



## Requête en constatation du caractère illicite du traitement de données personnelles détenues par l'Office cantonal des assurances sociales

### Recommandation du 30 juin 2017

#### I. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence constate:

1. Par lettre non datée adressée à M. Jean-David Curchod, responsable LIPAD de l'Office cantonal des assurances sociales (OCAS), M. X. explique notamment:
  - Avoir déposé, le 2 juin 2015, une première demande de prestations AI suite à une maladie évolutive, laquelle n'a pas abouti en raison d'un degré d'invalidité inférieur à 40%.
  - Avoir déposé une deuxième demande le 10 mars 2016, laquelle a donné lieu à l'octroi d'une rente d'invalidité dès le 1<sup>er</sup> juin 2016.
  - Avoir accompagné sa première demande de prestations d'une procuration standard, signée le 23 juin 2015, autorisant le partage d'informations "*auprès de toutes les personnes et organes entrant en ligne de compte*".
  - S'être attendu à ce que les informations strictement médicales adressées à l'OCAS par ses médecins soient traitées comme des données personnelles sensibles et ne soient accessibles que par les médecins d'assurance désignés pour conseiller l'OCAS.
  - Avoir demandé à plusieurs reprises, sans succès, à être renseigné sur les contacts établis avec les personnes et instances faisant l'objet de sa procuration (identité et nature des documents échangés).
  - Avoir obtenu, dans un deuxième temps, une copie de son dossier administratif en mains de l'OCAS.
  - Avoir constaté que l'intégralité du dossier médical établi par son médecin spécialiste entre octobre 2012 et mars 2015 figurait dans ce dossier administratif.
  - Considérer que les organes de l'AI devaient distinguer entre son dossier médical et les questionnaires médicaux répondant à des questions spécifiques de l'OCAS, à l'instar de celles formulées dans le document "*Réadaptation professionnelle/Rente*" destiné aux médecins traitants.
  - Etre d'avis que: de tels questionnaires médicaux pourraient être partagés (avec son accord) avec des collaborateurs non médicaux soumis au secret de fonction et identifiables; son dossier médical n'est pas transmissible si bien que sa possession et sa rétention dans les dossiers administratifs de l'OCAS lui paraissent illicites.
  - Estimer que sa procuration ne peut être interprétée comme une autorisation ouverte à délier ses médecins du secret médical et encore moins à donner aux administrateurs de l'OCAS accès à son dossier médical.

- Juger que les principes de proportionnalité et de transparence invalident le refus de l'OCAS de lui communiquer l'identité des gestionnaires successifs de son dossier.
2. Le requérant termine en souhaitant obtenir de l'OCAS qu'il:
- Constate le caractère illicite de la présence de son dossier médical (rapports de consultation HUG) dans son dossier administratif de l'OCAS.
  - Supprime de son dossier administratif tous les rapports de consultation des HUG de l'OCAS.
  - L'informe de l'existence d'éventuelles copies transmises à des personnes ou instances affiliées à l'OCAS (y compris des entreprises privées).
  - Communique sa décision au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.
  - Lui indique l'identité et la fonction des personnes ayant eu accès à son dossier administratif de l'OCAS et de ce fait à son dossier médical.
3. Par courrier du 29 mars 2017 adressé au requérant, M. Curchod répond ce qui suit:
- *"Une déclaration signée en vue de bénéficier d'une prestation d'assurance-invalidité a pour effet que tous les tiers qui entrent en ligne de compte pour procéder à l'examen du cas sont obligés et autorisés à donner des renseignements à l'office compétent (art. 6a al. 1 LAI en relation avec l'art. 28 al. 3 LPGA). Cette règle est prévue pour l'ensemble du domaine des assurances sociales et le Tribunal fédéral a confirmé que l'autorisation figurant au bas du formulaire de demande de prestations de l'assurance-invalidité était conforme à la LPGA (notamment arrêts 9C\_250/2009 du 29 septembre 2009 et 9C\_814/2009 du 24 mars 2010).*
  - *L'octroi de ladite autorisation ne permet plus à la personne assurée de se plaindre d'une violation du secret de fonction ou du secret professionnel pour faire écarter les pièces jointes à son dossier. Dans la procédure de détection et d'intervention précoce, ce n'est que si l'assuré refuse de donner son consentement à la transmission de données le concernant que le médecin du Service médical régional (SMR) peut les demander au médecin traitant de l'assuré, ce dernier étant alors délié de son obligation de garder le secret. Ce procédé est conçu comme une ultime solution au cas où l'assuré ne délierait pas lui-même le médecin de cette obligation (art. 3c al. 4 LAI). Nous insistons sur le fait que l'autorisation en question ne permet que la production de renseignements qui sont en rapport étroit avec la demande concrète de prestations et n'est jamais le prétexte à une recherche indéterminée d'informations... Notre institution a fait usage de l'autorisation qui lui est conférée dans le cadre étroit de son pouvoir d'instruction et de la mission qui lui est confiée par le droit fédéral. A l'exception de la correspondance figurant dans le dossier qui vous a été remis, aucune pièce ni information n'a été communiquée à des personnes ou institutions liées à notre assurance.*
  - *Quant à la transmission des pièces médicales par les médecins-traitants, nous tenons à préciser ce qui suit: Le SMR, qui assiste l'office AI dans l'examen des conditions médicales du droit aux prestations, ne se saisit pas d'office des actes d'instruction à accomplir dans la procédure AI. A réception de la demande déposée par une personne assurée, ce sont en effet nos collaborateurs qui sont responsables du bon déroulement de la procédure d'instruction. Ceux-ci ouvrent le cas d'assurance, se procurent les données et documents que la décision requiert et réunissent les renseignements sur l'état de santé, la situation*

