

6. Le médecin rédacteur de rapports: du secret professionnel à la facturation

6. Le médecin rédacteur de rapports: du secret professionnel à la facturation

6.1 Secret professionnel

A l'instar des hommes de loi et des ecclésiastiques, les professionnels de la santé sont liés au secret professionnel. Le devoir de garder le secret concerne tout ce dont les médecins ont eu connaissance ou qu'on leur a confié dans l'exercice de leur profession.

Un médecin a le droit de donner des renseignements à des tiers lorsqu'il dispose du consentement du patient, qu'une loi le prévoit ou que l'autorité cantonale l'a délié du secret professionnel.

Ce qu'on appelle en langage courant le «secret médical» devrait en fait être nommé secret des patients, car ce secret protège leurs droits de la personnalité. Le «secret professionnel médical» est réglé à l'art. 321 du Code pénal suisse (cf. encadré).

L'obligation de garder le secret concerne tout ce qui a été confié aux médecins «en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci»: le secret est donc ce que les patients ou leurs proches ont confié au médecin, mais aussi tout ce que ce dernier apprend et effectue lui-même dans le cadre de son activité, tels que résultats d'examen, diagnostics et traitements qui en découlent.

La FMH est d'avis que l'activité d'expert médical fait aussi partie de l'«exercice» de la profession médicale et que cette activité est donc également soumise au devoir de garder le secret du patient: même quand ils établissent des expertises uniquement sur la base de dossiers sans voir les patients concernés, les médecins n'ont pas le droit, par exemple, de communiquer leur rapport aux médias.

Par contre, des faits généralement connus ou qui sont de notoriété publique ne sont pas concernés par le secret médical, même si le médecin en a pris connaissance dans l'exercice de sa profession.

Outre les médecins, le personnel travaillant dans un cabinet médical ou un hôpital est également astreint au secret des patients. Les médecins doivent expressément attirer l'attention de leur personnel sur ce devoir.¹⁰⁵

105 Art. 11, al. 2 Code de déontologie de la FMH: «Le médecin instruit ses collaboratrices et collaborateurs ainsi que toutes les personnes qui ont accès à des informations touchant son cabinet médical de leurs obligations en matière de secret, en demandant, dans la mesure du possible, de s'y engager par écrit.»

Le secret professionnel selon les termes de la loi

Artikel 321 Strafgesetzbuch

- 1 Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes, ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret qui leur a été confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études. La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études.
- 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 une obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice.

La communication d'une information soumise au secret médical est autorisée aux conditions suivantes:

1. Consentement du patient.
2. Dérogation prévue dans une loi fédérale ou cantonale.
3. Levée du secret médical par l'autorité cantonale compétente.
4. Etat de nécessité imminent selon les art. 17ss du Code pénal.

Ces quatre motifs justificatifs sont brièvement expliqués ci-après.

Communication d'informations sur la base du consentement du patient

La communication d'informations sur la base du consentement du patient constitue le cas normal. Les règles du «consentement éclairé» sont applicables en l'occurrence. Pour que le consentement soit valable, le patient doit savoir de façon suffisante quelles informations le médecin communiquera à des tiers. Ce consentement peut être obtenu par écrit, par oral, mais aussi tacitement, voire par supposition. Néanmoins, pour éviter tout malentendu, le médecin ne devrait s'appuyer sur un consentement tacite ou supposé qu'en cas d'urgence (cf. chap. 3.3). Si le patient délègue son médecin du secret professionnel en vue d'une déclaration à titre de témoin devant un tribunal, la question de savoir si le médecin a malgré tout le droit de garder le silence ou s'il doit témoigner relève actuellement encore de la loi cantonale de procédure civile ou pénale.

Le secret médical s'applique également à ses proches: il est judicieux de toujours demander aux patients quels sont les membres de leur famille à informer, le cas échéant, sur leur état de santé. En revanche, les parents d'enfants incapables de discernement disposent d'un droit légal d'information sur les questions de santé touchant leur enfant (y compris le parent qui n'a pas le droit de garde). Toutefois, si l'enfant ou le jeune est capable de discernement au sujet de son traitement (cf. chap. 3.3), le secret médical doit être respecté.

Le médecin est certes autorisé à donner des renseignements par téléphone, mais il doit s'assurer dans toute la mesure du possible qu'il ne renseigne que des personnes ayant droit à ces informations. Si l'on ne peut pas reconnaître avec certitude la personne au bout du fil d'après la voix, on devrait demander le numéro de téléphone, le vérifier puis rappeler.

En cas de facturation effectuée par un tiers (caisse de médecins ou autre organisation de facturation), le cabinet médical doit informer ce dernier de chaque prestation fournie. Etant donné que les positions tarifaires indiquées permettent à un spécialiste du domaine de se faire une idée étendue du traitement, il est important de communiquer d'emblée aux patients quelle est l'instance chargée de la facturation externe. Si cela crée un problème, une autre solution pourra être cherchée avec le patient concerné.

Information du patient sur la base de dispositions légales déliant le médecin du secret professionnel

Même lorsqu'il est probable ou explicite que le patient ne le veut pas, les médecins ont le droit ou même le devoir d'informer des tiers dans des cas précis (cf. chap. 6.3). Ainsi, toutes les lois sur l'assurance sociale contiennent des dispositions autorisant et contraignant les médecins à fournir à l'assurance les informations dont elle a besoin pour remplir les tâches que lui confie la loi. Dans le cas de l'assurance-maladie, le consentement du patient est toutefois déterminant car ce dernier peut décider de payer lui-même son traitement. Dans un tel cas, la caisse-maladie ne doit rien apprendre du médecin.

