

Rapport de l'Office fédéral de la santé publique du 30 octobre 2023 à l'intention de la CSSS-E

« Traitement de données relatives aux assurés en vue de les informer »

1. Mandat

Le 12 octobre 2023, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CSSS-E) a chargé l'administration, dans le cadre de l'examen de l'objet 22.062n « LAMal. Modification (Mesures visant à freiner la hausse des coûts, 2^e volet) », de présenter un rapport sur la décision du Conseil national concernant l'utilisation de données relatives aux assurés à des fins de garantie de l'économicité (art. 56, al. 1^{bis}, et 84, al. 1, let. j, du projet de modification de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal))¹.

2. Contexte

Aux termes de l'art. 56, 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. La décision du Conseil national demande que les assureurs soient autorisés à utiliser les données des assurés afin de garantir l'économicité au sens de l'art. 56, al. 1, LAMal par des mesures individuelles.

Dans sa décision, le Conseil national propose les adaptations suivantes des art. 56 et 84 LAMal :

Art. 56, al. 1^{bis} (nouveau)

^{1bis} Afin de garantir le caractère économique des prestations au sens de l'al. 1, les assureurs peuvent informer individuellement les personnes assurées auprès d'eux sur les prestations auxquelles elles ont recouru, sur des mesures de prévention des maladies et sur des offres visant à améliorer le caractère économique et la coordination entre les fournisseurs de prestations médicales, et mettre à la disposition de ces derniers, avec l'accord des personnes assurées, des informations sur les prestations auxquelles celles-ci ont recouru.

Art. 84, al. 1, let. j (nouvelle)

¹ Les organes chargés d'appliquer la présente loi ou la LSAMal ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution sont habilités à traiter ou à faire traiter les données personnelles, y compris les données sensibles, qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assignent la présente loi ou la LSAMal, notamment pour:

j. garantir la prise de mesures au sens de l'art. 56, al. 1, et fournir les informations correspondantes.

Les paragraphes qui suivent exposent les conditions auxquelles les assureurs-maladie peuvent traiter des données ainsi que l'appréciation des avis exprimés par les participants à l'audition lors de la séance de la CSSS-E du 12 octobre 2023. Sont présentées ensuite une proposition de l'administration qui reprend le souhait d'étendre les possibilités d'information de la part des assureurs tout en préservant mieux que la décision du Conseil national les droits de la personnalité des assurés et en intégrant mieux les nouvelles dispositions dans la systématique de la loi.

¹ RS 832.10.

3. Droit en vigueur²

Le droit en vigueur n'offre aux assureurs aucune possibilité de faire parvenir de manière sélective aux assurés des informations ciblées en matière de santé. Ils sont tenus de respecter le principe du remboursement et de garantir l'égalité de traitement entre les assurés. De leur côté, les fournisseurs de prestations sont responsables du traitement médical

Aujourd'hui déjà, les assureurs peuvent, avec l'accord des assurés, émettre des directives sur la coordination du traitement, par exemple au moyen du *case management*, ou rendre obligatoire le recours aux génériques.

a. Forme particulière d'assurance avec *case management*

Les assureurs peuvent conclure des conventions relatives à des programmes de traitement spécifiques pour certaines maladies. Il faut pour cela que les critères requis d'économicité, d'adéquation et d'efficacité de la fourniture de prestations soient remplis. La décision d'appliquer un *case management* requiert le consentement exprès de l'assuré. Celui-ci peut révoquer en tout temps son consentement à cette forme d'assurance. Comme les données de santé sont des données sensibles, ce consentement doit répondre à des exigences accrues. L'assuré doit savoir qu'il n'est pas tenu de le donner. Il doit en outre être informé du but visé par le *case management* et de la manière dont les données seront traitées.

b. Forme particulière d'assurance « Recours obligatoire aux génériques »

Il existe aujourd'hui déjà des formes particulières d'assurance dans lesquelles les assurés consentent à toujours se faire remettre des génériques à la place des médicaments originaux, pour autant qu'ils n'aient pas besoin de la préparation originale pour des raisons de santé.