*financière, l'aptitude à la réadaptation et la capacité de travail ou de gain de la personne assurée. C'est donc l'administration elle-même qui fixe les mandats, décide quels dossiers sont soumis au SMR pour examen et contrôle si les avis sont en conformité avec les exigences légales (art. 59 al. 2bis LAI). Par conséquent, l'idée selon laquelle les données ne doivent être adressées qu'au médecin-conseil de l'assureur, valable dans le régime de l'assurance-maladie, ne trouve pas application dans le domaine de l'assurance-invalidité, où c'est le collaborateur de l'office AI qui doit pouvoir en disposer. Nous vous confirmons ainsi que les personnes chargées d'intervenir dans l'instruction de votre demande de prestations ont accès aux pièces médicales de votre dossier, qui en font partie intégrante. C'est la raison pour laquelle ces derniers sont strictement tenus au secret de fonction. Les médecins-traitants sollicités peuvent ainsi, sans craindre aucune conséquence défavorable pour leur patient, remettre à l'administration les données sollicitées. Sur la base de ces considérations, nous constatons que la présence des pièces médicales contenues dans votre dossier AI est conforme à la loi".*

4. La possibilité de requérir la médiation du Préposé cantonal était mentionnée.
5. Par courrier du 2 avril 2017 adressé à M. Curchod, le requérant relève:
  - *"Je ne conteste évidemment pas l'application de l'article 6a al. 1 LAI, mais bien son interprétation, soit la prétendue nécessité pour les gestionnaires de mon dossier AI d'avoir accès à l'intégralité de mes données médicales pour établir mon droit aux prestations. L'arrêt 9C\_814/2009 du Tribunal fédéral, dont vous reprenez mot pour mot la formulation, ne reconnaît comme licite que la production de renseignements en rapport étroit avec la demande concrète de prestations et plus loin l'autorisation expresse aux tiers concernés à ne donner aux organes de l'assurance-invalidité que les renseignements nécessaires et seulement ceux-ci à l'examen de la demande.*
  - *Les arrêts du Tribunal fédéral auxquels vous faites référence (9C\_250/2009 et 9C\_814/2009) rappellent simplement que le formulaire standard de demande de prestations de l'assurance-invalidité s'avère conforme à l'art. 28 al. 3 LPGA. Or, ce même article spécifie que le requérant est tenu d'autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations...l'accès obtenu par vos collaborateurs à l'intégralité de mon dossier médical me paraît donc illicite car hors de proportion au regard de ce qui était nécessaire pour établir mon droit aux prestations... Comme je le mentionnais ailleurs, un dossier médical contient a priori un certain nombre de données sensibles n'ayant rien de pertinent pour la détermination d'une rente AI.*
  - *Accepter qu'un dossier médical soit examiné et analysé de prime abord par des collaborateurs non-médicaux de l'office AI me paraît inapproprié et éthiquement discutable, et ceci sans remettre en cause la rigueur professionnelle de ces personnes".*
6. M. X. termine en prenant *"note de ce qu'aucune autre pièce ni information n'a été communiquée à des personnes ou institutions liées à votre assurance. Ces informations répondent au point n°3 de ma requête et je vous en remercie".*
7. Par lettre du même jour, le demandeur s'est par ailleurs adressé au Préposé cantonal pour solliciter sa médiation. Il précise être bien conscient que la mission de ce dernier

s'inscrit dans le cadre de la LIPAD, mais qu'étant médecin, il souhaite aussi mentionner certains aspects éthiques importants qui feront l'objet d'autres démarches.

8. Alors même qu'en matière de prétentions concernant les données personnelles, la médiation n'est pas un préalable prévu avant la rédaction d'une recommandation, une séance de médiation a été organisée, suite à cette possibilité évoquée par l'OCAS dans son courrier du 29 mars 2017.
9. La médiation s'est tenue le 3 mai 2017. Elle n'a pas abouti.