Levée du secret médical par l'autorité cantonale compétente

Si une information doit être transmise alors que le patient n'y consent pas, le médecin peut demander à l'autorité cantonale concernée, généralement la direction cantonale de la santé, de le délier du secret professionnel. Il est recommandé de discuter auparavant brièvement du cas par téléphone avec le médecin cantonal ou le service juridique de la direction de la santé sans indiquer le nom du patient.

Information dans un état de nécessité

Conformément au Code pénal, il est possible à une personne de violer le secret professionnel lorsqu'il s'agit de «préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers».¹⁰⁶ Un état de nécessité au sens de la loi n'existe que si le temps ne suffit plus pour obtenir le consentement du patient ou pour contacter la direction de la santé ou le médecin cantonal en vue de demander la levée du secret professionnel. Ce cas de figure est donc plutôt rare dans la pratique.

6.2 Protection des données et échange électronique des données

La loi fédérale sur la protection des données protège la personnalité et règle les droits des personnes dont les données font l'objet d'un traitement. Elle s'applique à tous les privés – notamment aux cabinets médicaux et aux hôpitaux privés –, à l'administration fédérale, mais aussi aux entités externalisées de cette dernière telles que les caisses-maladie et les assureurs-accidents.

Protection des données

Dans les faits, la loi sur la protection des données (LPD) n'apporte rien de nouveau pour les médecins car ceux-ci sont déjà soumis au secret professionnel. La LPD fixe toutefois par écrit de nombreux principes utiles:

- Le traitement des données doit être effectué conformément aux principes de la proportionnalité et de la bonne foi. Les données personnelles ne peuvent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.¹⁰⁷
- Même le consentement du citoyen ne justifie pas un traitement non conforme au principe de proportionnalité, car tout traitement de données doit être licite.¹⁰⁸
- Les organes de la Confédération et les organisations exécutant des tâches fédérales ne peuvent traiter que les données véritablement nécessaires à atteindre l'objectif qui leur est assigné par la loi, et ce, que le traitement des données soit concrètement défini par la loi fédérale concernée ou qu'il ressorte clairement des tâches légales de l'institution en question.¹⁰⁹
- Enfin, la LPD indique aussi dans quelle mesure un patient peut demander à consulter son dossier médical chez son médecin praticien ou en obtenir une copie (cf. chap. 8.1).

106 Art. 17 Code pénal.

107 Art. 4 LPD.

108 Art. 4, 1er al. LPD (disposition révisée en vigueur depuis janvier 2008). Amédéo Wermelinger / Daniel Schweri, «Teilrevision des Eidgenössischen Datenschutzrechts – Es nützt nicht viel, schadet es etwas?», dans: Jusletter 3, mars 2008, chiffre marginal 10: «Il existe bien entendu aussi des limites dans le domaine de la protection des données, que la personne lésée, même avec son propre consentement, n'a pas le droit de dépasser [au sens de l'art. 27 Code civil]. Ainsi par exemple, le consentement de durée illimitée d'une personne au traitement de toutes ses données personnelles ne serait certainement pas admis.»

109 Art. 17 LPD.

Pratiquement tous les cantons ont édicté des lois sur la protection des données pour leur administration cantonale et communale, et donc pour leurs hôpitaux publics et établissements médico-sociaux, lois qui se fondent plus ou moins sur la LPD fédérale.

Echange électronique des données

Il n'est permis d'échanger des données de patients entre médecins, hôpitaux et assurances que par courrier électronique protégé. Dans cette optique, le réseau «Health Info Net» («HIN») offre une plate-forme de communication qui permet d'identifier clairement les utilisateurs et d'échanger des données sous forme chiffrée.

En revanche, si un patient envoie un courriel non codé à son médecin, celui-ci peut partir de l'idée que son patient consent tacitement à ce qu'il lui réponde par le même canal. Quant à savoir s'il convient de procéder de la sorte ou non, c'est une décision que le médecin prendra au cas par cas. Quoiqu'il en soit, il devrait au moins s'assurer que l'adresse électronique indiquée est bien celle du patient.

6.3 Droits et devoirs d'annoncer

S'il existe une obligation légale d'annoncer un cas à l'autorité ou que le médecin est autorisé à le faire, il ne doit ni demander au patient de lui donner son consentement ni à l'autorité cantonale compétente de le délier du secret médical. Il existe des devoirs et des droits d'annoncer tant au niveau fédéral que cantonal.

Devoirs d'annoncer au niveau fédéral

Lorsque le médecin est soumis à une obligation d'annoncer, il est tenu d'annoncer les incidents concernés. S'il ne remplit pas son devoir, il se rend punissable et pourrait même, le cas échéant, encourir une peine pour cause d'entrave à l'action pénale.

