

BVGer A-7375/2006 vom 7. Dezember 2007

Bundesverwaltungsgericht, 2007-12-07, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bvger_A-7375_2006

FR: TAF A-7375/2006 du 7 décembre 2007

IT: TAF A-7375/2006 del 7 dicembre 2007

Regeste

Protection des données

Erwägungen

E. 1.1

En vertu de l'art. 53 al. 2 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF, RS 173.32), les recours qui sont pendants entre autres devant les commissions fédérales de recours à l'entrée en vigueur de la loi sont traités par le Tribunal administratif fédéral dans la mesure où celui-ci est compétent. Ils sont jugés sur la base du nouveau droit de procédure, en l'occurrence par la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA, RS 172.021), pour autant que la LTAF n'en dispose pas autrement (cf. art. 37 LTAF). Selon l'art. 31 LTAF, le TAF connaît, sous réserve d'exceptions non réalisées en l'espèce (cf. art. 32 LTAF) des recours contre les décisions au sens de l'art. 5 PA. Le recours est recevable contre les décisions des autorités ou organisations extérieures à l'administration fédérale, pour autant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public que la Confédération leur a confiées (art. 33 let. h LTAF). Tel est le cas des caisses-maladie, dans la mesure où elles exécutent des activités régies notamment par la loi sur l'assurance-maladie (ATF 123 II 534 consid. 3c p. 540; Message du Conseil fédéral concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales du 24 novembre 1999, in FF 2000 p. 226 s.; Walter Jean-Philippe, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne 1994, p. 45 s.).

E. 1.2

Il ressort de l'Annexe au Règlement du 11 décembre 2006 du Tribunal administratif fédéral (RTAF, RS 173.320.1) que la Ire Cour du TAF est compétente en matière de protection des données. Il s'agit des cas dans lesquels la protection des données constitue l'objet même du litige et non pas des situations dans lesquelles des questions de protection des données se posent de manière préjudicielle ou incidente dans le cadre d'une autre procédure (arrêts du Tribunal administratif fédéral A-1711/2007 du 8 novembre 2007 consid. 1.2, A-7372/2006 du 6 juin 2007 consid. 1.3; cf. par analogie ATF 127 V 219 consid. 1a/aa, 123 II 534 consid. 1b). L'art. 2 al. 2 let. c de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD, RS 235.1) prévoit du reste expressément que ladite loi ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif, à l'exception des procédures administratives de première instance. En l'espèce, le litige porte sur une question qui concerne directement la protection des données, plus particulièrement la licéité d'une transmission de données relatives au recourant d'un médecin-conseil au chef du service des médecins-conseils d'une assurance-maladie. Cette problématique ne se recoupe pas avec une procédure pendante. Certes, la prise en charge

par l'assurance des frais de la psychothérapie suivie par le recourant fait actuellement l'objet d'une procédure devant le Tribunal cantonal genevois des assurances qui a été suspendue. Toutefois, le point de savoir si les données transmises au service du médecin-conseil de l'assurance est ou non illicite est une question qui, comme l'a déjà souligné le Tribunal fédéral, peut être envisagée pour elle-même, indépendamment du fond (cf. consid. 1.4 non publié de l'ATF 131 II 413). Le présent litige relève donc bien de la LPD et entre dans la compétence de la Ire Cour du Tribunal administratif fédéral.

E. 1.3

A l'audience des débats du 28 novembre 2007, le recourant a formé une conclusion nouvelle portant sur la production de pièces, en se référant à une autre procédure actuellement pendante devant la présente Cour (cause A-3298/2007). Un tel procédé est irrecevable. En effet, l'objet du litige est défini par la décision attaquée. L'acte de recours peut restreindre celui-ci, en se limitant à certains aspects de cette décision, mais il ne peut étendre l'objet du litige (cf. Pierre Moor, *Droit administratif*, vol. II, Berne 2002, p. 675; André Moser in André Moser / Peter Übersax, *Prozessieren vor eidgenössischen Rekurskommissionen*, Bâle 1998, N. 2.85 et 2.88). Dès lors que la décision attaquée rendue par Helsana le 14 février 2003 ne portait pas sur la consultation des pièces dont le recourant demande à présent la production, la nouvelle conclusion est irrecevable. Contrairement à ce que prétend le recourant, on ne se trouve pas dans le cas où les pièces en question concerneraient la présente procédure, de sorte que l'on puisse exiger de l'intéressé qu'il les fasse valoir dans ce cadre en invoquant la procédure administrative fédérale et non par une procédure séparée fondée sur la LPD (cf. sur cette problématique, ATF 127 V 219 consid. 1a/aa; Urs Maurer-Lambrou / Simon Kunz, *Datenschutzgesetz*, 2e éd. Bâle 2006, N 26 ss ad art. 2 LPD).

