

6e Forum interdisciplinaire de réadaptation-(ré)insertion 2006 Sion, 30 novembre 2006

Hanspeter Kuhn : Cadre légal
Hanspeter Kuhn, avocat, secrétaire général adjoint
FMH
CP 170 3000 Berne 15
Tél 031 359 11 11 Fax 031 359 11 12 lex@hin.ch

Contenu

1. Constitution: art. 13 et 36
2. Secret médical, CP 321
3. Employeur
4. Directive de la FMH concernant la médecine de travail
5. LAMal: assurance sociale des soins *et* pertes de gain
6. LCA
7. LAA
8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI
9. Case-manager

1. Constitution

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

1. Constitution

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.

1. Constitution

Commentaires:

-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»).

-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 [...], il y aurait infraction contre la Constitution fédérale si cette transmission n'était pas justifiée dans les faits. (voir aussi 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 moeurs».)

2. Secret médical, CP 321

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.

2. Secret médical, CP 321

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».

(Günther Stratenwerth G. Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil II.

Berne: Stämpfli; 2000. p. 381., trad. FMH)

2. Secret médical, CP 321

«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.»

(Hanspeter Kuhn, Protection de données et LAMal, BMS 32/2000, pp. 1707-1717)

2. Secret médical, CP 321

«Rappelons que, dans la doctrine et la pratique suisses, le secret médical n'a pas le caractère 'intouchable', absolu (ou considéré comme tel) qu'il a par exemple en France. Cela est dû, légitimement à notre sens, au fait qu'il y a des circonstances où il est de l'intérêt d'autres personnes, voire d'intérêt public, de pouvoir faire état de circonstances et données couvertes par le secret médical. »

(PD Jean Martin, Prof Olivier Guillod ; Secret médical, BMS 37/2000, p. 2047-2052)

2. Secrèt médical, CP 321

« ... les trois manières pour le professionnel d'être délié de ce secret:

1. Lorsque le patient lui-même le délie. C'est la *règle d'or*; chaque fois que cela est possible, c'est de cette manière qu'il convient d'être délié. En principe (sauf urgence), le médecin commencera toujours par poser la question à son malade avant d'envisager de s'adresser à l'autorité cantonale compétente (cf. 3 ci-dessous).

2. Lorsqu'une disposition légale fédérale ou cantonale le délie. Selon les cas, soit il a alors la *possibilité* de parler des situations que précise la loi, soit il en a l'*obligation*.

2. Secret médical, CP 321

3. Enfin, dans les autres cas, à savoir ceux où ni le patient ni la loi ne lève le secret, le médecin peut selon l'art. 321 CPS demander d'être délié par l'autorité supérieure ou de surveillance désignée dans chaque canton. Dans le canton de Vaud, il s'agit du Conseil de santé, qui fonctionne en pratique, pour la plupart des cas, par une délégation de deux membres.“

(PD Jean Martin, Prof Olivier Guillod ; Secret médical, BMS 37/2000, p. 2047-2052)

3. Employeur

Le Code des obligations (CO) prévoit une limite des traitements de données par l'employeur

VII. Protection de la personnalité du travailleur
[...]

3. Lors du traitement de données personnelles

Art. 328b95

L'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail.

En outre, les dispositions de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données 96 sont applicables.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

La Chambre médicale de la FMH a adopté en 1997 une directive (annexe 4 au Code de déontologie) concernant la médecine du travail. Elle s'inspire des recommandations du Bureau International du Travail.

Annexe 4 au Code de déontologie

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

DIRECTIVE À L'INTENTION DES MÉDECINS DU TRAVAIL

Art. 16 Contestation de certificats d'incapacité de travail et expertise relative à l'incapacité de travail dans le cas de certificats contestés

La prise de contact et la collaboration avec le médecin traitant, en vue de la réinsertion et de la réadaptation de la personne frappée d'incapacité de travail, font partie des tâches du médecin du travail.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

Si les informations obtenues sont peu claires concernant l'incapacité de travail ou sa durée, le médecin du travail propose à l'employeur de recourir à une expertise effectuée par un médecin autre que lui-même ou que le médecin traitant du patient.

La contestation de certificats d'incapacité de travail ne fait en aucune manière partie des tâches du médecin du travail (le cas échéant, ce rôle revient à l'employeur), pas plus que les expertises sur l'incapacité de travail demandées dans de tels cas.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

IV. COMMUNICATION DES DONNÉES MÉDICALES

Art. 17 Communication de données médicales du médecin traitant au médecin du travail

[...]