- *Maladies transmissibles*
En vertu de l'art. 27 de la loi sur les épidémies, et pour quelques maladies déterminées, il incombe «aux médecins, aux hôpitaux et aux autres institutions publiques ou privées du domaine de la santé de déclarer à l'autorité cantonale compétente les cas de maladies transmissibles chez des personnes malades, infectées ou exposées, avec des indications permettant d'identifier ces personnes; l'autorité cantonale transmet les déclarations à l'Office fédéral de la santé publique.»¹¹⁰
- *Blessures par morsures de chiens, chiens présentant une agressivité excessive*
Conformément à l'art. 28 de l'Ordonnance sur la protection des animaux, le médecin est tenu d'annoncer à l'autorité cantonale concernée les incidents dans lesquels un chien a gravement blessé d'autres animaux ou des personnes, ou a montré des signes d'un comportement agressif excessif.
- *Atteintes à la santé en lien possible avec le service militaire*
Si un lien peut exister entre une atteinte à la santé et le service militaire accompli, le médecin consulté est tenu d'annoncer immédiatement le cas à l'assurance-militaire (Art. 84 AM).
- *Interruption de grossesse*
Le médecin qui effectue une interruption de grossesse doit l'annoncer à la direction de la santé concernée (Art. 119 al. 5 du Code pénal suisse). Comme cette annonce sert exclusivement à des fins statistiques, elle est faite sans l'indication des coordonnées de la patiente.
- *Effets et incidents indésirables en lien avec des médicaments et des dispositifs médicaux*
En vertu de l'art. 59 de la loi sur les produits thérapeutiques, le médecin traitant est tenu d'annoncer «tout effet indésirable grave ou jusque-là inconnu et tout incident ou défaut» en lien avec l'administration de médicaments. L'annonce d'effets indésirables de médicaments se fait auprès du service régional concerné et celle relative aux dispositifs médicaux auprès de Swissmedic. De même, le médecin investigateur hospitalier doit annoncer à Swissmedic et à la Commission d'éthique les «effets indésirables graves de médicaments» survenus dans le cadre de recherches.
- *Informations dont l'assureur a besoin pour remplir sa tâche (lois sur les assurances sociales de la Confédération)*
Les lois sur les assurances sociales de la Confédération (LAMal, LAA, AM, AI) prévoient la possibilité de lever le secret médical. Néanmoins, cette mesure est toujours limitée aux informations «dont l'assureur a besoin» pour remplir sa tâche (cf. chap. 6.7. et 6.8.).

¹¹⁰ Loi sur les épidémies, voir www.bag.admin.ch

Principal devoir d'annoncer au niveau cantonal: le «décès extraordinaire»

Pratiquement tous les cantons connaissent le devoir d'annoncer un cas de décès extraordinaire: en Suisse, la loi prescrit que chaque personne décédée doit être examinée personnellement par un médecin. De ce fait, chaque médecin doit être en mesure d'examiner un cadavre de manière professionnelle. Selon la conception actuelle de la médecine légale, il est indispensable de dénuder complètement le corps et de l'examiner soigneusement de la tête aux pieds – aussi sur la face postérieure. Après cet examen, le médecin doit confirmer formellement la mort en remplissant un certificat de décès. Outre la confirmation que la personne concernée est vraiment décédée, le médecin doit aussi indiquer l'heure du décès ou l'estimer de la manière la plus précise possible.

Enfin, le médecin doit indiquer sur ce formulaire s'il s'agit d'une mort naturelle, non naturelle ou d'origine imprécise. Si, après avoir examiné le cadavre, le médecin conclut sans hésitation que le décès est consécutif à une maladie préexistante «venue de l'intérieur», il peut attester une mort naturelle sur le certificat de décès, le qualificatif «naturelle» se rapportant à la cause du décès. Le corps peut alors être enterré ou incinéré et les autorités ne procèdent à aucune investigation. Si le médecin ne peut pas attester une mort naturelle, parce qu'il a trouvé des signes manifestes ou possibles de mort non naturelle sur le cadavre ou que le décès est survenu de manière soudaine et inattendue dans des circonstances peu claires, il s'agit alors d'un décès extraordinaire.

En médecine légale, sont exceptionnels les décès qui surviennent de manière soudaine et inattendue ainsi que toutes les morts violentes ou supposées telles. Outre les morts manifestement non naturelles (crimes, suicides, accidents), en font aussi partie les décès soudains et inattendus (y compris la mort soudaine du nourrisson), les décès dus à une conséquence sûre ou possible de mesures diagnostiques ou thérapeutiques ainsi que les cadavres trouvés et les cadavres en décomposition d'identité inconnue.

La plupart des lois cantonales prévoient le devoir de déclarer les décès extraordinaires. En règle générale, cette annonce doit être faite à la police locale ou au juge d'instruction, dans quelques cantons également au médecin cantonal ou de district. Le médecin déclarant est alors automatiquement délié du secret professionnel (cf. chap. 6.1).

L'annonce d'un décès extraordinaire entraîne des investigations médicales et policières. L'examen «normal» du cadavre devient alors un examen officiel nommé inspection légale.

Si la cause du décès, en particulier le genre de mort, reste obscure après cette inspection de médecine légale et que des indications permettent de conclure à une faute d'autrui ou que des blessures doivent être consignées et interprétées de manière exacte (p. ex. dans le cadre de la reconstruction d'un accident), le cadavre est saisi par le juge d'instruction qui ordonne une autopsie légale. Si nécessaire, des analyses de laboratoire sont également effectuées.

Contrairement au cas de l'autopsie médico-scientifique, les proches parents du défunt ne peuvent pas refuser une autopsie légale. Les dispositions exprimées ou fixées par écrit par le défunt de son vivant deviennent également caduques dans ce contexte (cf. chap. 3.3). Il incombe au médecin d'expliquer aux survivants pourquoi ces investigations sont nécessaires.

Le médecin qui examine une personne décédée assume une grande responsabilité: en définissant le genre de mort (naturelle, non naturelle ou indéterminée), il décide si un décès doit être annoncé à d'autres autorités que l'état-civil et si des investigations doivent être entreprises.¹¹¹ Par conséquent, l'examen de la dépouille mortelle doit être compris comme le dernier service rendu au patient et il doit être réalisé avec le même soin que les examens médicaux effectués du vivant de celui-ci.