4. Opinion de base des parties prenantes

Diverses parties prenantes ont été entendues lors de la séance de la CSSS-E du 12 octobre 2023.

La consultation des différentes parties prenantes a montré qu'il n'y a pas d'opposition de principe à des possibilités d'information supplémentaires pour les assureurs. Deux thèmes ont toutefois été soulevés : la question de la liberté thérapeutique et donc du rôle des assureurs et des fournisseurs de prestations, et la question des droits de la personnalité des assurés. L'administration a donc élaboré une proposition qui, par rapport à la proposition majoritaire, préserve mieux les droits de la personnalité des assurés. La liberté thérapeutique est également mieux préservée dans la décision du Conseil national.

5. Proposition de l'administration

La proposition de l'administration, qui tient compte des préoccupations susmentionnées des parties prenantes, se présente comme suit

- Contenu de l'information : La proposition permet aux assureurs de donner, outre des informations sur la prévention médicale, des renseignements généraux sur les mesures possibles de promotion de la santé qui ne sont pas prises en charge par l'AOS. Celles-ci consisteraient notamment en invitations à se soumettre à des contrôles réguliers ainsi qu'en indications sur les interactions médicamenteuses et les surdosages.

² De plus amples détails sur le cadre légal en vigueur pour le traitement des données par les assureurs-maladie sont donnés en annexe.

- Droits de la personnalité : afin de renforcer les droits de la personnalité, les assurés se voient accorder, contrairement à la décision du Conseil national, des droits d'information sur le but et le caractère facultatif des informations ainsi qu'un droit d'opposition.
- Liberté thérapeutique : dans la proposition de l'administration, la nouvelle tâche des assureurs-maladie comprend uniquement l'information des assurés et non celle des prestataires de soins. La liberté de décision des fournisseurs de prestations dans le choix de la méthode de traitement est préservée.

a. Formulation proposée

Art. 56a (nouveau) Informations ciblées aux assurés

¹ Les assureurs peuvent informer de manière ciblée les assurés sur des prestations plus avantageuses ainsi que sur des mesures de prévention et des formes particulières d'assurance appropriées.

² Les assureurs informent les assurés, lors de la première prise de contact, sur le but des informations spécifiques visées à l'al. 1 ainsi que sur le caractère facultatif de leur réception et sur la possibilité de s'y opposer en tout temps.

Art. 84, al. 1, let. j (nouvelle)³

¹ Les organes chargés d'appliquer la présente loi ou la LSAMal ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution sont habilités à traiter ou à faire traiter les données personnelles, y compris les données sensibles, qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assignent la présente loi ou la LSAMal, notamment pour:

j. informer de manière ciblée les assurés sur des prestations plus avantageuses ainsi que sur des mesures de prévention et des formes particulières d'assurance appropriées.

b. Différences entre la proposition de l'administration et la décision du Conseil national

Le point de vue défendu jusqu'ici était que le principe du remboursement s'applique. Faire à des assurés sélectionnés des recommandations ciblées en matière de santé ou relatives à une maladie spécifique ne fait actuellement pas partie des tâches d'exécution confiées aux assureurs en vertu de la LAMal ou de la LSAMal. Cette tâche est aujourd'hui du ressort exclusif des fournisseurs de prestations. Ceux-ci peuvent, par exemple, signaler l'existence des génériques au sens de l'ordonnance du DFI du 29 septembre 1995 sur les prestations de l'assurance des soins (OPAS)⁴ ou donner des conseils pour une alimentation saine. L'art. 84 LAMal ne couvre donc actuellement pas des informations ou des recommandations de ce type. La proposition du Conseil national (ainsi que la modification proposée par l'administration) implique donc un changement de paradigme.

Pour pouvoir fournir des informations ciblées sur des prestations moins coûteuses et des mesures de prévention, les assureurs doivent connaître les maladies dont souffrent les assurés et

³ L'art. 84 LAMal a été révisé avec effet au 1^{er} septembre 2023, date de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données. Il est donc nécessaire d'adapter en conséquence l'art. 84, al. 1, let. j, P-LAMal.

