



Projet e-HGP – Gestion des hospitalisations hors canton des patients domiciliés sur le canton de Genève; formulaire de demandes de paiement

Avis de droit du 30 novembre 2014

Mots clés: données personnelles, collecte et traitement de données, tiers de droit privé, loi sur la protection des données

Contexte: Stockage et traitement de données administratives de patients domiciliés à Genève hospitalisés hors du canton par une entreprise privée

Bases juridiques: art. 56 al. 3 litt. c LIPAD

1. Contexte

Le 22 mai 2014, M. Nicola Marzo, chef du secteur «planification et économie de la santé» au Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS), a sollicité du préposé cantonal un avis de conformité à la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données du 5 octobre 2001 (LIPAD; RS-Ge A2 08) pour la mise en place d'une application automatisée de gestion des hospitalisations hors canton des patients domiciliés sur le canton de Genève, développée par la société privée Abraxas Informatique SA et nommée eHGP.

Il est précisé qu'à l'heure actuelle, la gestion quotidienne des hospitalisations hors canton des patients domiciliés sur le canton de Genève se fait grâce à l'application SAM2000. Cette opération nécessite une saisie manuelle des factures concernant les demandes acceptées, effectuée à la Direction générale de la santé (DGS). Les factures sont payées par la direction financière du département. L'implémentation du nouvel outil, qui facilitera les saisies, devrait intervenir courant 2015.

Par ailleurs, depuis 2012, un changement de la législation fédérale permet dorénavant l'ouverture des frontières cantonales en matière d'hospitalisation. Selon l'art. 41 al. 3 de la loi sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMAL; RS 832.10): «*Si, pour des raisons médicales, l'assuré se soumet à un traitement hospitalier fourni par un hôpital non répertorié du canton de résidence, l'assureur et le canton de résidence prennent à leur charge leur part respective de rémunération au sens de l'art. 49a. A l'exception du cas d'urgence, une autorisation du canton de résidence est nécessaire*».

Concrètement, quand un patient se fait hospitaliser hors canton, l'hôpital qui a effectué le traitement demande une garantie de paiement au canton de domicile du patient. Ce document est ensuite envoyé au médecin conseil qui émet un préavis médical autorisant ou non le séjour. La DGS se prononce alors à l'attention de l'hôpital demandeur.

En date du 24 juin 2014, le Préposé cantonal s'est rendu à la Direction générale de la santé pour un entretien avec M. Nicola Marzo, Mme Mitsuko Kondo Oestreicher, médecin adjoint du chef de service, Mme Corinna Wyland, juriste à la DGS, Mme Annik Chamu, commise-administrative à la DGS et Mme Karin Marescotti, conseillère juridique aux Hôpitaux universitaires de Genève (HUG), qui lui ont présenté le projet.

Par courriel du 7 juillet 2014, M. Nicola Marzo a précisé souhaiter que l'analyse du Préposé cantonal porte sur le formulaire de demandes de paiement extra-cantonaux.

Par courrier électronique du 19 août 2014, M. Nicola Marzo a fait parvenir au Préposé cantonal un projet de contrat standard individuel de la part d'Abraxas Informatique SA. Il est notamment indiqué au chiffre 7 de ce document (protection et sécurité des données) que : *«Le client conserve la propriété des données confiées et demeure responsable de leur protection. En particulier, il fixe les modalités d'accès et détermine les conditions de transmission et d'utilisation de ses données. Abraxas utilise les données confiées selon les instructions du client. Abraxas protège les données du client qui sont en sa possession et qui lui sont confiées. Afin de prévenir tout risque d'abus ou de perte des données confiées, Abraxas prend toutes les mesures techniques et organisationnelles nécessaires, ceci en respect des exigences de la loi fédérale sur la protection des données ainsi que celles de la réglementation cantonale concernée. Les parties s'informent immédiatement de tout manquement constaté ou soupçonné concernant la protection et la sécurité des données. Elles s'assistent mutuellement pour l'élimination de ce manquement».*

Il est précisé enfin que le présent avis ne traite pas du cas du traitement du patient genevois hospitalisé dans une clinique privée.