Principaux droits d'annoncer au niveau fédéral

Outre les devoirs d'annoncer, des droits d'annoncer sont également ancrés dans la loi. Ces droits permettent à un médecin d'informer les autorités ou personnes concernées, sans pour autant devoir obligatoirement le faire. L'énumération ci-après comporte divers droits d'informer aussi bien des autorités que des personnes:

- *Capacité à conduire diminuée (loi sur la circulation routière)*
En vertu de la loi sur la circulation routière, un médecin peut annoncer à la direction de la santé publique ou à l'office de la circulation routière une personne qui n'est plus en mesure de conduire correctement un véhicule pour des raisons physiques, psychiques ou liées à une dépendance.
- *Actes punissables commis sur des personnes mineures (code pénal)*
Le Code pénal prévoit qu'un médecin a le droit d'annoncer à l'autorité de tutelle un acte punissable commis sur un mineur.
- *Abus de stupéfiants (loi fédérale sur les stupéfiants)*
Le médecin peut annoncer tout abus de stupéfiants à l'autorité concernée, à l'assistance sociale ou au service thérapeutique autorisés à prendre en charge de tels cas, à la condition qu'il soit d'avis que cette prise en charge est dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la collectivité.
- *Renseignements au parent qui n'a pas le droit de garde de l'enfant (code civil)*
Un parent qui n'a pas le droit de garde de son enfant peut aussi se renseigner chez le médecin sur son état de santé et son développement.¹¹²

111 L'examen du corps par le médecin praticien constitue en soi une activité administrative relevant des autorités.

112 Le secret du patient est prioritaire dès que l'adolescent est capable de discernement.

Principal droit d'annoncer au niveau cantonal

La plupart des cantons connaissent un droit d'annoncer pour le médecin qui constate un crime ou un délit grave.

6.4 Généralités concernant le certificat médical et le rapport médical

Les certificats et les rapports médicaux sont établis par le médecin traitant. Juridiquement, il n'existe aucune différence entre un certificat et un rapport: tous deux doivent être établis conformément à la vérité. Le médecin qui rédige de faux certificats ou de faux rapports se rend punissable.

D'un point de vue juridique, les certificats, rapports et expertises médicaux sont des titres et il n'y a aucune différence entre un certificat et un rapport. Le code de déontologie de la FMH exige que le médecin établisse ces documents avec toute la diligence requise et «au plus près de sa conscience professionnelle». Les certificats de complaisance sont interdits. Les certificats et rapports doivent être clairs; à cet effet, le but visé, la date d'établissement et le nom du destinataire doivent notamment figurer sur le document.

Les certificats et rapports sont établis par le médecin traitant. Ils doivent être formulés de façon transparente et compréhensible pour le lecteur, et conformes à la vérité. Si une incapacité de travail est indiquée de façon différente dans le certificat destiné à l'assureur d'indemnités journalières et dans celui rédigé pour l'assurance-chômage, le médecin et le patient se rendent tous deux suspects. Conformément au code pénal, quiconque rédige un certificat ou un rapport erroné de manière intentionnelle ou par négligence se rend punissable (4C.156/2005 du 28.09.05).

Certificats médicaux clairs et compréhensibles

Un certificat ou un rapport médical doit répondre de manière aisément compréhensible aux questions suivantes:

- Qu'est-ce que le médecin a constaté lui-même?
- Pour quels aspects doit-il s'appuyer sur des indications du patient ou de tiers?
- Quels sont les constats médicaux objectifs?
- Quelle est l'évaluation de médecin?

6.5 Rapports aux médecins co-traitants

Le secret du patient est aussi applicable entre médecins et envers d'autres professionnels de la santé.

Un médecin n'a le droit de transmettre des données sur son patient à un autre confrère que si le patient est d'accord. En outre, il ne doit communiquer que les informations nécessaires. Même si les notions juridiques de consentement explicite, tacite ou présumé s'appliquent aussi dans cette situation, il est judicieux d'informer clairement le patient des démarches entreprises. Ce qui va de soi pour le médecin n'est pas forcément évident pour tous les patients.

Dire au patient «Je vous annonce au Dr X pour un examen et je lui écris ce que nous savons et ce que nous aimerions qu'il nous apprenne» ne prend pas beaucoup de temps et peut éviter qu'il ne se sente bousculé. A la sortie de l'hôpital également, le patient devrait recevoir une information du genre: «Nous enverrons un rapport sur le traitement hospitalier et le suivi aux médecins X, Y et Z; êtes-vous d'accord?».

A l'hôpital, on peut partir de l'idée que l'on dispose du consentement présumé du patient pour échanger entre soignants impliqués dans son traitement les données nécessaires à un traitement sûr.

6.6 Certificats et rapports aux employeurs et aux assureurs d'indemnités journalières

Les certificats établis à l'intention d'employeurs ou d'assureurs d'indemnités journalières doivent être clairs et conformes à la vérité. L'employeur n'a pas le droit de prendre connaissance du diagnostic.

Rapport sur l'examen d'entrée

Les informations transmises à l'employeur dans le rapport sur un examen médical d'entrée doivent uniquement porter sur les conclusions relevant de la médecine du travail. Ce rapport devrait contenir des formulations telles que «apte à exercer une activité en tant que XY», «inapte au travail avec les restrictions suivantes...» ou «inapte au travail», mais pas de diagnostic.

En vertu de la loi sur l'analyse génétique humaine (LAGH), il est interdit d'effectuer de telles analyses et de demander des renseignements à ce sujet. La LAGH prévoit des exceptions à des conditions très strictes (cf. ch. 4.1).

Certificat d'incapacité de travail

Par incapacité de travail, on entend toute perte, totale ou partielle, de l'aptitude de l'assuré à accomplir dans sa profession ou son domaine d'activité le travail qui peut raisonnablement être exigé de lui, si cette perte résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique.¹¹³

Le certificat indique depuis quand l'incapacité de travail existe, combien de temps elle durera et si elle est complète ou partielle. Les certificats d'incapacité de travail établis à l'intention des employeurs ne contiennent pas de diagnostic.

