des DRGs que les hôpitaux dressent des comparaisons tarifaires significatives et que ces dernières soient établies sur des bases unifiées et pour l'ensemble de la Suisse. En outre, il est demandé que soit introduit un système de DRG qui recèle le moins possible d'exceptions et qui ne prévoit des rémunérations complémentaires que dans des cas exceptionnels et pas d'élimination des honoraires de médecin³. Cette approche, qui n'est rendue possible que par une standardisation rigoureuse du système de facturation, devrait amener des structures plus efficaces en termes de couverture, des bases unifiées pour les comparaisons de prix et de qualité, et enfin une amélioration de la transparence et de la qualité⁴. Les DRGs permettent ainsi une vérification globale des prestations selon des critères économiques qualitatifs et quantitatifs et un contrôle de l'économicité par comparaison des coûts moyens⁵. Si l'on exige par ailleurs qu'avec les forfaits par cas standardisés on passe d'une forme de rémunération basée sur une moyenne à une rémunération basée sur les cas individuels – ce qui nécessite un autre set d'informations que le système DRG⁶ – la logique des DRGs et le sens de l'art. 42 al. 3 LAMal sont ignorés, qui crée des standards susceptibles d'améliorer la qualité et la transparence par des comparaisons significatives de prix et de qualité. La communication systématique de données prévue à l'art. 42 al. 3 LAMal ne s'applique pas aux informations plus complètes portant sur un individu dans un cas particulier. Ces informations approfondies – au rang desquelles devrait être rangé le Minimal Data Set – doivent se fonder sur l'art. 42 al. 4 LAMal, de même que toutes les modalités qui en découlent. Si l'on suit cet avis, des infractions relevant du droit pénal et de la protection des données (violation du secret du patient et du droit à l'autodétermination informationnelle) seraient commises en cas de communication du Minimal Data Set.

Broug, le 28 mars 2008

Elisabeth Lang

Roland Miotti

² Voir à ce propos Kieser, Sozialversicherungsrecht, p. 528

³ Conférence de Wolfram Strüwe : Gesundheitsökonomie/-politik , Helsana AG, Zürich, unter : http://www.lops.ch/pdf/DRGausSichtderVersicherer_W_Struewe.pdf

⁴ Cf. Wolfram Strüwe

⁵ Cf. Kieser, p.528

⁶ Cf. Wolfram Strüwe