E. 2

Le Tribunal administratif fédéral doit statuer à la suite d'une décision de renvoi du Tribunal fédéral, prononcée le 9 mai 2005 (arrêt 1A.190/2004 et 1A.191/2004, partiellement publié in ATF 131 II 413). Lorsqu'elle statue à la suite d'une décision de renvoi émanant de l'instance supérieure, l'autorité est liée par l'arrêt de renvoi, qui définit l'objet encore litigieux (Moser, *op. cit.*, N. 3.90). Même si ce n'est pas le Tribunal administratif fédéral qui a rendu la décision à l'origine de l'arrêt de renvoi, il doit, en tant qu'autorité ayant succédé à la Commission fédérale en matière de protection des données, se conformer à l'arrêt du Tribunal fédéral et se limiter aux points sur lesquels la cause a été transmise à l'autorité inférieure. L'arrêt du 9 mai 2005 fixe en conséquence les lignes directrices permettant de définir l'objet de la présente procédure.

E. 3

Dans ce contexte, il faut tout d'abord dégager de l'arrêt du 9 mai 2005 les éléments qui permettent d'emblée de régler certaines questions et définir ainsi précisément l'objet qui reste litigieux.

E. 3.1

Le Tribunal fédéral a en premier lieu confirmé la décision de la Commission fédérale de la protection des données du 3 juin 2003, dans la mesure où celle-ci avait déclaré licite la transmission du dossier par le Dr. B. _____ au Dr. C. _____ (ATF 131 II 413 consid. 2). Cette question, définitivement tranchée, ne sera donc pas revue.

E. 3.2

En second lieu, l'arrêt du 9 mai 2005 a annulé le jugement du 3 juin 2003, dans la mesure où la Commission fédérale avait estimé que la remise du dossier relatif au recourant du Dr. B. _____ au Dr. D. _____ était illicite, car celui-ci n'était pas lui-même médecin-conseil, mais qu'il apparaissait, en sa qualité de responsable du service des médecins-conseils de l'assureur, comme un organe de ce dernier. C'est donc sur ce point que le Tribunal administratif doit statuer, en tenant compte des éléments suivants.

E. 3.2.1

Tout d'abord, le Tribunal fédéral a reconnu qu'une caisse travaillant sur l'ensemble du territoire suisse pouvait constituer un service de médecins-conseils (consid. 4.5 non publié de l'ATF 131 II 413). L'admissibilité d'une telle structure en regard du droit en vigueur ne peut ainsi plus être discutée.

E. 3.2.2

Ensuite, la Haute Cour a confirmé le fait qu'il y avait bien eu transmission de données médicales relatives au recourant du Dr. B. _____ au Dr. D. _____, même si sa teneur et ses modalités ne pouvaient être établies (consid. 4.2 non publié de l'ATF 131 II 413). Quoiqu'en dise l'intimée, cette question ne peut plus être remise en cause dans la présente décision.

E. 3.2.3

Enfin, le Tribunal fédéral a constaté que les pièces produites par l'assurance pour démontrer que le Dr. D. _____ était médecin-conseil auprès d'elle depuis 1995 et chef du service des médecins-conseils depuis le 1er avril 1998 permettaient de penser que la décision attaquée, selon laquelle le Dr. D. _____ n'était pas médecin-conseil de l'assurance, reposait sur une donnée de fait manifestement erronée (consid. 4.3 non publié de l'ATF 131 II 413). On peut se demander si cette formulation permet au Tribunal administratif fédéral de revoir cet aspect. Cette question peut toutefois demeurer indécise. En effet, l'art. 101 al. 3 de la loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal, RS 832.10) prévoit en substance que les médecins-conseils qui exerçaient pour un assureur avant l'entrée en vigueur de la LAMal le 1er janvier 1996, peuvent être chargés des tâches propres aux médecins-conseils décrites par le nouveau droit. Or, selon la pièce 1 produite par l'intimée, le Dr. D. _____ était actif comme médecin-conseil auprès d'une assurance depuis le 1er mars 1995. Il était ainsi en mesure d'exercer la fonction de médecin-conseil auprès de l'intimée en octobre 2001. Ce point sera donc également considéré comme acquis. Il convient de relever que l'aptitude du Dr. D. _____ à fonctionner comme médecin-conseil ne doit pas être confondue avec la question litigieuse de savoir si, dans les faits, celui-ci ou le service qu'il dirigeait disposait de l'indépendance suffisante vis-à-vis de l'intimée, de sorte que des données médicales qui leur seraient communiquées n'équivalent pas à une transmission directe à l'assurance.