L'incapacité de travail est à limiter dans le temps. Si le médecin ne peut encore en préciser la fin, il indique que l'incapacité existe «jusqu'à nouvel avis» ainsi que la date de la prochaine consultation.

Lorsque l'incapacité est partielle, le médecin l'indique au moyen d'un pourcentage qui, faute d'autre précision, se réfère au temps de travail pouvant être effectué (et non à la prestation réduite par rapport au temps de travail complet).¹¹⁴ Le certificat mentionne éventuellement les activités que le patient peut accomplir ou non.

Si l'incapacité de travail se prolonge, le médecin doit indiquer quelles autres activités peuvent être raisonnablement confiées à l'assuré.

S'il est impossible d'éviter un certificat d'incapacité de travail rétroactif, la transparence est particulièrement importante: le médecin doit préciser quels sont les éléments qu'il a constaté lui-même et quels sont ceux qui se fondent sur les dires du patient. Le médecin ne devrait pas confirmer une incapacité de travail rétrodatée lorsqu'elle n'est pas médicalement plausible.

Si un parent est en bonne santé mais ne peut aller travailler parce que son enfant est malade, son absence est considérée pour une courte période – en général jusqu'à trois jours – comme une incapacité de travail.¹¹⁵

113 Art. 3 LPGA.

114 Prof. Thomas Geiser, Was ist Inhalt eines Arbeitsunfähigkeitszeugnisses, Gutachten an die FMH, 26 décembre 2007.

115 Art. 36, 3e al. de la loi sur le travail.

L'élément décisif à cet égard est la rapidité avec laquelle une autre solution pour la garde de l'enfant peut raisonnablement être trouvée (voir le chap. 9.5 concernant la limitation des activités et la question de l'incapacité de travail chez les jeunes et les femmes enceintes).

Les certificats d'incapacité de travail destinés à l'employeur ne sont pas facturés à la caisse-maladie, mais – suivant les cas – au patient ou à l'employeur.

Diverses sociétés cantonales de médecine ont établi des formulaires de certificat d'entente avec les partenaires sociaux et convenu avec eux de manières de procéder. La solution adoptée dans les cantons de St-Gall et des deux Appenzell semble particulièrement convaincante. Ces cantons connaissent une distinction entre certificats simples et certificats détaillés. Lorsqu'un employeur a besoin d'un certificat détaillé, il envoie au médecin un descriptif des exigences du poste occupé par l'employé et prend à sa charge les coûts d'établissement du certificat.

Certificats et rapports à l'intention des assureurs d'indemnités journalières

Pour les assurances d'indemnités journalières, la question de l'incapacité de travail est décisive. Ces assurances relèvent, pour la plupart, du droit des assurances privées. De par son devoir contractuel de fidélité envers son employeur, l'employé est tenu de fournir à l'assureur d'indemnités journalières un certificat médical contenant les informations nécessaires à la clarification de son cas. Si une assurance d'indemnités journalières est soumise exceptionnellement à la LAMal, le droit d'information de l'assureur est réglé par cette loi.¹¹⁶

Les informations sensibles doivent être transmises au médecin consultant de l'assureur privé d'indemnités journalières ou au médecin-conseil de la caisse-maladie tenue de verser ces indemnités. Les assureurs privés n'ont pas de médecin-conseil défini par la loi: les gestionnaires de cas («case manager») ne sont pas des médecins-conseils ni des médecins consultants. Toutefois, la FMH estime qu'en vertu des principes de la loi sur la protection des données, des informations médicales sensibles, dont l'évaluation nécessite un savoir médical, doivent aussi pouvoir être envoyées sous enveloppe cachetée pour examen au médecin consultant d'une assurance d'indemnités journalières privées.

Comme il n'existe pas de tarif officiel pour l'établissement de certificats et de rapports, on s'en remet aux lois du marché. En cas de doute, le tarif doit être convenu à l'avance. Pour les rares assurances d'indemnités journalières selon la LAMal, la facturation s'effectue en revanche selon le TarMed.

116 Art. 84 LAMal.

6.7 Rapports et facturation dans l'assurance-maladie

La caisse-maladie doit obtenir les informations «nécessaires». La fonction de filtre exercée par le médecin-conseil est primordiale pour la protection des données.

Informations nécessaires

Les lois sur les assurances sociales de la Confédération (LAMal, LAA, LAM, LAI) comprennent toutes un droit légal de l'assureur social à être informé. Néanmoins, ce droit est toujours limité aux informations «dont a besoin l'assureur pour remplir ses tâches». Ces tâches consistent entre autres à «établir le droit aux prestations, les calculer, les allouer et les coordonner avec celles d'autres assurances sociales; faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable ou établir des statistiques.»¹¹⁷ La question de savoir de quelles informations l'assureur-maladie a effectivement besoin et qui a le droit de les examiner au sein de la caisse-maladie dépend donc des questions concrètement posées:

