

REPONSE DU CONSEIL D'ETAT

à l'interpellation Philippe Vuillemin – Le secret médical toujours plus souvent mis en danger

Rappel de l'interpellation

Les EMS sont soumis à différents contrôles des organismes payeurs, basés sur l'outil « Plaisir », imposé par l'Etat, qui évalue la lourdeur des cas des résidents d'EMS et en détermine le financement. Les assureurs peuvent procéder à des contrôles ciblés et avoir ainsi accès au dossier du patient. Pour ce faire, ils doivent préciser ce qu'ils entendent contrôler. Toutefois, ils ne peuvent avoir accès aux diagnostics médicaux ni aux observations que le médecin consigne dans le dossier du patient. En effet, si c'était le cas, le patient, ses proches ou son représentant thérapeutique, pourraient attaquer le médecin pour violation du secret médical. In fine, le Conseil de santé pourrait être amené à prononcer une sanction administrative à l'encontre du médecin. Le dit Conseil est composé entre autres...d'un assureur.

Dans les faits, et nous en détenons un exemple, l'assureur utilise la plupart du temps la persuasion, mais quelquefois l'intimidation, pour demander à l'infirmière d'utiliser son code d'accès au dossier. Elle peut, en effet, consulter les diagnostics et les suivis du médecin. Si elle refuse, on lui argue que ces données vont aux médecins de caisse, ce qui est totalement invérifiable. La « chasse » aux données est une constante chez les assureurs, et pas seulement des caisses maladies, qui ne se résolvent que difficilement à rester dans le cadre légal de la protection des données.

Le dossier totalement informatisé du résident d'EMS doit entrer en vigueur en 2022. Il est d'autant plus urgent de se poser des questions quant à la confidentialité des données en EMS. Ou alors, si les payeurs ont pleinement accès à tout, et ceci sans contrôle, il faut aussi que le Conseil de santé prenne position et absolve d'ores et déjà les médecins qui se verraient sanctionnés d'une violation du secret médical. Et au niveau fédéral, modifier le Code pénal ! On le voit, l'affaire est sensible.

Ce qui nous amène à poser au Conseil d'Etat les questions suivantes :

- 1. Le Conseil de santé, et par lui, le Conseil d'Etat, a-t-il eu à traiter des violations du secret médical dans les EMS, par les assureurs ?*
- 2. Quelles mesures le Conseil d'Etat entend-il prendre pour faire respecter le secret médical des dossiers en EMS, CMS, etc. ?*
- 3. Dans l'optique de l'obligation de tenir un dossier informatisé du patient en EMS dès 2022, quelles consignes le Conseil d'Etat peut-il donner aux acteurs concernés par cette problématique ?*

Réponse du Conseil d'Etat

Contexte

La loi sur l'assurance-maladie (LAMal) et les ordonnances y afférentes constituent la base du contrôle des prestations à charge de l'assurance obligatoire des soins (AOS). L'assureur-maladie est tenu de vérifier l'efficacité, l'adéquation et le caractère économique des prestations qui lui sont facturées. Le fournisseur de prestations doit lui transmettre toutes les indications nécessaires et mettre à sa disposition tous les documents utiles (art. 42, al. 3 LAMal).

Pour qu'il y ait une prise en charge des coûts, les conditions suivantes doivent être remplies :

- les prestations doivent être fournies par des fournisseurs de prestations reconnus. Il s'agit notamment d'établissements médico-sociaux, d'organisations de soins et d'aide à domicile et d'infirmiers indépendants (art. 35 LAMal) ;
- les prestations doivent être efficaces, appropriées et économiques (art. 32, al.1 LAMal) ;
- le fournisseur de prestations doit limiter ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement. Il s'agit des prestations de soins citées dans l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (art. 7 OPAS).

L'assurance-maladie prend également en charge les coûts à condition que leur nécessité soit attestée, sur la base de l'évaluation des soins requis (art. 7, al. 1 OPAS) et sur prescription médicale (art. 8, al. 1 OPAS).

La LAMal habilite les assureurs-maladie à consulter et à traiter toutes les données personnelles qui leur sont nécessaires pour accomplir leurs tâches (art. 42 en relation avec les art. 84 et ss LAMal).