E. 4

Hormis les aspects qu'il règle définitivement, l'arrêt du 9 mai 2005 énumère les critères pertinents dont l'autorité inférieure doit tenir compte dans sa décision sur renvoi.

E. 4.1

Le Tribunal fédéral a ainsi précisé que le service de médecins-conseils doit être doté des locaux et de l'infrastructure nécessaires pour garantir son indépendance à l'égard de

l'assureur; l'organisation doit être conçue de telle manière que les données du service en question puissent demeurer confidentielles à l'égard du reste de l'entreprise et des tiers; cela suppose un raccordement téléphonique distinct, ainsi qu'un système informatique séparé de celui de la caisse, ou tout au moins sécurisé à l'égard de celle-ci; tout accès aux archives, sous forme de papier ou de données informatiques, doit être impossible pour l'administration de l'assurance, de telle manière que le service du médecin-conseil demeure maître de toute transmission. Du point de vue organisationnel, le service du médecin-conseil ne doit pas être soumis à un service chargé de décider des prestations, ou chargé du marketing (consid. 4.5 non publié de l'ATF 131 II 413). Le Tribunal fédéral a toutefois précisé que le chef des médecins-conseils peut être appelé à conseiller un médecin-conseil, à sa demande, par exemple dans des cas complexes ou lorsqu'il s'agit d'instaurer une pratique uniforme; il est vain de vouloir soumettre de tels échanges à des règles trop strictes de confidentialité, l'essentiel étant que les renseignements auxquels le chef des médecins-conseils peut avoir accès, restent dans le cadre du service (consid. 4.5.1 non publié de l'ATF 131 II 413). Le Tribunal fédéral a dès lors chargé l'instance inférieure de procéder à des mesures d'instruction, afin de s'assurer qu'il existait un cloisonnement suffisant entre ce service et l'administration de la caisse (cf. arrêt du Tribunal fédéral 1A.292/2005 du 10 avril 2006 consid. 2.2).

E. 4.2

Le présent arrêt doit en conséquence se limiter à l'examen de cette question en fonction des critères susmentionnés, étant précisé que la période déterminante est celle de la transmission litigieuse, soit octobre 2001, la situation actuelle pouvant toutefois servir de point de comparaison ou d'indice, si les circonstances ne se sont pas modifiées (cf. arrêt 1A.292/2005 du 10 avril 2006 consid. 2.2).

E. 5

Avant d'entrer en matière sur le fond, il s'agit, pour plus de clarté, de replacer la problématique dans son contexte juridique.

E. 5.1

Le fait de rendre des données personnelles accessibles, notamment en les transmettant, constitue une communication de données au sens de la LPD (cf. art. 3 let. e LPD). Dès lors que l'assureur-maladie et le médecin-conseil entrent dans la catégorie des organes fédéraux au sens de l'art. 2 al. 1 let. b LPD (ATF 133 V 359 consid. 6.4 et les références citées), la communication de données doit respecter les exigences mises au traitement de données personnelles par de tels organes prévues aux art. 16 ss LPD. Il faut avant tout que le traitement des données personnelles repose sur une base légale, étant précisé que, pour les données sensibles, à l'instar des données personnelles concernant la santé (cf. art. 3 let. c LPD), une loi formelle doit le prévoir, sauf cas exceptionnel (cf. art. 17 al. 2 LPD; ATF 133 V 359 consid. 6.4). En matière d'assurance-maladie, la transmission des données personnelles est régie à la fois par la LPD et par la LAMal, sous réserve de l'obligation générale de garder le secret figurant à l'art. 33 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA, RS 830.1) (ATF 131 II 413 consid. 2.3). La base légale exigée par l'art. 17 al. 2 LPD figure aux art. 42 al. 3 et 4, ainsi qu'aux art. 84 et 84a LAMal (ATF 133 V 359 consid. 6.4; 131 II 413 consid. 2.3). S'agissant plus spécifiquement de la transmission de données entre le médecin-conseil et l'assureur, la loi tient au surplus compte du but de l'institution du médecin-conseil, qui est de garantir les