## **II. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence observe en droit:**

10. Entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2002, la LIPAD pose le principe de la transparence des institutions publiques. Son but est de favoriser la libre formation de l'opinion et à la participation à la vie publique des citoyennes et des citoyens. A ce titre, la loi leur donne des droits en matière d'accès aux documents en lien avec les activités des institutions publiques.
11. En 2008, la loi a fait l'objet d'une révision importante: la protection des données personnelles a été ajoutée au volet transparence. De la sorte, un autre objectif figure désormais dans le texte: protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant.
12. La LIPAD est applicable aux institutions publiques genevoises, en particulier aux *"établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi que leurs administrations et les commissions qui en dépendent"* (art. 3 al. 1 litt. c LIPAD). L'Office cantonal des assurances sociales, qui regroupe la Caisse cantonale genevoise de compensation et l'Office de l'assurance-invalidité, est un établissement de droit public autonome doté de la personnalité juridique, ainsi que le précise l'art. 1 al. 2 de la loi relative à l'office cantonal des assurances sociales du 20 septembre 2002 (LOCAS; RSGe J 4 18). La LIPAD lui est bien applicable.
13. Par donnée personnelle, il faut comprendre: *"toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable"* (art. 4 litt. a LIPAD). Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve bien face à des questions relatives à la protection de données personnelles.
14. Les données personnelles sensibles comprennent les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles; la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b LIPAD).
15. La loi énonce un certain nombre de principes généraux régissant la protection des données personnelles (art. 35 à 38 LIPAD), soit en particulier:
  - **Légalité** (art. 35 al. 1 LIPAD). Les institutions publiques ne peuvent traiter de telles données que si l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire. Ainsi, par exemple, il est normal qu'un hôpital, un service de santé de la jeunesse ou de médecine dentaire traite de données sur la santé et qu'il ouvre des dossiers concernant les patients soignés. Tel n'est en revanche pas le cas d'un service de ressources humaines dont ce n'est pas la vocation.
  - **Bonne foi** (art. 38 LIPAD). Les données doivent avoir été obtenues de manière loyale, en toute connaissance des personnes concernées.

- **Proportionnalité** (art. 36 LIPAD). Seules peuvent être collectées les données personnelles aptes et nécessaires à atteindre un but déterminé.
  - **Finalité** (art. 35 al. 1 LIPAD). Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but indiqué lors de leur collecte, prévu par une loi ou qui ressort des circonstances.
  - **Exactitude** (art. 36 LIPAD). Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes (par exemple qu'elles ont été saisies correctement ou qu'il n'y a pas eu confusion). A défaut, elles doivent être corrigées ou mises à jour.
  - **Sécurité** (art. 37 LIPAD). Les données doivent être protégées, tant sur le plan technique que juridique, conformément aux risques présentés par la nature des données en cause, à la lumière de l'ingérence à la sphère privée des personnes concernées.
  - **Destruction des données** (art. 40 LIPAD). Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi. Ce dernier principe touche précisément le droit à l'oubli, selon lequel, dans un cas particulier, certaines informations n'ont plus à faire l'objet d'un traitement par l'institution publique concernée
16. Le droit d'accès aux données personnelles institué par l'art. 44 al. 1 LIPAD traite de la possibilité pour une personne de demander au responsable de l'institution publique requise si des données la concernant sont traitées et, le cas échéant, que soient communiquées: "*a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données; b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers*" (art. 44 al. 2 LIPAD).
17. A la forme, l'art. 45 LIPAD prévoit que "*la communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement*".
18. L'art. 47 LIPAD détermine, par ailleurs, les prétentions que toute personne physique ou morale de droit privé peut exiger des institutions publiques à propos des données la concernant, soit qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, le cas échéant qu'elles mettent fin à un tel traitement et en suppriment les effets, ou qu'elles constatent le caractère illicite de ce traitement, qu'elles détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires (sauf disposition légale contraire), rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées, ou fassent figurer, en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, une mention appropriée, à transmettre également lors de leur communication éventuelle.
19. Sur ce point, le projet de loi sur la protection des données personnelles<sup>1</sup> relevait: "*Outre le droit d'accès, le projet de loi prévoit à l'instar de la loi fédérale, le droit d'exiger des institutions publiques qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, qu'elles mettent fin à un traitement illicite et en suppriment les effets, constatent le caractère illicite et s'abstiennent de communiquer les données personnelles à des personnes privées à des fins d'exploitation commerciale. Cas échéant, les institutions publiques, sur requête, devront détruire les données non pertinentes ou non nécessaires, rectifier, compléter ou mettre à jour celles-ci, faire figurer une mention appropriée en regard de*

