

Note : Cette analyse reprend, en partie, le courrier adressé par la CNIL aux organismes de complémentaire santé. La CNIL a supprimé certaines parties relevant des échanges particuliers avec chaque destinataire.

La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'est livrée à une analyse juridique de la transmission de données de santé aux organismes d'assurance maladie complémentaire (OCAM) dans le cadre de la justification des soins ou produits dont souhaite bénéficier l'assuré, en vue de leur remboursement par ces organismes. Elle a, pour ce faire, interrogé les fédérations et associations professionnelles compétentes, ainsi que le ministère de la santé et de la prévention.

1. S'agissant de la licéité du traitement des données de santé par les OCAM au regard du RGPD et de la loi « Informatique et Libertés »

1.1. La Commission est bien consciente de l'intérêt pour les personnes concernées de l'action des OCAM dans le cadre de la liquidation de leurs dépenses de soins, et estime légitime le principe du traitement de données de santé de leurs assurés par les OCAM.

Quand bien même le 3° de l'article 65 de la loi « Informatique et Libertés » du 6 janvier 1978 modifiée (LIL) précise que ces traitements ne sont pas soumis à une formalité préalable auprès de la Commission (déclaration ou autorisation), formalités que le législateur a maintenues pour certains traitements de données concernant la santé, les traitements opérés par les OCAM pour l'exécution des garanties contractuelles restent néanmoins soumis au RGPD, ainsi qu'aux autres réglementations applicables en la matière. Ces traitements doivent en particulier **reposer sur une base légale** (art. 6 du RGPD), qui peut généralement être **l'exécution du contrat d'assurance**.

1.2. Ces traitements doivent également pouvoir s'appuyer sur un **motif de dérogation au principe de l'interdiction** de traitement des données concernant la santé, parmi ceux indiqués à l'article 9.2 du RGPD ainsi qu'à l'article 44 de la LIL.

S'agissant du droit national, le 3° de l'article 44 de la LIL autorise les « *traitements comportant des données concernant la santé justifiés par l'intérêt public et conformes aux dispositions de la section 3 du chapitre III du présent titre* ». Cette section est relative exclusivement aux traitements soumis à formalité préalable (déclaration ou autorisation) auprès de la Commission. Or, par exception prévue par le 3° de l'article 65 de cette même loi, les traitements mis en œuvre par les OCAM aux fins de prise en charge des prestations ne sont pas soumis aux formalités prévues par cette section.

La Commission estime par ailleurs que le 3° de cet article 65, qui précise la marge de manœuvre prévue à l'article 9.4 du RGPD, ne peut être considéré comme une autorisation générale au traitement de données concernant la santé des personnes.

En outre, les dispositions des articles 9.2b) et 9.2h) du RGPD ne se suffisent pas à elles-mêmes et prévoient que le traitement doit être autorisé ou prévu par le droit de l'Union ou par le droit national.

L'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale (CSS), tel qu'applicable depuis le 1^{er} janvier 2022 pourrait, en combinaison avec ces articles, constituer une disposition permettant le traitement de données de santé par les OCAM uniquement pour les contrats dits « responsables », qui représentent 95% des contrats de couverture complémentaire.

Si la vocation première de cette disposition est fiscale et n'a pas explicitement pour objectif d'autoriser le traitement des données de santé, la Commission estime que son application, qui consacre au niveau de la loi l'existence d'un type spécifique de contrat d'assurance complémentaire en matière de santé, implique effectivement que les OCAM, qui les gèrent, puissent traiter les données concernant la santé nécessaires à l'exécution de ces contrats. Ainsi **pour les contrats « responsables », les OCAM peuvent fonder le traitement de données de santé à des fins de liquidation des prestations sur l'une des exceptions prévues à l'article 9.2 b) ou 9.2 h) du RGPD, sous réserve d'en respecter strictement les conditions, notamment celles prévues à l'article 9.3 du RGPD.** Il serait cependant souhaitable que le cadre législatif soit explicité et précisé.