Le fournisseur de prestations doit :

- remettre à l'assuré une facture détaillée et compréhensible ;
- transmettre à l'assureur-maladie toutes les indications nécessaires pour qu'il puisse vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation (art. 42, al. 3 LAMal) ;
- communiquer à l'assureur un diagnostic précis ou des renseignements supplémentaires d'ordre médical (art. 42, al. 4 LAMal).

Le traitement des informations requises dans le cadre du contrôle des prestations est réglementé dans la loi sur la partie générale du droit des assurances (LPGA), la loi sur la protection des données (LPD) et la loi sur l'assurance-maladie (LAMal).

Les informations fournies dans le cadre du contrôle des prestations à charge de l'AOS doivent être utilisées exclusivement à cette fin.

En pratiquant l'assurance-maladie sociale, les assureurs LAMal, tout en étant des entreprises privées, remplissent une tâche publique de la Confédération. Ils sont donc soumis à des règles plus strictes que les entreprises qui ne remplissent pas de tâches de ce type. Ainsi, ils ne sont autorisés à traiter ou à faire traiter des données sensibles ou des profils de la personnalité relatifs aux assurés que dans les limites fixées par les dispositions légales (p. ex., sur la base des art. 42, al. 3 à 5, 42a, 56, 57, al. 4, 6 et 7, 58, al. 3, 59, 82 à 84, 84a et 84b LAMal). Ce faisant, ils sont tenus de respecter les principes du droit de la protection des données, notamment ceux de la légalité, de la proportionnalité, de l'adéquation au but visé, de la bonne foi, de la transparence, de l'exactitude des données et de la sécurité des données (art. 4, 5 et 7 LPD).

☞ Pour procéder au traitement de données personnelles, il faut disposer d'une base légale.

Dans le domaine de la LAMal, l'art. 42 de la LAMal constitue une base claire donnant au médecin traitant/fournisseur de prestations la possibilité et l'autorisation de collecter des données. De par la loi, il est délié de son obligation de garder le secret. (Il n'est pas nécessaire de demander une procuration à l'assuré)

☞ Principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD)

Il n'est pas permis de collecter ou de traiter plus de données que ne le nécessite l'accomplissement des tâches prévues par la loi. Il doit exister un rapport raisonnable entre les données récoltées, le but de leur traitement et les atteintes à la personnalité de l'assuré.

☞ Principe de la finalité (art. 4 al. 3 LPD)

Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.

☞ Sécurité des données (art. 7 LPD)

Le personnel des assureurs LAMal est soumis à l'obligation de garder le secret en vertu de l'art. 33 LPGA. Une violation de cette obligation constitue un délit et a des conséquences pénales (art. 92, let. c, LAMal). De plus, le personnel autorisé de l'assureur LAMal ne doit avoir accès qu'aux données personnelles dont il a besoin pour accomplir ses tâches clairement définies (art. 9, al. 1, let. g, OLPD). En outre, le médecin-conseil et ses auxiliaires sont tenus au secret professionnel en vertu de l'art. 321 du code pénal (CP ; RS 311.0) et ont donc l'obligation de garder le secret en ce qui concerne le patient.

Contrôle des assureurs et secret médical

Le secret médical est la base de la relation de confiance nouée entre le patient et son médecin traitant. C'est parce que le médecin est lié par le secret que le patient lui dévoile des informations relevant de sa sphère privée qui vont permettre de nouer la relation de soins. Au plan juridique, il constitue un volet du secret professionnel protégé par l'article 321 du code pénal (CP); il impose aux médecins, médecins-dentistes, pharmaciens, chiropraticiens, sages-femmes, psychologues infirmiers, physiothérapeutes, ergothérapeutes, diététiciens, optométristes, ostéopathes, ainsi qu'à leurs auxiliaires un devoir de confidentialité qui leur interdit de communiquer à des tiers des informations – d'ordre médical ou non - qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci (il peut aussi s'agir d'informations qui auront été confiées par des proches du patient concerné, lesquelles sont elles aussi protégées).

Le secret médical n'est pas absolu. Il peut être levé en cas de motifs justifiés aux conditions fixées par l'art. 321 ch. 2 et 3 CP :

« 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.