<sup>1</sup> Projet de loi sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12) présenté par le Conseil d'Etat le 7 juin 2006, PL 9870, page 56, <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL09870.pdf>

celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, voire publier leur décision ou la communiquer à d'autres institutions publiques ou des tiers. La mise en œuvre des principes décrits à l'article 14 LPDP n'implique pas encore nécessairement le fait de prévoir pour chaque application des fonctionnalités très développées, comme pourraient le craindre les institutions visées par le champ d'application de la loi. De nombreuses manières de procéder peuvent permettre d'aboutir au résultat visé par la loi et il doit être laissé aux institutions la souplesse et la liberté de les définir précisément. La contrepartie à cet important investissement en vue de réaliser une mise en œuvre effective de la loi consiste cependant dans la possibilité de se greffer, dans une large mesure, sur l'organisation déjà existante mise en place pour appliquer la LIPAD. L'article 17, alinéa 2 LPDP précise que le droit d'obtenir des institutions les actions sollicitées n'existe que «sauf disposition légale contraire», afin de réserver notamment aussi bien les règles particulières de la LArch relatives à la destruction des dossiers".

20. Si l'OCAS a mentionné la possibilité d'une médiation, c'est bien sur l'art. 49 LIPAD qu'il aurait dû se baser. Selon cette norme, une institution publique qui n'entend pas donner suite à une prétention fondée sur les art. 44, 47 ou 48 LIPAD doit transmettre la requête au Préposé cantonal avec ses observations afin qu'il rende une recommandation écrite à son attention:

**Art. 49 Phases non contentieuses**

<sup>1</sup> Toute requête fondée sur les articles 44, 47 ou 48 doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré.

<sup>2</sup> Le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent au regard des procédures adoptées au sein de son institution en application de l'article 50.

<sup>3</sup> S'il fait intégralement droit aux prétentions du requérant, il l'en informe.

<sup>4</sup> S'il n'entend pas faire droit intégralement aux prétentions du requérant ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles.

<sup>5</sup> Le préposé cantonal instruit la requête de manière informelle, puis il formule, à l'adresse de l'institution concernée et du requérant, une recommandation écrite sur la suite à donner à la requête.

<sup>6</sup> L'institution concernée statue alors par voie de décision dans les 10 jours sur les prétentions du requérant. Elle notifie aussi sa décision au préposé cantonal.

21. L'exposé des motifs à l'appui du projet de loi sur la protection des données personnelles<sup>2</sup> précisait, s'agissant de cette disposition: "Le fait de demander au responsable de saisir le préposé cantonal n'exclut pas un dialogue entre les différentes parties concernées ni un certain bon sens, pas plus que des échanges réguliers et informels avec ce dernier, ce qui, à terme, permettra aussi d'harmoniser le plus possible les solutions retenues. Par ailleurs, la communication de la recommandation écrite du préposé également au requérant permet à ce dernier, cas échéant, de retirer sa requête, et d'éviter ainsi une procédure contentieuse. L'institution concernée peut quant à elle modifier sa position à l'égard du requérant, sur la base de la recommandation écrite. Il est dès lors doublement légitime que le requérant se voie adresser la copie de la recommandation et on ne saurait postuler de manière irréfutable que la décision prise par l'institution soit nécessairement contraire aux prétentions du requérant".

---

<sup>2</sup> Op. cit. note 1, page 73, <http://ge.ch/grandconseil/data/texte/PL09870.pdf>