Cependant, **pour les contrats non responsables**, la Commission, pas plus que le ministère chargé de la santé et de la prévention, n'ont identifié de dispositions permettant aux OCAM de se prévaloir des dérogations prévues à l'article 9.2 b) ou h). Dès lors, **seule l'exception du consentement prévue à l'article 9.2. a) du RGPD apparaît mobilisable.**

A la lumière des dispositions de l'article 7.4 du RGPD, le consentement pourrait être considéré comme libre à la condition que la collecte de catégories particulières de données soit « *nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie* ». La mobilisation de l'exception du consentement apparaît cependant, à la Commission comme au ministère chargé de la santé, mal adaptée au traitement des données de santé dans le cadre des contrats de complémentaire santé proposés par les OCAM. Les conditions concrètes de passation du contrat doivent ainsi faire l'objet d'une attention particulière afin de garantir la validité du consentement pour le traitement des données concernant la santé, notamment s'agissant de son caractère libre et éclairé. Il faut également relever que, dans le cas des contrats collectifs, aucun consentement explicite et exprès n'est donné à la conclusion du contrat par chaque assuré individuellement, le consentement ne résultant, par défaut, que de la non opposition au bénéfice des garanties du contrat. Ainsi cette exception ne pourra pas être mobilisée dès lors que le contrat conclu relève d'un contrat collectif.

1.3 Au regard de l'ensemble de ces éléments, la Commission considère **que le cadre législatif actuellement en vigueur ne permet de déduire avec certitude une autorisation pour les OCAM de traiter des données de santé dans tous les cas de figure. Il est donc indispensable que l'encadrement législatif des contrats de complémentaire santé soit revu afin de conforter la licéité de ces traitements.**

Par ailleurs, cette position ne remet pas en cause l'obligation pour les OCAM d'évaluer la nécessité du traitement de ces données aux fins d'exécution du contrat. Toute sollicitation ou transmission de données non nécessaires serait susceptible de priver de licéité les traitements de données de santé mis en œuvre par les OCAM, que ceux-ci se fondent sur l'article L. 871-1 du CSS ou sur le consentement explicite des intéressés.

2. S'agissant de la licéité des demandes de transmission de données au regard de la protection du secret médical

2.1. Le secret médical, qui est un secret professionnel institué par l'article L. 1110-4 du code de la santé publique (CSP), couvre toutes les informations portées à la connaissance du professionnel de santé dans un cadre médical. Les codes de regroupement, les codes affinés ainsi que les ordonnances de prescription sont donc des documents et informations couverts par le secret médical. Ce secret ne lie pas le patient lui-même, qui peut transmettre de sa propre initiative des données couvertes par le secret à tout organisme ou toute personne de son choix, notamment dans le cadre de l'exécution d'un contrat d'assurance, comme l'admet la Cour de cassation¹. Il appartient aux OCAM de veiller à ce que cette transmission soit conforme aux exigences de sécurité imposées par les articles 5.1 f) et 32 du RGPD.

2.2. En revanche, les professionnels de santé sont tenus au respect du secret prévu par les dispositions de l'article L. 1110-4-I du CSP. Ces dispositions doivent être lues à la lumière des jurisprudences judiciaire et administrative qui ne reconnaissent pas au patient le droit de délier le professionnel de son

¹ 1^{ère} civ., 29 octobre 2002, n° 99-17.187 ; 2^{ème} civ. 2 juin 2005, n°04-13.509

obligation², à l'exception de cas très particuliers et ponctuels, notamment dans le cadre d'expertises judiciaires³.

Pour pouvoir transmettre aux OCAM des informations couvertes par le secret médical, telles qu'une ordonnance, un code affiné ou un code de regroupement, les professionnels de santé doivent y être autorisés expressément par une norme législative ou d'un niveau supérieur à la loi, ou sur le fondement de dispositions réglementaires qui sont la conséquence nécessaire de l'exécution d'une loi⁴.

En l'espèce, la Commission n'a identifié aucune disposition générale créant une telle dérogation au secret médical au profit des OCAM, sur le modèle de celle instituée à l'article L. 161-29 du CSS qui impose aux professionnels, organismes et établissements dispensant des actes ou prestations remboursables par l'assurance maladie de communiquer aux organismes d'assurance maladie obligatoire « *le numéro de code des actes effectués, des prestations servies à ces assurés sociaux ou à leurs ayants droit* ».

2.3. L'article L. 871-1 du CSS, tel qu'applicable depuis le 1^{er} janvier 2022, prévoit que **les contrats dits « responsables »** doivent inclure un mécanisme de tiers payant qui dispense le patient de l'avance des frais et conduit nécessairement le praticien à demander et justifier lui-même le paiement à l'OCAM compétent, les données transitant généralement par les organismes d'assurance maladie obligatoire (AMO).