⁴ RS 832.112.31.

les traitements qu'ils suivent. Ce traitement de données personnelles est effectué de manière automatisée à des fins d'évaluation de l'état de santé. Il est donc lié à un profilage⁵.

Sur le fond, il peut être jugé utile que les assureurs-maladie puissent informer de manière ponctuelle et ciblée les assurés sur des mesures de réduction des coûts et de prévention, ainsi que sur la possibilité d'opter pour des modèles d'assurance particuliers appropriés. De telles informations permettraient de réduire les coûts. Il serait par exemple possible d'attirer l'attention des assurés sur des génériques et des biosimilaires⁶ moins chers et d'orienter les assurés atteints de maladies chroniques vers des formes particulières d'assurance axées sur la coordination.

La notion de mesures de prévention est formulée de manière générale. Elle inclut des indications sur les prestations de prévention médicales prises en charge par l'AOS (examens de dépistage et autres mesures préventives visées à l'art. 26 LAMal), mais aussi des informations générales sur des mesures possibles de promotion de la santé non prises en charge par l'AOS. Ces dernières peuvent soit se fonder sur des mesures de la fondation Promotion Santé Suisse [Promouvoir la santé et prévenir les maladies | Promotion Santé Suisse \(promotionsante.ch\)](https://www.promotionsante.ch) (cf. art. 19 s. LAMal), soit consister en des conseils d'ordre général (p. ex. inviter une personne à faire davantage d'exercice ou lui recommander de prendre un abonnement de fitness). Cette notion inclut aussi des mesures de prévention secondaires et tertiaires, telles que le rappel de se soumettre à des contrôles réguliers (p. ex. contrôle chez le podologue ou contrôle des yeux pour les personnes diabétiques afin de prévenir les maladies secondaires) ou des indications sur les interactions médicamenteuses et les surdosages. Il convient toutefois d'être conscient que la recommandation par les assureurs de prestations dont les coûts ne sont pas pris en charge par l'AOS pourrait être mal comprise par les assurés. Cette proposition va plus loin en matière de prévention que celle de la décision du Conseil national, car elle ne se contente pas de reprendre de l'art. 19 LAMal la notion de « mesures destinées à prévenir les maladies » mais parle de « mesures de prévention » en général, ce qui inclut aussi les mesures visées à l'art. 26 LAMal et certaines des mesures mentionnées à l'art. 25 LAMal. Les assureurs pourront ainsi informer sur un plus large éventail de mesures. Cette formulation plus complète prévient en outre les difficultés d'interprétation et de délimitation.

Dans la décision du Conseil national, le renvoi à l'art. 56, al. 1, LAMal mélange des prestations non économiques, qui ne sont pas assurées selon la LAMal, avec des informations individuelles sur des prestations et des mesures permettant de réduire les coûts. De plus, l'emplacement de l'art. 56, al. 1^{bis} (nouveau), P-LAMal ne paraît pas adéquat, au vu du thème traité, dans la systématique de la loi. C'est pourquoi l'administration propose de créer un art. 56a distinct de l'art. 56, qui est intitulé « Caractère économique des prestations ».

La nouvelle tâche des assureurs-maladie ne comprend, dans la proposition de l'administration, que l'information des assurés et non celle des fournisseurs de prestations. Il importe de distinguer la coordination entre fournisseurs de prestations et assureurs de la simple communication d'informations aux assurés, raison pour laquelle cette coordination n'est pas prévue. Elle est toutefois incluse dans la proposition dans la mesure où les assureurs peuvent recommander des formes particulières d'assurance qui comportent une composante de coordination. L'assureur peut donc informer sur des offres qui visent à coordonner la fourniture de prestations médicales.

Néanmoins, afin de préserver au mieux les droits de la personnalité des assurés, ces derniers doivent pouvoir mettre fin en tout temps, en s'y opposant, à la fourniture d'informations ciblées

⁵ La définition légale du profilage se trouve à l'art. 5, let. f, LPD : Profilage : toute forme de traitement automatisé de données personnelles consistant à utiliser ces données pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.