### III. Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence considère:

22. Le Préposé cantonal constate que la notion de santé recouvre *"toutes les informations qui permettent de tirer, directement ou indirectement, des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne"*<sup>3</sup>. Dès lors, les notes sur le déroulement d'un traitement, les descriptions de symptômes, les diagnostics, les prescriptions médicales, les résultats d'analyses ou les radiographies, les données génétiques sont autant d'exemples d'informations concernant la santé d'une personne dont la collecte et le traitement nécessite une protection spéciale.
23. Les données sur la santé constituent des données personnelles sensibles au sens de l'art. 4 litt. b ch. 2 LIPAD.
24. En dehors des milieux médicaux, les données concernant la santé sont aussi utilisées dans des domaines comme les assurances ou la recherche scientifique.
25. Ainsi, lorsqu'il s'agit de traiter de telles informations, qualifiées de données personnelles sensibles, de multiples textes légaux (cantonaux et fédéraux) sont susceptibles d'entrer en ligne de compte.
26. Sur le plan juridique, le secret médical constitue un volet du secret professionnel protégé par l'art. 321 du code pénal suisse du 21 décembre 1937<sup>4</sup>. Il impose aux médecins, dentistes, pharmaciens, sages-femmes ainsi qu'à leurs auxiliaires de tenir secrètes les informations qui leur ont été confiées en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci. Il n'a pas vocation à protéger le médecin, mais la sphère personnelle du patient. L'art. 321 ch. 2 CP précise que 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.
27. Le secret de fonction (art. 320 CP) joue aussi un rôle essentiel dans la protection des données personnelles médicales traitées par les institutions publiques. Contrairement au secret médical, qui vise spécifiquement les médecins et leurs auxiliaires, le secret de fonction s'adresse à tout membre du personnel d'une institution publique, d'une commission officielle, d'un conseil d'administration ou de fondation d'une institution publique, peu importe son niveau hiérarchique et sa profession. Outre l'art. 320 CP, le secret de fonction est par ailleurs confirmé dans les différentes lois genevoises concernant le personnel de l'administration cantonale, de la police et de l'instruction publique de la façon suivante: *"les membres du personnel de la fonction publique sont soumis au secret de fonction pour toutes les informations dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions dans la mesure où la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, ne leur permet pas de les communiquer à autrui"*.
28. A titre comparatif, la communication de données dans le domaine de l'assurance-maladie obligatoire est régie par la loi fédérale sur l'assurance-maladie du 18 mars 1994 (LAMal; RS 832.10). Dans tous les cas, l'assureur reçoit les indications dont il a besoin pour vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation (art. 42 al. 3 LAMal). Néanmoins, il ne faut communiquer un diagnostic exact à l'assureur que dans des cas d'espèce et sur demande; il peut en effet en faire la demande conformément à l'art. 42 al. 4 LAMal.

---

<sup>3</sup> ATF 119 II 122; JT 1994 I 598.

<sup>4</sup> CP; RS 311.0.

29. Le Préposé cantonal a connaissance d'un arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7375/2006, du 7 décembre 2007, relatif à un assuré genevois, concernant l'indépendance du service du médecin-conseil par rapport au reste de la caisse-maladie intéressée en examinant l'ensemble des mesures de sécurité existantes pour garantir la confidentialité des données médicales détenues par le médecin-conseil de l'assurance, en empêchant leur accès par le reste du personnel de la caisse. C'est ainsi que le Tribunal administratif fédéral a examiné les modalités relatives à la gestion du courrier entrant et sortant, au raccordement téléphonique et au téléfax, au classement des dossiers, au système informatique, aux archives, au secrétariat du médecin-conseil, à l'organigramme de la structure et au positionnement du service dans cet organigramme, à l'existence ou non d'éventuelles instructions données par la hiérarchie de l'institution en concluant que l'indépendance lui paraissait correctement assurée: *"A cette époque, le service se trouvait dans des locaux séparés dont l'accès au personnel de l'assurance n'était pas possible, sauf pour quelques personnes disposant d'un passe-partout pour des raisons de sécurité. Le courrier destiné au service médecins-conseils n'était pas ouvert par l'assurance et était classé selon un système garantissant la non-transmission des données personnelles sensibles à l'assurance. Le téléphone et le téléfax étaient raccordés de telle manière que l'on puisse atteindre directement les médecins-conseils, sans devoir passer par l'assurance. Les dossiers du service médecins-conseils étaient séparés de ceux de l'assurance, gérés selon un système propre à ce service et entreposés dans des archives séparées. Le système informatique comportait un disque réservé au service des médecins-conseils, dont l'accès était limité par des codes d'accès définis par le service lui-même. Par ailleurs, les documents confidentiels étaient enregistrés de manière neutre selon un programme spécial, afin que leur confidentialité soit garantie dans les dossiers informatiques accessibles à l'assurance. Certes, le service médecins-conseils était rattaché au Département clientèle privée de l'assurance, de sorte que, selon l'organigramme, il y était subordonné. Cet élément pourrait faire douter de l'indépendance du service médecins-conseils vis-à-vis de l'assurance. Le dossier a toutefois permis de démontrer qu'il ne s'agissait que d'un lien formel et que, dans les faits, le service était autonome et ne recevait aucune injonction de la part de ce département. Ce rattachement a du reste heureusement été supprimé par l'intimée, sans que des changements dans le fonctionnement du service médecins-conseils n'aient été relevés. Enfin, ni le personnel, ni le Dr. D. \_\_\_\_\_ lui-même n'étaient soumis à des directives, injonctions ou devaient réaliser des objectifs directement liés aux activités de médecins-conseils, étant précisé que les objectifs mis au Dr. D. \_\_\_\_\_ étaient uniquement axés sur la qualité du service médecins-conseils et sur la formation continue"* (consid. 6.4).
30. Le Préposé cantonal tient encore à mentionner l'arrêt 6B\_1199/2016, du 4 mai 2017, dans lequel le Tribunal fédéral tranche pour la première fois un cas de violation du secret professionnel par un médecin-conseil d'un employeur. Il considère notamment, comme l'instance précédente, que le médecin-conseil d'une assurance doit lui aussi se limiter à la transmission d'informations nécessaires pour répondre à des questions concrètes. Il juge que le rapport rédigé par le médecin-conseil contenait des informations sans pertinence pour la question de l'incapacité de travail, et que le professionnel devait savoir qu'il ne pouvait les transmettre sans autre à l'employeur. Commentant cette décision, Gloor relève: *"Bien qu'il ne soit pas chargé d'un diagnostic ou d'une mesure thérapeutique, le médecin-conseil de l'employeur est médecin; à l'issue de l'examen, il dresse un constat («Befund») sur l'état de santé de l'examiné, et notamment, sur la capacité de travail de ce dernier. Il s'agit, à l'évidence, de données sensibles récoltées et traitées en vertu de sa profession. Le secret professionnel couvre tout ce que l'explorandus a pu lui confier, oralement, lors d'un rendez-vous en son cabinet, ou sur papier ou support électronique, en lui faisant transmettre son dossier médical. Il couvre également toutes les informations qu'il a pu donner au médecin-conseil et qui touchent à d'autres domaines de sa sphère privée: famille, salaire,*