La Commission estime donc que **l'exécution du mécanisme de tiers payant, prévu par l'article précité, peut, à condition de respecter le cadre juridique, législatif et réglementaire, fixé pour ces « contrats responsables », impliquer la transmission d'informations couvertes par le secret médical vers les OCAM.**

2.4. S'agissant des autres contrats de complémentaire santé, il apparaît que le système visant, dans le cadre du tiers payant, à demander aux professionnels de santé adhérant à un réseau de santé de faire signer à leurs patients un consentement à la transmission des données à l'OCAM **pour chaque envoi, ne peut s'appuyer, à ce jour, sur aucune norme juridique particulière ni aucune jurisprudence.**

Un encadrement législatif autorisant explicitement les professionnels de santé à transmettre aux OCAM des données couvertes par le secret médical et encadrant les modalités de cette transmission est donc nécessaire.

Cependant, en l'état des éléments portés à la connaissance de la Commission et en l'absence de décision contraire des juridictions compétentes, le patient peut mandater un tiers – ici, son professionnel de santé – pour transmettre à son OCAM les documents ou informations couverts par le secret médical nécessaires à la liquidation de ses dépenses. Néanmoins, le patient doit se voir effectivement proposer les deux voies alternatives, à savoir l'envoi par ses soins ou l'envoi par l'intermédiaire de son professionnel de santé. Si le patient décide de mandater son professionnel, la Commission considère que ce mandat devrait être donné acte par acte et ne saurait avoir une portée générale conduisant à délier le professionnel de son obligation.

Si le consentement du patient a été recueilli pour l'envoi de ses informations par l'intermédiaire de son professionnel de santé, aucun manquement à la réglementation applicable ne sera retenu. Il appartiendra aux OCAM de disposer de cet accord pour pouvoir recevoir et traiter les données en question.

2.5. Au total, la transmission aux OCAM d'informations couvertes par le secret médical pourrait *a priori* être déduite de l'article L. 871-1 du CSS ou s'appuyer sur un mandat *ad hoc*. **Toutefois, une révision du cadre légal sur cette question du secret médical devrait intervenir afin de garantir la**

² Crim. 8 mai 1947, Degraene ; Crim. 22 décembre 1966, n°66-92.897 ; Crim. 5 juin 1985, n°85-90.322 ; CE Ass. 12 avr. 1957, Deve, D. 1957. 336, concl. G. Guillaume

³ 1^{ère} civ, 15 juin 2004, n°01-02.338 ; 1^{ère} civ., 11 juin 2009, n°08-12.742 ; 1^{ère} civ., 25 novembre 2010, 09-69.721

⁴ CE, Assemblée, 12 mars 1982, Conseil national de l'ordre des médecins et autres, n° 11413 ; CE, 26 juillet 1996, Syndicat des médecins d'Aix et région, n° 160557 ; CE, 7 juillet 2004, Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ Wiedemann, n° 253711

vie privée des personnes et d'assurer la sécurité juridique des traitements mis en œuvre par les OCAM.

3. Conclusion

Au regard de ce qui précède, il apparaît **indispensable de revoir le cadre juridique applicable, tant en ce qui concerne l'exception mobilisable pour le traitement des données concernant la santé que s'agissant de la levée du secret médical.**

Ces travaux d'encadrement devraient conduire à confirmer la licéité de ces traitements et à déterminer leurs caractéristiques essentielles : les finalités admises, les catégories de données pouvant être traitées, la présence et le contrôle par des professionnels de santé au sein des OCAM, etc. La Commission entend donc renouveler son alerte au ministre chargé de la santé et de la prévention sur ce point.

Dans l'intervalle, et comme exposé ci-dessus, le mandat du patient à la transmission de ses données de santé, recueilli par le professionnel de santé, et vérifié par l'OCAM à réception desdites données peut permettre de satisfaire aux exigences relatives au secret médical pour les contrats autres que les contrats responsables.

Consciente des difficultés pratiques engendrées par la situation actuelle, la Commission a signalé de nouveau au gouvernement et aux OCAM la nécessité de consolider rapidement le cadre juridique applicable à ces traitements.