3. Demeurent réservées les dispositions de la législation fédérale et cantonale statuant un droit d'aviser une autorité et de collaborer, une obligation de renseigner une autorité ou une obligation de témoigner en justice. »

En application des articles 42 et 84a LAMal, les médecins responsables d'EMS doivent donner les renseignements utiles aux assureurs chargés de vérifier l'adéquation des coûts et le caractère économique des prestations pour lesquelles ils participent. Ces renseignements doivent être donnés dans les limites de l'examen d'une situation et dans le respect de la proportionnalité. **L'accès systématique aux diagnostics et à la médication contrevient à la proportionnalité dans la mesure où les assureurs peuvent exiger uniquement la remise de tout document dont ils ont besoin dans le cadre d'une vérification concrète. L'obligation de remettre systématiquement tous les diagnostics et toutes informations médicales supplémentaires dans chaque cas et de façon automatique reviendrait à collecter des données à des fins préventives et serait disproportionnée.**

Il convient toutefois de relever que le Tribunal fédéral, dans un arrêt du 21 mars 2007 (K12/06) s'est prononcé sur les limites du devoir d'information des fournisseurs de prestations LAMal en précisant que le droit de définir les données qu'il nécessite appartient aux assureurs, tout en respectant le principe de la proportionnalité.

Réponses aux questions de l'interpellation

1. Le Conseil de santé, et par lui, le Conseil d'Etat, a-t-il eu à traiter des violations du secret médical dans les EMS, par les assureurs ?

Les assureurs ne sont pas des professionnels de la santé soumis aux dispositions sur le secret médical tels que l'art. 321 CP et l'art. 80 LSP. Par conséquent, le Conseil de santé ne peut instruire des enquêtes administratives concernant des assureurs. A noter que les informations recueillies sont des données personnelles sensibles soumises aux dispositions applicables en matière de protection des données. Les assureurs ne sont autorisés à traiter ou à faire traiter des données sensibles ou des profils de la personnalité relatifs aux assurés que dans les limites fixées par les dispositions légales.

S'agissant de professionnels de la santé eux-mêmes, le Conseil de santé n'a à ce jour jamais été saisi pour une affaire dans laquelle le secret médical serait en cause en lien avec les contrôles des assureurs.

Dans les cas où des informations médicales détaillées devaient être communiquées aux assureurs pour permettre leurs prérogatives de contrôle, le Conseil de santé recommande vivement aux médecins responsables d'EMS d'obtenir le consentement préalable du patient et de le consigner dans son dossier médical. Si le patient n'est pas en mesure de donner son autorisation, notamment parce qu'il est incapable de discernement, il conviendra de saisir le Conseil de santé d'une demande de levée du secret médical. Le Conseil de santé devra alors procéder à une pesée des intérêts en jeu et déterminer l'existence d'un motif supérieur au maintien du secret.

2. *Quelles mesures le Conseil d'Etat entend-t-il prendre pour faire respecter le secret médical des dossiers en EMS, CMS, etc. ?*

La proportionnalité est le fil conducteur de toute demande d'informations médicales. Il sied de rappeler que le patient/assuré dispose d'un intérêt certain à la transmission d'informations le concernant pour permettre la prise en charge financière de son séjour en EMS. Comme précisé ci-dessus, les fournisseurs de prestations sont soumis à une obligation légale de renseigner les assureurs, obligation qu'ils accompliront avec respect de la proportionnalité.

Dans ce contexte, le Médecin cantonal prévoit de sensibiliser le Groupement des médecins d'EMS (GMEMS) et les directions des EMS, à travers les faïtières, sur les aspects importants du respect du secret médical, en particulier de veiller au respect de la proportionnalité lors de la transmission d'informations selon la LAMal.

3. *Dans l'optique de l'obligation de tenir un dossier informatisé du patient en EMS dès 2022, quelles consignes le Conseil d'Etat peut-il donner aux acteurs concernés par cette problématique ?*

Le dossier électronique du patient n'est pas un livre ouvert permettant l'accès aux informations soumises au secret médical. Des accès limités sont prédéfinis. De la même manière qu'un dossier papier, les informations qu'il contient sont soumises aux règles de la confidentialité et du secret médical.

Le Conseil d'Etat tiendra compte de cette problématique lors des travaux en cours concernant le dossier électronique du patient.

Ainsi adopté, en séance du Conseil d'Etat, à Lausanne, le 1^{er} juillet 2020.

La présidente :

N. Gorrite

Le chancelier :

V. Grandjean