Le médecin traitant ne communique que les données médicales nécessaires pour apprécier les éléments relatifs aux questions formulées.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

Ce faisant, il s'assure que la communication de ces données se fait bien avec l'accord du patient. En cas de doute, notamment pour la divulgation de données médicales très délicates, ou d'informations dont le patient n'a peut-être pas connaissance, il consulte ce dernier afin de savoir s'il doit transmettre directement les informations au médecin du travail ou si le patient préfère le faire personnellement.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

Commentaire:

« Plaidoyer pour la séparation des pouvoirs: toute entreprise a besoin d'un médecin du travail »

Ce n'est que par l'intervention d'un médecin du travail de l'employeur qu'une difficile relation à trois [médecin – patient – employeur] peut devenir une relation équilibrée à quatre.

4. Directive de la FMH sur la Médecine de travail

Mandater un médecin du travail constitue donc un pas décisif en vue de réduire les conflits d'intérêts et d'améliorer la qualité des processus en matière d'établissement de certificats d'incapacité de travail. Contrairement à une opinion répandue chez les employeurs, la tâche du médecin du travail dans ce domaine n'est pas celle d'un policier – voir art. 16 de la directive FMH à l'intention des médecins du travail». *Hanspeter Kuhn; Dreiecksgeschichten – auch in der Medizin ein Problem;*

5. LAMal: ass. soins *et* perte de gain social

Titre 3 Assurance facultative d'indemnités journalières

Art. 67 Adhésion

1 Toute personne domiciliée en Suisse ou qui y exerce une activité lucrative, âgée de quinze ans révolus, mais qui n'a pas atteint 65 ans, peut conclure une assurance d'indemnités journalières avec un assureur au sens de l'art. 68.

2 Elle peut, à cet effet, choisir un autre assureur que celui de l'assurance obligatoire des soins.

5. LAMal: ass. soins *et* perte de gain social

3 L'assurance d'indemnités journalières peut être conclue sous la forme d'une assurance collective. Les assurances collectives peuvent être conclues par des:

- a. employeurs, pour leurs travailleurs ou pour eux-mêmes;
- b. organisations d'employeurs ou des associations professionnelles, pour leurs membres et les travailleurs de leurs membres;
- c. organisations de travailleurs, pour leurs membres.

5. LAMal: ass. soins *et* perte de gain social

Assurance ‘perte de gain LAMal’: institution du médecin conseil

Le TFA a décidé ce qui suit (arrêt du 10 août 2004 K 121/03, considérant 5, trad. FMH):

Selon la LAMal, la fonction de surveillance et de contrôle incombe aux médecins-conseils des assureurs-maladie, dont la tâche a été élargie par rapport au droit en vigueur jusqu’à présent (art. 57, 4e al., 2e phrase LAMal; ATF 127 V 47 s. considérant 2d).

[...]

5. LAMal: ass. soins *et* perte de gain social

« En conséquence, le règlement des indemnités journalières de l'intimée, qui est déclaré applicable au ch. 6 du contrat collectif 2, prévoit aussi expressément au ch. 8.1.3 que le membre doit, sur demande, se laisser examiner par un deuxième médecin ou par le médecin-conseil de la caisse et que la caisse peut, dans tous les cas, vérifier l'incapacité de travail et la perte de gain non couverte, y compris les éventuels frais d'acquisition du revenu, et prendre éventuellement des mesures de contrôle appropriées.»

[...]

6. LCA

La LCA ne contient pas de base légale qui délie le médecin du secret professionnel – la base juridique est contractuelle

Problème: en règle générale, le contrat existe entre assureur et employeur.

La LCA ne contient pas de garantie quant à un médecin conseil – mais le principe de proportionnalité de la Loi sur la protection des données exige à mon avis que les questions médicales soient triées par un médecin qui devrait en même temps jouer le rôle de filtre pour les informations délicates.

6. LCAI

Motif: s'il est le seul qui peut interpréter l'information de manière compétente, c'est à lui de la recevoir et de la filtrer.

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.

7. LAA

La LAA délie le médecin traitant dans la mesure où l'information est *nécessaire* pour l'assureur.

Art. 96 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:

a. calculer et percevoir les primes;

7. LAA

- b. établir le droit aux prestations, les calculer, les allouer et les coordonner avec celles d'autres assurances sociales;
- c. surveiller l'application des dispositions sur la prévention des accidents et des maladies professionnelles;
- d. faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable;
- e. surveiller l'exécution de la présente loi;
- f. établir des statistiques.