2. Droit applicable

Traitement de données personnelles par un tiers de droit privé – Aspect protection des données

La loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD; RS 235) régit le traitement de données personnelles effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2 al. 1 LPD). Le Message du Conseil fédéral du 23 mars 1988 concernant la LPD précise ce qui suit : «L'expression "personnes privées" au sens de la présente loi désigne avant tout les personnes physiques ou morales de droit privé qui traitent des données. Sont aussi considérées comme personnes privées les personnes de droit public qui agissent selon le droit privé» (FF 1988 II 421, ad art. 2 et 3, p. 448).

La LPD n'est donc pas applicable quand les données sont traitées par des organes cantonaux (ATF 122 I 153, consid. 2c p. 155). Ce cas de figure est en principe régi par le droit cantonal de la protection des données.

Sont réservées les dispositions matérielles spéciales de la Confédération en la matière, à l'instar de l'obligation, pour les fournisseurs de prestations, d'annoncer aux caisses-maladie, dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins (AOS), les données médicales personnelles afin de vérifier le caractère économique des prestations (art. 42 al. 3 et 4 LAMAL).

Il faut en outre tenir compte de l'art. 37 LPD, qui prévoit l'applicabilité de dispositions matérielles de la loi sur la protection des données si, pour l'exécution du droit fédéral, il n'existe pas de dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat.

Le champ d'application des lois cantonales sur la protection des données doit évoluer dans le cadre du droit fédéral supérieur (Bernhard Waldmann/Magnus Oeschger, *in* Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (éd.), *Datenschutzrecht: Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011, § 13, ch. 13).

Autrement dit, ces lois cantonales doivent se limiter à réglementer le traitement des données par des organes cantonaux, tandis que le traitement des données par des organes fédéraux et des personnes privées est fixé de manière exhaustive dans la législation fédérale sur la protection des données (Bernhard Rüttsche, *Surveillance de la protection des données dans les hôpitaux suite à la mise en œuvre du nouveau financement hospitalier*, avis de droit du 31 mars 2012, n° 6 :

http://www.jgk.be.ch/jgk/fr/index/aufsicht/datenschutz/gesundheit.assetref/dam/documents/JGK/DS/fr/DS_Gutachten_Datenschutzaufsicht_Spitalfinanzierung_fr.pdf).

A ce propos, les al. 4 et 5 de l'art. 3 LIPAD disposent d'ailleurs que le traitement de données personnelles par une personne physique et morale de droit privé n'est pas soumis à cette loi et que le droit fédéral est réservé.

A teneur de son site Internet (<https://www.abraxas.ch/fr/>), Abraxas Informatique SA est une entreprise suisse experte dans le secteur des TIC qui offre une vaste gamme de prestations pour les administrations publiques et organisations étatiques. Il s'agit donc d'une personne morale de droit privé traitant de données personnelles.

En conclusion, le volet «protection des données» de la LIPAD ne sera pas applicable à Abraxas Informatique SA, cette dernière étant dès lors soumise à la seule LPD.

Traitement de données personnelles par un tiers de droit privé – Aspect transparence

Le champ d'application de la LPD ne coïncide pas exactement avec celui de la LIPAD. Cette différence est inéluctable et résulte déjà du fait que la loi fédérale sur la protection des données s'applique de plein droit aux personnes privées, qui ne peuvent dès lors en sus se voir imposer des règles destinées aux institutions publiques, sauf si et dans la mesure où elles sont chargées de remplir des tâches de droit public (Commentaire article par article du projet de loi cantonale sur la protection des données personnelles (PL 9870) *ad* art. 3 LPDP, p. 41).