droits de la personnalité des assurés à l'égard des assureurs. Partant, elle régleme de manière restrictive la transmission de données entre ceux-ci, le médecin-conseil ayant pour fonction de sélectionner les informations à destination de l'assureur (ATF 131 II 413 consid. 2.4). L'art. 57 al. 7 LAMal prévoit ainsi que 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. En revanche, la loi permet au médecin-conseil de transmettre librement des données à un médecin tiers, le fait que ce dernier soit lui-même médecin-conseil constituant une garantie supplémentaire (cf. ATF 131 II 413 consid. 2.4 in fine).

E. 5.2

Il en découle que, dans la présente cause, si le Dr. D. _____, en tant que chef du service des médecins-conseils de l'assurance, jouissait en octobre 2001 de l'indépendance propre à sa fonction, le Dr. B. _____ pouvait librement lui transmettre des données relatives au recourant, sans que cette transmission puisse être qualifiée d'illicite. En revanche, s'il s'avérait que le Dr. D. _____ ou le service qu'il dirigeait n'était pas suffisamment séparé de l'assurance, la remise de données médicales concernant le recourant équivaldrait à une transmission de données sensibles directement à l'assurance. Dans ce cas, il faudrait, pour qu'une telle transmission soit admissible, se demander si celle-ci remplit les conditions restrictives de l'art. 57 al. 7 LAMal.

E. 6

Comme demandé par le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi du 9 mai 2005, la Commission fédérale, puis le Tribunal administratif fédéral ont administré différentes preuves. Avant d'énumérer les mesures probatoires ordonnées et les éléments pertinents qui en sont ressortis (cf. infra consid. 6.2. et 6.3), une précision s'impose (cf. infra consid. 6.1).

E. 6.1

L'art. 27 al. 1 let. b PA permet à l'autorité de refuser exceptionnellement la consultation de pièces si des intérêts privés importants, en particulier ceux des parties adverses, exigent que le secret soit gardé. La sauvegarde des secrets d'affaires peut justifier une telle mesure (cf. Moser, op. cit., N. 3.60). Une pièce dont la consultation a été refusée à la partie ne peut être utilisée à son désavantage que si l'autorité lui en a communiqué le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui a donné en outre l'occasion de s'exprimer et de fournir des contre-preuves (art. 28 PA). Dans la présente cause, le Tribunal fédéral a indiqué, dans son arrêt du 10 janvier 2006 (1A.292/2005 consid. 2.2 in fine) que des secrets d'affaires de l'intimée pouvaient être en jeu. Ce n'est donc plus le lieu ici de s'interroger sur le point de savoir si une assurance peut, dans le cadre de ses tâches relevant du droit public, se prévaloir de secret d'affaires, comme le conteste le recourant. Sur la base de l'arrêt du Tribunal fédéral, la Commission fédérale a refusé, pour les raisons liées au secret des affaires, de remettre complètement ou partiellement certaines pièces au recourant, tout en prenant soin de lui communiquer par écrit le contenu de celles-ci, par décision du 23 octobre 2006. Comme le Tribunal l'a déjà indiqué, le recourant n'a pas attaqué cette décision, en application de l'ancien droit de procédure. Il ne peut donc plus contester le contenu de cette décision devant le TAF. A cet égard, le fait que l'intimée ait pu, devant la Commission de recours, obtenir le réexamen d'une décision rendue le 6 juin 2006 ne donne aucun droit au recourant, sous l'angle de l'égalité de traitement, à pouvoir prétendre à la

reconsidération de la décision du 23 octobre 2006 (notes de plaidoiries du 28 novembre 2007 p. 9). Enfin, dès lors que le recourant a par la suite eu l'occasion de se prononcer sur les pièces couvertes par le secret des affaires, celles-ci peuvent, si nécessaires, être prises en compte, même au détriment du recourant (cf. art. 28 PA).