7. LAA

Chapitre 2a Détection précoce

Art. 3a Principe

Art. 3b Communication

2 Sont habilités à faire une telle communication:

- a. *l'assuré* ou son représentant légal;
- b. les membres de la famille faisant ménage commun avec l'assuré;
- c. *l'employeur* de l'assuré;
- d. le *médecin traitant* et le chiropraticien de l'assuré;

7. LAA

e. *l'assureur d'indemnités journalières* en cas de maladie au sens de l'art. 12 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)⁵;
[...]

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

La nouvelle LAI prévoit une détection précoce (art. 3a).

Même contre la volonté de l'assuré, le médecin de l'AI peut exiger «les renseignements nécessaires» auprès du médecin traitant;
ce dernier est délié du secret professionnel (art. 3b).

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

Cette solution me paraît incorrecte.

Le président de la FMH pense qu'elle est scandaleuse...; elle procède du même état d'esprit que tous les Suisses sont prêts à reprocher "aux Américains" quand le président Bush bafoue les droits individuels "parce que la sécurité le justifie"!

A mon avis, elle ne respecte pas le consensus dans le cadre du «case management»:

- il faut avoir la confiance de l'assuré/employé/patient pour trouver des solutions.

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

- L'AI n'a pas le budget pour faire du bon travail, et elle ne trouvera pas les gens capables de le faire.
- Les indicateurs pour déceler un cas qui va créer des problèmes de réinsertion sont à ma connaissance liés soit au 'feeling' soit à des préjugés – ce n'est pas une base satisfaisante pour rompre le secret médical.

Conséquences?:

Référendum? - on ne sait pas encore si ça aboutira.

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

Application de la détection précoce? A ma connaissance, les gros employeurs pensent que c'est une révision qui crée une grande administration sans remédier à la situation. Il semble qu'ils ne vont pas annoncer des cas de leur côté. Les PMU ne vont probablement pas annoncer les cas parce que cela leur causerait des piles de papier à remplir. La crainte reste: est-ce que les assureurs perte de gain vont annoncer les cas (en espérant ne pas devoir payer 720 jours)? Avec quels effets?

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

Extrait des débats au Parlement

Conseil national - Session de printemps 2006 - Douzième séance - 21.03.06-08h00

Couchepin Pasel

[...]

«C'est le bon sens qui dit qu'à ce stade-là, il faut éviter d'ouvrir une voie inutile qui fait perdre du temps, qui devient compliquée et qui est peut-être angoissante pour l'assuré.

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

Il faut donner au médecin de l'AI la possibilité d'obtenir quelques renseignements auprès du médecin traitant. Le secret médical est garanti. C'est un échange entre médecins dans l'intérêt de la personne.»

8. À propos de la modification du 6 octobre 2006 de la LAI

Guisan Yves (RL, VD), pour la commission:

[...]

Si le patient ne dispose pas de la capacité de discernement nécessaire - *en cas de maladie psychique, par exemple* -, il peut s'imposer de déclencher la procédure de détection précoce pour tenter un maintien à la place de travail ou une réintégration sous une forme ou sous une autre.

L'idéal, c'est indiscutablement d'obtenir le consentement et la collaboration du patient.

9. case-manager – quelques considérations

Extraits de :

Prof. Dr. iur Thomas Geiser

Datenschutz und Patientengeheimnis beim Case Management

(discour 2002 Felix Platter Spital BS)

2.17. Für das Case Management in der Krankenversicherung gibt es soweit ersichtlich bis jetzt **keine besonderen Gesetznormen**. Es muss sich somit auch bezüglich des Daten-schutzes nach den allgemeinen für die Patienten geltenden Normen richten.

9. case-manager – quelques considérations

2.20. Der Patient muss aus freiem Willen handeln. Er muss somit wissen, dass er nicht verpflichtet ist, einem Case Management zuzustimmen, sondern auch die Versicherungsleistungen im bisherigen Rahmen beanspruchen kann. Er muss überdies darüber aufgeklärt werden, was mit dem Case Management bezweckt wird und welche Daten wie bearbeitet werden.

9. case-manager – quelques considérations

3.3. Der Datenfluss über die Case Managerin ist ohne weiteres zulässig. Es ist ebenso zulässig, dieser mehr Informationen zukommen zu lassen, als in der sonstigen Krankenversicherung üblich ist. Das setzt aber das **Einverständnis des Versicherten** voraus. Dieses Einverständnis kann überdies **jederzeit für die Zukunft widerrufen** werden.