⁶ Les biosimilaires sont des copies plus avantageuses de médicaments biologiques plus coûteux.

par les assureurs, ce que la décision du Conseil national ne prévoit pas. De plus, les assureurs devront informer les assurés du caractère facultatif de la réception de telles informations spécifiques. Par ailleurs, ils seront tenus de les informer, lors de la première prise de contact, du but visé par ces informations.

Enfin, la décision du Conseil national comprend deux aspects qui sont déjà couverts par le droit en vigueur et n'ont donc pas été intégrés dans la proposition : d'une part, les assurés peuvent déjà demander à l'assureur d'être informés sur les prestations obtenues, informations disponibles, du reste, sur les factures remises par les fournisseurs de prestations⁷. D'autre part, l'assureur peut déjà mettre à la disposition des fournisseurs de prestations, si l'assuré y a donné son consentement, des informations relatives aux prestations qui lui sont fournies (art. 84a, al. 5, LAMal).

c. Conclusion

La proposition de l'administration permet aux assureurs de communiquer des informations spécifiques en matière de santé et sur les économies possibles qui y sont liées. Informer sur les mesures de prévention est utile pour promouvoir la santé des assurés. Les droits de la personnalité des assurés sont protégés au mieux grâce à la possibilité de s'opposer en tout temps à la réception de telles informations et à l'obligation pour les assureurs d'informer les assurés sur le caractère facultatif de ces informations et sur le but visé.

	Décision du Conseil national	Proposition de l'administration
Systématique de la loi	Art. 56, al. 1a (nouveau), P-LAMal	Art. 56a (nouveau) P-LAMal
Possibilité d'informer	Mesures de prévention des maladies, offres visant à améliorer l'économie et la coordination entre les fournisseurs de prestations médicales	Prestations plus avantageuses, possibilité d'opter pour des formes particulières d'assurance, mesures de prévention
Destinataires des informations fournies par les assureurs	Fournisseurs de prestations et assurés (coordination évent. possible entre fournisseurs de prestations et assureurs)	Assurés
Droits de la personnalité des assurés	Aucune possibilité d'opposition	Opposition possible en tout temps et obligation pour les assureurs d'informer les assurés sur le but visé et le caractère facultatif de la fourniture d'informations

6. Proposition alternative de l'administration

a. Commentaire

Une voie médiane est envisageable entre la situation du droit en vigueur, qui ne permet pas de fournir aux assurés des informations ciblées sur des aspects de santé, et la proposition de l'administration : l'accent pourrait être mis sur certains thèmes, c'est-à-dire que les assureurs ne

⁷ Art. 42, al. 3, LAMal.

pourraient informer que sur des prestations plus avantageuses, sur la possibilité d'opter pour des formes particulières d'assurance appropriées ou sur des mesures de prévention. Un ou deux des thèmes susmentionnés pourraient être choisis. Les mesures de prévention pourraient en outre être définies de façon plus restrictive que celles qui sont prises en charge par l'AOS en vertu de la LAMal.

Dans cette proposition aussi, les assurés devraient être informés du caractère facultatif de la réception de telles informations spécifiques et sur la possibilité de s'y opposer en tout temps.

L'avantage par rapport à la proposition de l'administration est qu'elle empiète moins sur les droits de la personnalité des assurés. Limiter à un thème la possibilité pour l'assureur-maladie d'informer les assurés réduit aussi la portée du traitement de données sous-jacent. Son inconvénient par rapport à la proposition est que la limitation des possibilités d'information réduit probablement aussi les économies attendues. Elle peut aussi rendre difficile pour l'assureur d'interpréter et de délimiter ce sur quoi exactement il peut fournir des informations.

b. Conclusion

Sur la base de la proposition de l'administration, l'accent peut être mis sur les besoins d'information des assurés et sur les possibilités d'économies. Ces informations peuvent porter sur des thèmes précis. L'avantage de cette variante est que l'assuré n'est pas submergé d'informations.

De plus, elle préserve mieux les droits de la personnalité des assurés que la proposition de l'administration et celle de la décision du Conseil national, du fait que les possibilités d'information sont limitées à certains thèmes.