*patrimoine, situation et projets professionnels. Le secret s'exerce erga omnes, à l'égard de tout tiers, y compris à l'égard de l'employeur de l'intéressé*<sup>5</sup>. S'agissant de l'art. 321 ch. 2 CP, il écrit: "L'examen par le médecin-conseil suppose le consentement préalable du travailleur, d'une part, et, avant la communication, à l'employeur, des résultats de l'examen et de toute autre information sensible – une seconde autorisation du travailleur. Ces autorisations peuvent être données oralement ou par comportement concluant – mais, il incombe au praticien, de s'assurer de la preuve d'avoir obtenu ces consentements, ainsi que la preuve du fait que ces consentements lui aient été accordés en connaissance de cause"<sup>6</sup>.

31. En matière d'assurance sociale, l'art. 28 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales du 6 octobre 2000 (LPGA; RS 830.1) prescrit: "<sup>1</sup> Les assurés et les employeurs doivent collaborer gratuitement à l'exécution des différentes lois sur les assurances sociales. <sup>2</sup> Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues. <sup>3</sup> Le requérant est tenu d'autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements, pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations. Ces personnes et institutions sont tenues de donner les renseignements requis".
32. S'agissant de l'obligation de garder le secret par les assureurs sociaux, l'art. 33 LPGA indique: "Les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers".
33. Selon Anne-Sylvie Dupont, Professeure de droit de la sécurité sociale à l'Université de Genève: "Au plan interne, les communications doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'assurance. Ainsi, on évitera par exemple de communiquer à un employé de l'assureur l'existence d'un dossier ouvert au sujet de l'un de ses proches. Sur le plan technique, on peut douter qu'un système informatique qui permet à tous les collaborateurs, indépendamment de leur fonction, d'accéder à l'intégralité des dossiers gérés par l'assurance soit conforme à l'art. 33 LPGA"<sup>7</sup>.
34. L'art. 6a al. 1 de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI; RS 831.20) du 19 juin 1959 précise, s'agissant de l'autorisation de donner des renseignements: "En faisant valoir son droit aux prestations, l'assuré, en dérogation à l'art. 28, al. 3, LPGA, autorise les personnes et les instances mentionnées dans sa demande à fournir aux organes de l'AI tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir ce droit et le bien-fondé de prétentions récursoires. Ces personnes et ces instances sont tenues de fournir les renseignements requis". Selon l'al. 2, "Les employeurs, les fournisseurs de prestations au sens des art. 36 à 40 LAMal, les assurances et les instances officielles qui ne sont pas mentionnés expressément dans la demande sont autorisés à fournir aux organes de l'AI, à la demande de celle-ci, tous les renseignements et les documents nécessaires pour établir le droit de l'assuré aux prestations et le bien-fondé de prétentions récursoires. L'assuré doit être informé des contacts établis avec ces personnes et ces instances".

---

<sup>5</sup> Werner Gloor, Le secret professionnel du médecin-conseil de l'employeur; analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 6B\_1199/2016, Newsletter DroitDuTravail.ch juin 2017, p. 9.

<sup>6</sup> Werner Gloor, op. cit. note 5, p. 10.

<sup>7</sup> Anne-Sylvie Dupont, La protection des données confiées aux assureurs, in J.-P. Dunand, P. Mahon (éd.), La protection des données dans les relations de travail, Genève/Zurich/Bâle 2017, p. 213.