- S'il s'agit d'examiner l'indication médicale d'un traitement, il revient au médecin-conseil de décider ce qu'il a besoin de savoir. (La FMH estime que la caisse-maladie n'a pas à demander de renseignements au médecin en vue d'un rapport à l'intention du médecin-conseil alors que ce dernier considère qu'ils sont inutiles.)
- Selon le Tribunal fédéral¹¹⁸, l'assureur-maladie a aussi le droit de demander des documents pour son médecin-conseil à des fins de contrôle par sondages. Dans le cas d'espèce, il s'agissait de rapports sur les soins et le contrôle des signes vitaux dans un home médicalisé. Le préposé fédéral à la protection des données estime à ce propos que «les assureurs [peuvent] demander uniquement ce dont ils ont besoin dans le cadre d'un examen concret. En d'autres termes, il faut avoir l'intention d'examiner en détail des cas déterminés. L'obligation systématique d'indiquer tous les diagnostics et de donner des informations médicales supplémentaires dans tous les cas sous forme d'automatisme équivaldrait à fournir des données en vue de réserves, ce qui ne correspondrait plus aux exigences légales. En effet, il faut, avec le TFA, partir du principe qu'en raison du nombre très élevé de factures transmises aux assurances, ces dernières sont dans l'impossibilité d'examiner chaque cas en particulier».¹¹⁹
- S'il s'agit de déterminer la compétence de la caisse, p. ex. face à l'assurance-accidents ou responsabilité civile, la caisse doit par contre obtenir pratiquement les mêmes informations que l'assureur LAA.
- Le Tribunal fédéral des assurances a décidé que le médecin-conseil peut aussi demander à un médecin tiers de lui remettre une prise de position objective sans devoir en informer préalablement l'assuré (K58/02 du 6.02.2003).

117 Art. 84 LAMal – Les énumérations figurant dans la LAA, LAM, LAI sont analogues sans être identiques.

118 ATF 133 V 359.

119 Site internet du Préposé à la protection des données et à la transparence concernant l'arrêt du Tribunal fédéral des assurances du 21 mars 2007 K 12 / 06.

Médecins-conseils en tant que filtres

Lorsque les circonstances l'exigent – et en particulier dans les cas où l'assuré le demande –, le médecin est tenu de fournir des informations médicales exclusivement au médecin-conseil. Ces informations sont envoyées directement à l'adresse du service du médecin-conseil de la caisse. L'assurance doit, de son côté, veiller à ce que ces lettres soient correctement transmises à l'intérieur de son administration (1C_44/2008 du 30.06.08). Si cet acheminement ne fonctionne pas, le médecin devrait envisager la possibilité d'envoyer son rapport au médecin-conseil personnellement à l'adresse de son cabinet privé. Dans les cas où le médecin-conseil doit approuver à l'avance un traitement, les rapports médicaux doivent bien entendu aussi parvenir directement au service du médecin-conseil sans passer par le département des prestations.

«Les médecins-conseils ne transmettent aux organes compétents des assureurs que les indications dont ceux-ci ont besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération ou motiver une décision. Ce faisant, ils respectent les droits de la personnalité des assurés.»¹²⁰

Le médecin-conseil de l'assurance de base est le seul à avoir un profil de qualification défini et une fonction de filtre garantie par la loi. Les gestionnaires de cas des assureurs-maladie agissent par contre dans un cadre qui n'est pas fixé légalement. C'est pourquoi l'assuré peut exiger en tout temps, même après avoir consenti auparavant à un système de gestion des cas, que les informations médicales sensibles ne soient communiquées qu'au médecin-conseil. Et seul un médecin-conseil peut procéder à des approbations préalables de traitements telles que les prévoit la LAMal, par exemple pour des réadaptations. (L'OFSP a rappelé ce point à l'Helsana en 2007.)

Outre l'assurance de base, les caisses offrent également des assurances privées. Sous la condition de l'accord du patient, ces dernières sont les seules autorisées à demander au médecin traitant de remplir un questionnaire de santé et de donner des renseignements sur ce dernier avant la conclusion d'un contrat.

Lorsque l'assurance de base et l'assurance complémentaire du même assureur sont concernées par un même cas de prestations, le médecin-conseil devrait aussi appliquer les règles de la LAMal à l'assurance complémentaire; en effet, la fonction de filtre du médecin-conseil, garantie par la LAMal, ne devrait pas être vidée de sa substance par une assurance complémentaire privée contractée chez la même caisse que l'assurance de base.¹²¹

En guise de «frein de secours» lui permettant de s'assurer de la protection des données, le patient peut renoncer au remboursement d'une prestation par la caisse dans un cas concret de traitement. Dans une telle situation, le secret du patient passe avant le droit légal d'information de la caisse.

120 Art. 57, 7e al. LAMal.

121 C'est ce qu'estiment tant la FMH que la Société suisse des médecins-conseils.

Factures

Le patient doit recevoir une facture détaillée et compréhensible. Le médecin est tenu de fournir les indications nécessaires afin que le patient puisse vérifier le calcul des prestations et leur caractère économique. L'assureur peut demander un diagnostic exact ou des renseignements supplémentaires de nature médicale.

Le patient devrait recevoir la facture en premier, la contrôler, et surtout décider s'il va l'envoyer à la caisse-maladie pour remboursement. Ce processus est aussi possible pour les factures électroniques lorsqu'elles ne sont pas directement envoyées à la caisse-maladie mais d'abord à un intermédiaire, à savoir un centre fiduciaire ou «trust center». Dès que le patient transmet la facture à la caisse, celle-ci peut automatiquement la consulter à l'écran sur l'interface informatique du centre fiduciaire.

Factures impayées

Il arrive que les factures impayées de certains patients s'accumulent chez les médecins qui, souvent, continuent sciemment à recevoir ces personnes en butte à des problèmes financiers. Dans ces situations, il est recommandé de prendre contact avec les services de la prévoyance sociale ou l'assistance publique (avec l'accord du patient).

Néanmoins, il existe aussi des mauvais payeurs qui ne sont pas des cas sociaux. Ici, le médecin peut partiellement se protéger, p. ex. en établissant ses factures à intervalles plus rapprochés, en refusant de continuer le traitement pour cause de factures impayées – à l'exception, bien entendu, des cas d'urgence – ou en exigeant un paiement comptant ou à l'avance. Si des factures demeurent impayées, le médecin peut engager des poursuites.