7. Conclusion générale

Sur le fond, il peut être jugé compréhensible et utile que les assureurs-maladie puissent informer de manière ponctuelle et ciblée les assurés sur des mesures de réduction des coûts et de prévention, ainsi que sur la possibilité d'opter pour des modèles particuliers d'assurance appropriés, ce que le droit en vigueur ne permet pas. Cette possibilité pourrait produire un effet modérateur sur les coûts et promouvoir la santé des assurés.

Afin de préserver au mieux les droits de la personnalité des assurés, ces derniers doivent pouvoir, mettre fin en tout temps, en s'y opposant, à la fourniture d'informations ciblées par les assureurs. De plus, il importe que les assureurs soient tenus d'informer les assurés du caractère facultatif de la réception de ces informations spécifiques, et aussi de les informer, lors de la première prise de contact, du but visé par ces informations.

Dans la proposition de l'administration, la nouvelle tâche des assureurs-maladie ne comprend que l'information des assurés et non celle des fournisseurs de prestations. La liberté de décision quant au choix de la méthode de traitement reste protégée.

La proposition de l'administration offre, grâce à un traitement étendu des données, des possibilités d'information plus larges que dans la proposition alternative et, par conséquent, un potentiel de réduction des coûts potentiellement plus élevé. Les possibilités d'information ponctuelles selon la proposition alternative touchent cependant moins les droits de la personnalité des assurés et limitent le traitement des données. La décision doit donc être prise en fonction de cette pesée des intérêts.

Annexe

Cadre légal en vigueur pour le traitement des données par les assureurs-maladie

La première question qui se pose est celle des conditions légales en vigueur pour le traitement des données par les assureurs-maladie. Pour une meilleure compréhension des compétences respectives, les tâches des assureurs-maladie et des fournisseurs de prestations sont abordées en premier lieu ; sont exposées ensuite les possibilités existant aujourd'hui dans le cadre des formes particulières d'assurance.

a. Protection des données et traitement des données dans le droit en vigueur

La LAMal autorise les assureurs-maladie à traiter les données personnelles, y compris les données sensibles, dont ils ont besoin pour accomplir les tâches que leur assignent la LAMal ou la loi fédérale du 26 septembre 2014 sur la surveillance de l'assurance-maladie (LSAMal)^{8, 9}. L'art. 84 LAMal a été révisé dans le cadre de la révision de la LPD¹⁰. D'une part, l'autorisation générale pour les assureurs-maladie de traiter des « profils de la personnalité » a été supprimée. D'autre part, cet article a été complété par l'alinéa suivant : « Pour accomplir ces tâches, ils sont en outre habilités à traiter ou à faire traiter des données personnelles, notamment des données permettant d'évaluer la santé, la gravité de l'affection physique ou psychique, les besoins et la situation économique de la personne assurée. »¹¹ La LPD révisée (y compris la modification de l'art. 84 LAMal), adoptée le 25 septembre 2020, est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023.

La communication d'informations à une sélection d'assurés sur des médicaments plus avantageux et sur des mesures de prévention et de promotion de la santé ne fait pas partie, dans le droit en vigueur, des tâches que la loi assigne aux assureurs-maladie. Les bases légales à cet effet font défaut. Un traitement par les assureurs-maladie des données nécessaires pour une information sélective contrevient donc aux art. 6, al. 1, et 34, al. 2, LPD (principe de légalité) ainsi qu'à l'art. 84 LAMal.

La pratique de l'OFSP à cet égard est exposée au ch. 5.1 de la circulaire no 7.1 du 20 décembre 2021 « Surveillance par l'OFSP des domaines soumis aux dispositions de la LSAMal, de l'OSAMal, de la LAMal et de l'OAMal relatives à la protection des données »¹².

b. Principe de nécessité et profilage

Le traitement des données obéit au principe de nécessité. Les données de santé des assurés doivent être traitées avec soin. Il importe en particulier de réduire au minimum le risque d'une

⁸ RS 832.12.

⁹ Art. 84 LAMal.

¹⁰ RS 235.1.

¹¹ RO 2022 491.