35. Aux termes de l'art. 59 al.2<sup>bis</sup> LAI, "*Les services médicaux régionaux sont à la disposition des offices AI pour évaluer les conditions médicales du droit aux prestations. Ils établissent les capacités fonctionnelles de l'assuré, déterminantes pour l'AI conformément à l'art. 6 LPGA5, à exercer une activité lucrative ou à accomplir ses travaux habituels dans une mesure qui peut être raisonnablement exigée de lui. Ils sont indépendants dans l'évaluation médicale des cas d'espèce*".
36. Relevant les particularités de l'assurance-invalidité, Anne-Sylvie Dupont remarque: "*Dans le domaine de l'assurance invalidité, l'accès par l'assureur aux données de l'assuré est d'autant plus facile que le dépôt d'une demande de prestations emporte automatiquement libération du secret médical et professionnel à l'égard de toutes les autres personnes et instances mentionnées dans le formulaire de demande [art. 6a al. 1 LAI]. Toutes les autres personnes, notamment les employeurs, susceptibles de détenir des informations au sujet de l'assuré et qui ne sont pas formellement mentionnées dans le formulaire de demande sont, de par la loi, libérées du secret médical, respectivement du secret professionnel, à l'égard des organes de l'assurance-invalidité [art. 6a al. 2 LAI]*"<sup>8</sup>.
37. Le Tribunal fédéral, dans un arrêt 9C\_250/2009 du 29 septembre 2009, a considéré que l'autorisation figurant au bas du formulaire de demande de prestations de l'assurance-invalidité était conforme à l'art. 28 al. 3 LPGA. Selon lui, "*Même si le cercle des personnes concernées pouvait sembler à première vue général et abstrait, l'autorisation ne permettait que la production de renseignements qui étaient en rapport étroit avec la demande concrète de prestations et n'apparaissait pas comme le prétexte à une recherche tous azimuts d'informations. En signant le formulaire de demande, l'assuré autorisait expressément les tiers concernés à ne donner aux organes de l'assurance-invalidité que les renseignements nécessaires - et seulement ceux-ci - à l'examen de la demande. Cette autorisation était non seulement conforme à la loi, mais également appropriée au regard des principes de célérité et d'économie de la procédure. Le requérant avait en effet un intérêt légitime à voir sa demande de prestations être traitée le plus rapidement possible, sans que les mesures d'instruction ne se prolongent ou se multiplient à l'excès (voir également RCC 1977 p. 23 ad art. 65 RAI), l'assuré demeurant par ailleurs libre de contester en tout temps la valeur probante des pièces recueillies ou de demander la mise en œuvre de mesures d'instruction supplémentaires*" (cons. 3.4).
38. Sur le site de l'Office cantonal des assurances sociales se trouve le formulaire de demande de prestations AI pour adultes<sup>9</sup>. Le point 7 traite de l'autorisation de communiquer des renseignements: "*En faisant valoir son droit aux prestations et en signant ce formulaire, la personne assurée ou son/sa représentant/e autorise les personnes et offices mentionnés dans la demande à communiquer aux organes de l'assurance-invalidité tous les renseignements et documents nécessaires pour l'examen du droit aux prestations et de recours en vue de la prise d'une décision. Ces personnes et offices sont soumis à l'obligation de renseigner. Les employeurs qui ne sont pas nommément mentionnés dans ce formulaire, les fournisseurs de prestations en vertu des articles 36–40 de la loi fédérale sur l'assurance maladie (LAMal), les assurances et les offices sont autorisés à communiquer aux organes de l'assurance-invalidité, sur leur demande, tous les renseignements et documents nécessaires pour l'examen du droit aux prestations et de recours en vue de la prise d'une décision. En signant ce formulaire, la personne assurée ou son/sa représentant/e ou des avocat-e-s donne son autorisation pour recourir aux renseignements de tiers. L'ensemble des personnes et autorités, désignées dans le cadre de la présente autorisation, sont libérées par la*

<sup>8</sup> Anne-Sylvie Dupont, op. cit. note 7, p. 201.

<sup>9</sup> [https://form02.ahv-iv.ch/orbeon/fr/IV/001\\_004/new](https://form02.ahv-iv.ch/orbeon/fr/IV/001_004/new)

*personne assurée de leur obligation de garder le secret, qu'il s'agisse du secret de fonction ou du secret professionnel, vis-à-vis des organes de l'assurance-invalidité".*