Les assureurs-maladie ont le droit d'ajourner la prise en charge des coûts dès qu'une réquisition de continuation de poursuite a été déposée dans une procédure de poursuites pour arriérés de primes. Dans ce contexte, il peut arriver qu'un médecin poursuive le traitement alors que l'assureur-maladie a déjà décidé de suspendre ses prestations. Le médecin ne peut en effet pas conclure à une suspension de prestations sur la seule base d'une absence de rémunération. Il n'existe malheureusement pas d'obligation de communiquer une telle suspension aux médecins.

Poursuites

Si le médecin veut confier un cas à une société de recouvrement ou mettre un patient aux poursuites, il ne doit fournir que peu de données: concrètement, il n'a le droit d'indiquer, dans le mandat d'encaissement ou la réquisition de poursuites, que les coordonnées personnelles du patient et, comme raison de la créance, la «facture du ...» et son montant. Il est superflu et donc inapproprié de fournir d'autres précisions telles que «traitement du ...», etc. Celui qui se limite à ce qui est nécessaire respecte le secret professionnel selon la jurisprudence du Tribunal fédéral¹²² et ne doit pas être délié dudit secret par l'autorité cantonale compétente.

122 cf. Robert Gmür, Secret médical et encaissement de créances d'honoraires BMS 34 / 2004; 1763 – 67.

6.8 Rapports et factures dans la LAA, la LAM et la LAI

L'employeur et l'employé accidenté doivent annoncer immédiatement un accident à l'assureur LAA. S'il existe un lien possible avec une période de service militaire accomplie, le médecin est tenu de déclarer le cas à l'assurance militaire. En vue d'assurer une détection précoce, l'assurance-invalidité prévoit nouvellement un droit d'annoncer une incapacité de travail à partir de 30 jours d'incapacité.

Rapports et factures dans la LAA

Lorsqu'un employeur ou une personne accidentée annoncent un accident, ils remettent au médecin traitant le certificat médical type figurant dans le formulaire d'annonce de cas bénins ou dans l'avis d'accident de l'assureur LAA concerné. Le médecin traitant en remplit la partie médicale et transmet les documents à l'assureur.

A la différence de la LAMal, l'activité du médecin conseil n'est pas expressément réglée dans la loi sur l'assurance-accidents (LAA). Dans des cas exceptionnels, le médecin devrait néanmoins, selon l'avis de la FMH, pouvoir adresser des informations médicales sensibles, dont l'évaluation nécessite un savoir médical, au médecin d'arrondissement de la SUVA ou au médecin consultant de l'assureur privé LAA. Ce médecin devrait procéder à un tri et filtrer les informations autant que possible.

La LAA exige en outre que le médecin remette à l'assureur une facture détaillée et compréhensible, en lui fournissant toutes les indications dont il a besoin pour évaluer le droit aux prestations. Comme l'assureur-accidents prend en charge tant le traitement que les indemnités journalières, et parce que la LAA est une assurance causale, l'assureur-accidents a souvent besoin de davantage d'informations qu'une caisse-maladie.

L'assureur-accidents paie directement la facture au fournisseur de prestations; l'assuré ne doit s'acquitter ni d'une quote-part ni d'une franchise.

Rapports et factures dans la LAM

Quand un médecin traite un cas ayant un lien probable avec une période de service militaire accomplie, il est tenu, conformément à la loi sur l'assurance militaire, de l'annoncer à la SUVA. S'il ne remplit pas ce devoir, il doit répondre des conséquences.

Dans la mesure où la LAM ne prévoit pas non plus la fonction de médecin-conseil, les modalités décrites pour la LAA s'appliquent par analogie. La facture du fournisseur de prestations est payée par la SUVA; l'assuré ne doit s'acquitter ni d'une quote-part ni d'une franchise.

Rapports et factures dans la LAI ¹²³

Depuis janvier 2008, la 5e révision de l'AI prévoit, à partir de 30 jours d'incapacité de travail, la possibilité d'une détection précoce et de mesures de réinsertion précoces afin d'éviter que le patient ne perde son emploi. L'assuré peut s'annoncer lui-même en vue d'évaluer un éventuel besoin d'une réinsertion précoce; mais cette annonce peut aussi être faite par des tiers, p. ex. par le médecin, l'employeur ou l'assureur d'indemnités journalières, et ce, même contre la volonté du travailleur.

Désormais, les assurés doivent, eu égard aux mesures de réinsertion précoces, autoriser leurs médecins non seulement à donner des renseignements, mais aussi «à fournir tous les documents nécessaires à l'enquête effectuée dans le cadre de la détection précoce.»¹²⁴

Une distinction doit être opérée entre l'annonce faite en vue d'une réinsertion précoce et la demande formelle visant des mesures de réinsertion dès qu'une personne est «menacée d'invalidité». Le pronostic d'une incapacité de travail à 20% suffit désormais pour envisager des mesures de reconversion.

Il revient dorénavant au médecin du Service médical régional (SMR) de constater la capacité de travail restante d'une personne à l'attention de l'AI.

Bien que l'incapacité de gain, l'exigibilité et le droit à la rente aient déjà été définis dans la LPGA et la LAI de manière appropriée, le Conseil fédéral et le Parlement ont revu ces définitions lors de la 5e révision de l'AI en les renforçant. Voici les nouveaux éléments:

- Selon la LPGA, «est réputée incapacité de gain toute diminution de l'ensemble ou d'une partie des possibilités de gain de l'assuré sur un marché du travail équilibré dans son domaine d'activité, si cette diminution résulte d'une atteinte à sa santé physique, mentale ou psychique et qu'elle persiste après les traitements et les mesures de réadaptation exigibles.»¹²⁵ Cette définition, en vigueur précédemment, reste valable. Désormais, la LPGA est complétée par l'alinéa suivant: «Seules les conséquences de l'atteinte à la santé sont prises en compte pour juger de la présence d'une incapacité de gain. De plus, il n'y a incapacité de gain que si celle-ci n'est pas objectivement surmontable.» Cette modification s'applique à toutes les assurances sociales, et donc aussi à la LAA et la LAM.