A teneur de son art. 3 al. 2, la LIPAD s'applique également, sous réserve des al. 4 et 5 aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches. En d'autres termes, lorsqu'une entité de droit privé exécute, sur la base d'un contrat de droit administratif ou de droit privé, une tâche légale déléguée par une institution soumise à la LIPAD, cette entité est elle-même soumise seulement au volet «transparence» de la loi en ce qui concerne les informations traitées pour le compte de l'institution.

Pour l'applicabilité des lois cantonales sur la protection des données, peu importe si les organes agissant assument des tâches publiques pour un canton ou la Confédération. L'exécution du droit fédéral seule ne fait pas de l'organe agissant un organe de la Confédération. Les aspects suivants sont déterminants : l'organe en question est-il constitué selon le droit public du canton (notion organisationnelle de l'organe), assume-t-il des tâches publiques qui lui sont confiées par le canton ou des communes, qu'il s'agisse de tâches relevant du droit cantonal ou fédéral (notion fonctionnelle de l'organe) ? (Bernhard Rüttsche, *op. cit.*, n° 6).

En ce qui concerne le droit de l'assurance-maladie, l'art. 41a al. 1 LAMal prévoit une obligation d'admission. Dans les limites de leurs mandats de prestations et de leurs capacités, les hôpitaux répertoriés sont tenus de garantir la prise en charge de tous les assurés résidant dans le canton où se situe l'hôpital. En tant que telle, cette obligation d'admission ne fait pas de la fourniture de prestations hospitalières une tâche publique. Car elle est associée à des mandats de prestations confiés par des autorités cantonales. Elle ne remonte donc pas directement à un mandat du législateur, comme dans le cas des concessions : celles-ci peuvent aussi être liées à une obligation de prestation sans pour autant que l'activité bénéficiant d'une concession constitue nécessairement une tâche publique (Bernhard Rüttsche, *op. cit.*, n° 64)

L'art. 49a LAMal pourrait revêtir de l'importance pour la définition de la nature juridique des prestations hospitalières. Cette disposition règle la rémunération des prestations hospitalières. En vertu de l'art. 49a al. 1 LAMal, les rémunérations dues pour les prestations hospitalières AOS sont prises en charge par le canton et les assureurs, selon leur part respective (financement dual-fixe : Message LAMal 2007, FF 2004 5207, 5227). Le terme de «rémunération» utilisé dans le titre de l'article plaiderait pour que la fourniture de prestations hospitalières AOS constitue une tâche publique indemnisée par les impôts et les primes. Ici aussi, le terme choisi par le législateur peut être imprécis et ne dénote pas tel quel une tâche publique (Bernhard Rüttsche, *op. cit.*, n° 66).

Les prestations hospitalières ambulatoires ne sont pas couvertes par la planification des soins et les mandats de prestations qui en découlent au sens de l'art. 39 al. 1 let. d et e LAMal, ni par le régime de financement visé à l'art. 49a al. 1 LAMal. La rémunération duale-fixe par le canton et les assureurs-maladie ne sert qu'à rembourser les traitements hospitaliers AOS, y compris séjour et prestations de soins dans un hôpital (art. 49 al. 1 LAMal). Contrairement au secteur hospitalier, il n'existe pas, dans le secteur ambulatoire, de mandats de prestations relevant du droit fédéral permettant de concrétiser des tâches cantonales relatives aux soins (Bernhard Rüttsche, *op. cit.*, n° 87).

Il résulte de ce qui précède que la société Abraxas Informatique SA, qui assumera uniquement des tâches de facturation, ne s'est pas vu confier une tâche publique, de sorte qu'il n'est pas utile de continuer l'analyse sur ce point.

3. Notion de donnée personnelle

Par donnée personnelle, il faut comprendre toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable (art. 3 litt. a LPD; art. 4 lettre a LIPAD). Une telle identification peut être faite de multiples manières : par le biais du nom, du numéro de téléphone, de la date de naissance, de l'adresse, d'une adresse de courriel, d'une photo, d'un enregistrement vidéo, des empreintes digitales, de la voix, la reconnaissance de l'iris, de l'ADN, d'un numéro d'identification personnel (numéro AVS), d'une plaque d'immatriculation automobile, etc. L'identification peut donc être directe ou indirecte. La LPD et la LIPAD sont applicables à tout traitement de données à caractère personnel quel que soit le procédé utilisé.