39. Le requérant a signé cette autorisation en date du 23 juin 2015.
40. Le Préposé cantonal remarque qu'en signant ce formulaire, le requérant a expressément autorisé les tiers concernés à donner aux organes de l'assurance-invalidité les renseignements et documents nécessaires - et seulement ceux-ci - à l'examen de sa demande. Comme le souligne l'arrêt 9C\_250/2009 du 29 septembre 2009, cette autorisation était conforme à la loi et appropriée au regard des principes de célérité et d'économie de la procédure.
41. A cet égard, le Préposé cantonal n'a pas à douter de la position de l'OCAS, selon laquelle *"l'autorisation en question ne permet que la production de renseignements qui sont en rapport étroit avec la demande concrète de prestations et n'est jamais le prétexte à une recherche indéterminée d'informations"*.
42. En outre, en signant ce formulaire, le requérant a libéré l'ensemble des personnes et autorités désignées de leur obligation de garder le secret, qu'il s'agisse du secret de fonction ou du secret professionnel, vis-à-vis des organes de l'assurance-invalidité, ce qui est conforme à l'art. 6a LAI.
43. Le Préposé cantonal a bien compris que si le Service médical régional assiste l'office AI dans l'examen des conditions médicales du droit aux prestations, ce sont les collaborateurs de l'OCAS qui, à la réception d'une demande AI, sont responsables du bon déroulement de la procédure d'instruction et décide notamment quels dossiers sont soumis au SMR pour examen et contrôle si les avis sont en conformité avec les exigences légales, conformément à l'art. 59 al.2<sup>bis</sup> LAI. Ces personnes ont donc accès au dossier médical de l'assuré.
44. Le Préposé cantonal est d'avis que l'OCAS n'a pas traité de manière illicite de données personnelles du requérant.
45. Si le traitement effectué apparaît conforme aux dispositions légales précitées, il n'en reste pas moins que le Préposé cantonal se demande si toutes les pièces contenues dans un dossier médical sont bien pertinentes pour la détermination de l'octroi d'une rente AI.
46. Conformément au principe de proportionnalité, il estime que l'intégralité du dossier médical ne doit pas être versée dans le dossier administratif d'un assuré. Seules les pièces pertinentes à l'octroi de la rente doivent y figurer. Dans le présent cas, le Préposé cantonal invite l'OCAS à se déterminer sur la question de la pertinence de la présence de tous les rapports de consultation des HUG dans le dossier administratif de M. X.
47. En outre, le Préposé cantonal relève, s'agissant du principe de sécurité (art. 37 LIPAD), que les données sur la santé doivent faire l'objet d'une attention très particulière dans de multiples cas de figure qui touchent autant à la sécurité des postes et des locaux de travail qu'à celle de l'équipement informatique, des applications, du stockage des données (protection des accès à l'aide de mots de passe composés d'au moins huit caractères de trois types différents, renouvelés périodiquement, limitation à trois fois des tentatives d'accès infructueuses, positionnement des écrans d'ordinateur de façon à empêcher le visionnement par des personnes indues, mesures organisationnelles sur le plan du classement et de l'archivage, pas de transfert de données par courriel en dehors du système interne à l'institution sans cryptage, protection des accès aux locaux,

sensibilisation du personnel aux mesures de sécurité, contrôles périodiques des logs d'accès aux bases de données personnelles, etc.

48. Il invite l'OCAS à être attentif à ces principes, de même qu'à ceux développés dans l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-7375/2006, du 7 décembre 2007, lesquels s'appliquent, *mutatis mutandis*, au domaine de l'assurance-invalidité. Il rappelle à cet égard que, conformément au principe de proportionnalité, l'OCAS ne doit pas verser automatiquement dans le dossier administratif d'un assuré la totalité du dossier médical de ce dernier, seules les pièces pertinentes à l'octroi de la rente devant y figurer.
49. Par ailleurs, le Préposé cantonal juge légitime le souhait du requérant à connaître la fonction des personnes ayant eu à traiter de son dossier médical.
50. Enfin, il prend note que, par courrier du 2 avril 2017, le requérant a obtenu satisfaction s'agissant du point 3 de sa demande (l'informer de l'existence d'éventuelles copies transmises à des personnes ou instances affiliées à l'OCAS).

### **Recommandation**

51. Se fondant sur les considérations qui précèdent, le Préposé cantonal recommande à l'Office cantonal des assurances sociales de:
  - Ne pas donner suite à la requête en constatation du caractère illicite de la présence du dossier médical de M. X. dans son dossier administratif de l'OCAS.
  - Se déterminer sur la question de la pertinence de la présence de tous les rapports de consultation des HUG dans le dossier administratif de M. X.
  - Communiquer à M. X. la fonction des personnes ayant eu à traiter de son dossier médical.
52. Dans les 10 jours à compter de la réception de la présente recommandation, l'Office cantonal des assurances sociales doit rendre une décision sur la prétention du requérant.
53. La présente recommandation est notifiée par pli recommandé à:
  - a. M. Jean-David Curchod, Office cantonal des assurances sociales, rue des Gares 12, 1201 Genève
  - b. M. X. [REDACTED]

Stéphane Werly  
Préposé cantonal

<small>Pour rappel, conformément à l'art. 49 al. 6 LIPAD, l'institution publique notifie une copie de sa décision au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.</small>
---