123 Concernant les modifications de la 5e révision de l'AI, voir l'article de S. Ritler, 5e révision de l'AI: de nouveaux instruments pour promouvoir la réadaptation, BMS 8 / 2008; p. 310s, et celui de HP. Kuhn, Carotte et bâton, BMS 8 / 2008, p. 312 – 16.

124 Art. 3c, 3e al. LAI.

125 Art. 7, 2e al. 2 (nouveau) LPGA.

- La notion d’invalidité selon la LPGA, valable pour toutes les lois sur l’assurance sociale, reste certes la même.¹²⁶ Mais l’exigibilité de mesures réadaptation est renforcée dans la 5e révision de la LAI: «Est réputée raisonnablement exigible toute mesure servant à la réadaptation de l’assuré, à l’exception des mesures qui ne sont pas adaptées à son état de santé.»¹²⁷ Cette modification s’applique seulement à la LAI, mais pas à la LAA ni à la LAM.
- Les critères du droit à la rente sont également rendus plus stricts. L’assuré a droit à une rente lorsque sa capacité de gain ou sa capacité d’accomplir ses travaux habituels ne peut pas être rétablie, maintenue ou améliorée par des mesures de réadaptation raisonnablement exigibles, lorsqu’il a présenté une incapacité de travail d’au moins 40% en moyenne durant une année sans interruption notable ou qu’au terme de cette année, il est invalide (art. 8 LPGA) à 40% au moins.¹²⁸ Cette modification n’est également valable que dans la LAI.

Les factures établies pour des mesures médicales de réadaptation et des rapports médicaux sont directement envoyées à l’office AI qui a donné les mandats correspondants. L’assuré ne s’acquitte ni d’une quote-part ni d’une franchise.

6.9 Certificats et rapports médicaux aux caisses de pension et aux assurances-vie

Dans le domaine supra-obligatoire, les caisses de pension peuvent émettre des réserves d’assurance. Elles doivent toutefois garantir la protection offerte jusqu’alors en matière de prévoyance professionnelle. L’assurance-vie étant une assurance privée, elle est basée sur le principe de la liberté de contracter et de la symétrie de l’information.

Caisses de pension

Les caisses de pension doivent respecter la loi sur le libre-passage dans la prévoyance professionnelle: la protection acquise dans ce domaine reste garantie lors de changements d’emploi, principe qui vaut aussi pour la partie supra-obligatoire. En d’autres termes, les caisses de pension n’ont pas le droit de soumettre à la personne concernée un questionnaire sur son état de santé, malgré l’assurance supra-obligatoire, si les prestations de prévoyance professionnelle assurées auprès de l’employeur précédent étaient aussi bonnes que les nouvelles.¹²⁹

126 Art. 8 LPGA.

127 Art. 7a (nouveau) LAI.

128 Art. 28 (nouveau) LAI. Le Parlement n’a certes pas voulu explicitement faire obstacle au droit à la rente des personnes atteintes de maladies psychiques (dont l’état est typiquement instable pendant longtemps ou pour toujours); la question de savoir pourquoi il a modifié cette définition reste toutefois ouverte.

129 Art. 14 de la loi sur le libre passage dans la prévoyance professionnelle: «La prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raisons de santé. Le temps de réserve déjà écoulé dans l’ancienne institution de prévoyance doit être imputé à la nouvelle réserve. Les conditions de la nouvelle institution de prévoyance sont applicables si elles sont plus favorables pour l’assuré.»

Les recommandations suivantes s'appliquent aux rapports médicaux dans les procédures d'asile:¹³³

- «Les rapports médicaux établis dans le cadre des procédures d'asile devraient, à notre avis, mettre l'accent sur une description aussi précise et professionnelle que possible des examens et constats effectués. Cette approche descriptive-syndromale permet ensuite de présenter les diagnostics posés de façon claire. Lorsque des maladies sont diagnostiquées, il convient d'apporter des précisions sur le traitement nécessaire. Les données de l'anamnèse sont à communiquer en tant que déclarations du requérant d'asile, sans évaluation ni commentaire. Il faut éviter de spéculer sur des liens de causalité. Le cas échéant, il suffit de déclarer sans plus que les constats effectués sont compatibles avec les indications recueillies lors de l'anamnèse.
- Si le requérant souffre d'un trouble de stress post-traumatique, cette situation doit être clairement constatée. Le fait que ce traumatisme a eu lieu ressort aussi automatiquement du diagnostic posé. Quant à savoir comment, quand et dans quelles conditions il s'est produit, le médecin traitant le détermine au cours du traitement, avec un degré de certitude suffisant à ses yeux, sur la base des intrusions et des cauchemars rapportés par le patient. Le fait que ces données n'aient pas une force de preuve juridique suffisante pour l'ODM fait partie des réalités de la procédure d'asile.»

L'autorité exige souvent des requérants d'asile qu'ils demandent un rapport médical à leurs propres frais. En vertu des principes généraux du droit administratif, les autorités devraient éclaircir d'office les questions médicales et prendre aussi en charge les coûts d'établissement des rapports médicaux nécessaires. Mais pour faire respecter cette prérogative, les requérants devraient s'adresser au juge compétent pour les questions d'asile.

133 cf. Thomas Maier, Rapports médicaux dans les procédures d'asile, BMS 6 / 2006; 225 – 29 (traduction).