Parmi les données personnelles, la LPD et la LIPAD distinguent les données sensibles (art. 3 litt. c LPD; art. 4 litt. b LIPAD) pour lesquelles une protection renforcée est prévue parce qu'elles relèvent de la sphère intime de chaque individu; les données concernant la santé en font partie (art. 3 litt. c ch. 2 LPD; art. 4 litt. b ch. 2 LIPAD).

Il est toutefois précisé que la collecte et le traitement envisagés par la société Abraxas Informatique SA ne concerneront pas des données relatives à la santé, mais uniquement des données administratives de patients.

Le document «Garantie de paiement pour traitements extracantonaux au tarif de l'hôpital traitant selon l'article 41.3 LAMAL», comprendra les données personnelles suivantes : nom, prénom, date de naissance, adresse, sexe, NAVS 13 et canton.

4. Principes en matière de traitement de données personnelles

Le traitement de données personnelles doit obéir à différents principes, consacrés tant par la LPD que par la LIPAD :

Licéité du traitement (art. 4 al. 1 LPD; art. 35 al. 1 et 2 LIPAD)

Le traitement de données personnelles ne peut se faire que d'une manière licite. Cela signifie qu'une telle action nécessite un motif justificatif, que ce soit sous forme de consentement de la personne concernée, d'un intérêt prépondérant public ou privé ou d'une loi.

Bonne foi (art. 4 al. 2 LPD; art. 38 LIPAD)

Il n'est pas permis de collecter des données personnelles sans que la personne concernée en ait connaissance, ni contre son gré. Quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données - par exemple en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement - viole le principe de la bonne foi. Il agit également contrairement à ce principe s'il collecte des données personnelles de manière cachée.

Proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD; art. 36 LIPAD)

En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données qui sont nécessaires et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée.

Finalité (art. 4 al. 3 LPD; art. 35 al. 1 LIPAD)

Conformément au principe de finalité, les données collectées ne peuvent être traitées que pour atteindre le but qui a été communiqué lors de leur collecte, qui découle des circonstances ou qui est prévu par la loi.

Collecte reconnaissable (art. 4 al. 4 LPD; art. 38 LIPAD)

La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Cette exigence de reconnaissabilité constitue une concrétisation du principe de la bonne foi et augmente la transparence d'un traitement de données. Cette disposition implique que selon le cours ordinaire des choses, la personne concernée doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (principe de prévisibilité). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la ou les finalités du traitement, soit que celles-ci lui sont indiquées à la collecte ou qu'elles découlent des circonstances.

Exactitude (art. 5 LPD; art. 36 LIPAD)

Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer de l'exactitude de ces dernières. Ce terme signifie également que les données doivent être complètes et aussi actuelles que les circonstances le permettent. La personne concernée peut demander la rectification de données inexactes.

Communications transfrontières de données (art. 6 LPD; art. 13 al. 5 et 6 RIPAD)

Pour éviter qu'une communication de données personnelles à l'étranger soulève de gros risques d'atteinte à la personnalité de la personne concernée (par exemple suite à une législation en matière de protection des données qui n'est pas adéquate), la loi prévoit en principe une interdiction d'une telle communication (art. 6 al. 1 LPD). Par «communication à l'étranger», on entend non seulement la transmission d'un fichier complet ou de parties substantielles de ce dernier, mais également la mise à disposition d'un accès par procédure d'appel (en ligne) ainsi que la transmission à un tiers qui traite les données sur mandat de celui qui les lui a transmises. Est exclu de cette interdiction la transmission de fichiers à des fins non personnelles, en particulier dans la recherche, la planification et la statistique, pour autant que la forme sous laquelle les données sont publiées exclue toute identification de la personne concernée. Par contre, à certaines conditions, le maître d'un fichier peut néanmoins transmettre des données personnelles à l'étranger (art. 6 al. 2 LPD).