¹² Circulaire de l'OFSP no 7.1 du 20 décembre 2021, ch. 5.1, <https://www.bag.admin.ch/dam/bag/fr/dokumente/kuv-aufsicht/rakv2/ks-07-01-datenschutz-org-prozesse.pdf.download.pdf/ks-7-1-datenschutz-org-prozesse.pdf> :

Selon le principe de finalité, les données personnelles ne peuvent être utilisées que pour l'accomplissement de tâches dont la finalité est la même que celle des tâches pour l'accomplissement desquelles elles ont été récoltées. La personne concernée doit être en mesure de reconnaître le but visé par le traitement des données. L'OFSP demande par conséquent aux assureurs de respecter strictement les principes de finalité et de proportionnalité, et de ne traiter des données personnelles que dans le cadre d'une tâche que la LAMal ou la LSAMal leur assignent et non à d'autres fins.

Ainsi, le traitement de données de santé et de profils de la personnalité en vue d'identifier des groupes cibles particuliers et d'adresser aux assurés ainsi sélectionnés un courrier leur recommandant des mesures de promotion de la santé ou des médicaments n'est pas compatible avec les bases juridiques citées. Une recommandation ciblée à des assurés sélectionnés sur la base d'un état de santé ou d'une maladie spécifiques n'entre pas dans le champ de l'art. 84 LAMal, car il ne s'agit pas d'une tâche d'exécution déléguée à l'assureur en vertu de la LAMal ou de la LSAMal. Ne reposant sur aucune base légale, un tel traitement de données personnelles est illicite et doit être proscrit.

L'attribution des assurés à une catégorie ou une notation de ceux-ci au moyen d'une analyse de leurs données individuelles (p. ex. celles de leurs primes et prestations LAMal) en vue de les contacter de façon ciblée pour des mesures de marketing, notamment dans le domaine de la LCA ou pour des offres d'entreprises partenaires de l'assureur, n'est pas non plus compatible avec le principe de finalité.

sélection indésirable des risques que ce traitement des données peut entraîner. C'est pourquoi le Conseil fédéral a toujours désapprouvé jusqu'ici la possibilité d'établir un profil de la personnalité ou un profilage.

Deux motions sur ce thème, demandant l'introduction d'un profilage, ont été déposées ces dernières années : 19.3963 « Inclure les mesures de gestion des cas dans les tâches des organes compétents en matière d'assurance-maladie »¹³ et 20.3013 « Traitement de données personnelles dans le cadre de la LAMal. Sécurité juridique dans la perspective de la future loi fédérale sur la protection des données »¹⁴. Elles ont toutes deux été retirées après que le Conseil fédéral en a recommandé le rejet.

c. Tâches respectives des assureurs-maladie et des fournisseurs de prestations

L'assurance-maladie répond au principe du remboursement. L'assureur-maladie prend donc en charge les coûts facturés dans chaque cas particulier (art. 25, al. 1, et 34, al. 1, LAMal). Il vérifie les factures et doit rembourser les coûts si le traitement a été efficace, approprié et économique (art. 56 LAMal). Orienter ou coordonner le traitement des assurés ne fait, par principe, pas partie de ses tâches. Conformément à ce principe, l'art. 61, al. 1, de l'ordonnance du 18 novembre 2015 sur la surveillance de l'assurance-maladie (OSAMal)¹⁵ exige que l'assureur traite tous les assurés de manière égale, sans distinction de l'état de santé ou d'une indication à ce sujet. C'est pourquoi le droit en vigueur n'autorise pas, entre autres, la communication d'informations individuelles aux assurés.

Les fournisseurs de prestations comprennent toutes les personnes et les institutions qui fournissent des prestations médicales. En font notamment partie, dans l'énumération de l'art. 35 LAMal, les médecins, les hôpitaux et les EMS. Les fournisseurs de prestations sont responsables du traitement médical des assurés. À cet égard, ils bénéficient de la liberté thérapeutique, qui protège également la liberté de décision dans le choix de la méthode de traitement. La LAMal prescrit que le fournisseur de prestations limite ses prestations à la mesure exigée par l'intérêt de l'assuré et le but du traitement (art. 56, al. 1, LAMal).

¹³ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20193963>.

¹⁴ <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20203013>.

¹⁵ RS 832.121.