A Genève, le règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 21 décembre 2011 (RIPAD; RSGe A 2 08.01) prévoit en son art. 13 al. 5 que les systèmes d'information et les systèmes informatiques d'une institution soumise au présent règlement permettant le traitement des données sensibles, des données fiscales, des données relatives à des élèves ou à des mineurs, ainsi que des données relatives au personnel, doivent garantir que, quelle que soit la technologie utilisée, aucun traitement de données ne survienne hors du territoire suisse. L'art.13 al. 6 RIPAD ajoute que le recours à des systèmes informatiques délocalisés ou dématérialisés (informatique en nuage) permettant l'exportation sur des serveurs distants de traitements traditionnellement localisés sur des serveurs locaux ou sur le poste de l'utilisateur, notamment par la fourniture d'une plateforme technique adaptée fournie par un hébergeur tiers est interdit pour toutes les données personnelles sensibles, quel que le soit le type de traitement envisagé; n'est possible pour les autres données que pour autant que l'intégralité du traitement survienne sur territoire suisse et que les institutions soumises au présent règlement concluent un contrat de droit public ou de droit privé tendant au traitement de données placées sous leur responsabilité. Il incombe alors à l'institution de veiller au respect de toutes les prescriptions visées aux alinéas 1 à 6.

5. Transmission de données personnelles d'une institution publique genevoise à un tiers de droit privé

A teneur de l'art. 39 al. 9 LIPAD, la transmission de données personnelles d'une institution publique soumise à la loi vers une entité de droit privé ne peut être envisagée qu'aux conditions alternatives suivantes:

- une loi ou un règlement le prévoit explicitement;
- un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.

En tant que service rattaché au Département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS), la DGS est soumise à la LIPAD (art. 3 al. 1 litt. a LIPAD).

Du moment qu'elle envisage de confier à la société Abraxas Informatique SA, soit une tierce personne de droit privé, un travail de facturation impliquant une communication de données personnelles, il faut donc qu'une loi ou un règlement le prévoit explicitement.

6. Conclusion

S'agissant tout d'abord du traitement de données personnelles, le Préposé cantonal constate qu'Abraxas Informatique SA est une personne morale de droit privé traitant de données personnelles.

De la sorte, cette société n'est pas soumise à la LIPAD. En effet, le volet «transparence» est exclu du fait de l'absence de tâche publique, le volet «protection des données» en vertu de l'art. 3 al. 4 et 5 LIPAD.

L'activité d'Abraxas Informatique SA est donc exclusivement régie par la LPD.

Si le projet aboutit, il conviendra de rendre l'entreprise attentive au respect des principes de traitement des données personnelles contenus dans la LPD. Ainsi, en matière de sécurité notamment, des mesures organisationnelles et techniques appropriées seront nécessaires de la part d'Abraxas Informatique SA pour que les données personnelles soient préservées de tout traitement non autorisé. Les systèmes doivent être protégés tout particulièrement contre: une destruction accidentelle ou non autorisée; des erreurs techniques; la falsification, le vol ou l'utilisation illicite; la modification, la copie, l'accès ou autres traitements non autorisés.

Si Abraxas Informatique SA entend traiter des données personnelles hors du territoire helvétique, il conviendra d'exiger de sa part des garanties suffisantes permettant d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger.

Le contrat liant la DGS et Abraxas Informatique SA devra prévoir des moyens de contrôle, par la DGS, du respect des clauses contractuelles liées à la protection des données.

En conclusion, étant donné l'absence de loi ou de règlement prévoyant explicitement la transmission de données personnelles de la DGS vers Abraxas Informatique SA, le Préposé cantonal formule les plus grandes réserves à l'encontre du projet qui lui a été soumis et recommande qu'une analyse juridique plus approfondie, qu'il ne lui appartient pas d'effectuer, soit menée par la DGS.

Stéphane Werly
Préposé cantonal