E. 6.2

A la suite de l'arrêt de renvoi du 9 mai 2005, plusieurs mesures d'instruction ont eu lieu. Une audience a été organisée le 26 septembre 2005, au cours de laquelle les parties ont été entendues et ont produit des pièces. Un délai a été octroyé aux parties le 21 octobre 2005 pour former des observations sur le procès-verbal de l'audience du 26 septembre 2005 ainsi que pour produire une liste de témoins et, éventuellement, requérir d'autres mesures d'instruction. Il a également été ordonné à l'intimée de produire différentes pièces propres à attester la réalisation des exigences découlant de l'arrêt du Tribunal fédéral du 9 mai 2005. Le recourant a formé, le 11 novembre 2005, des observations et transmis une liste de témoins. L'intimée a apporté, le 27 février 2006, des précisions et répondu aux questions posées par la Commission fédérale dans son ordonnance du 21 octobre 2005, en produisant différentes pièces. Certains de ces documents, considérés comme confidentiels, n'ont pas été transmis au recourant ou ne l'ont été que partiellement. Le 30 novembre 2006, le recourant a apporté des observations aux précisions formées par l'intimée le 27 février 2006. Des requêtes ont été présentées au Préposé le 24 avril 2007, auxquelles il n'a pu que partiellement donner suite en juin 2007. Une audience consacrée à l'audition de trois témoins a été tenue le 21 septembre 2007.

E. 6.3

Ces mesures ont permis de mettre en évidence les éléments pertinents suivants.

E. 6.3.1

Les locaux : l'intimée a souligné que les bureaux du service médecins-conseils sont complètement séparés des autres locaux d'Helsana (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 3). Les entrées sont distinctes avec un système de fermeture propre dont les clés sont en possession exclusive des collaborateurs du service médecin-conseil. Cette séparation existait déjà en 2001. A cette date, le service médecins-conseils central, situé à Zurich, se trouvait dans le même bâtiment que d'autres départements d'Helsana, mais occupait un étage entier, avec une entrée sécurisée, seuls les employés du service médecins-conseils et le personnel de nettoyage disposant des clés; lorsque les nettoyages étaient effectués, tous les dossiers étaient rangés et sous clé (cf. complément intimée du 27.2.06 ch. 17; observations intimée du 27.2.06 ch. 24 ss; pièces 40 ss intimée). Le recourant a relevé que la pièce 42 p. 5 partiellement caviardée faisait apparaître qu'une personne appartenant à la "Leitung Administration" disposait d'un accès au bureau. Le Tribunal, qui dispose de la pièce complète, se doit de préciser que cette personne appartenait bien au service médecins-conseils, car le nom caché correspond à une assistante du Dr. D._____, citée comme témoin en cette qualité par les deux parties. Quant aux autres personnes mentionnées sur cette liste, soit elles ne disposaient pas de clés, soit d'un passe-partout pour des motifs de sécurité.

E. 6.3.2

Le courrier : les envois adressés au service médecins-conseils lui sont remis non-ouverts par l'assurance (témoignage I._____, du 21.9.07). Ils sont classés auprès du service médecins-conseils en trois catégories : premièrement les documents destinés à l'assureur,

comme les factures et les ordonnances, qui sont scannés et lui sont transmis. Les documents des deux autres catégories ne sont pas scannés. Disponibles uniquement sur papier, ils sont enregistrés informatiquement, mais seuls les documents de la classe 2 peuvent, en tant que besoin, être transmis à l'assurance. Les documents de la classe 3, qui contiennent des données personnelles sensibles des assurés, ne quittent en principe pas le service des médecins-conseils (témoignage I. _____ du 21.9.07). Ce système a été prévu par une directive de 2001 établie par le Dr. D. _____. Ce document réserve expressément l'art. 42 al. 5 LAMal (pièce 35 intimée).

E. 6.3.3

Le raccordement téléphonique et le téléfax : le service des médecins-conseils dispose de son propre raccordement téléphonique et de téléfax, avec son propre numéro d'appel (complément intimée du 27.2.06 ch. 18; observations intimée du 27.2.06 ch. 35). Il peut être atteint directement à ce numéro, comme l'a testé le mandataire du recourant lors de l'audience du 26 septembre 2005 (P-V d'audition p. 3). Le numéro du Dr. D. _____ figure soit sur une lettre envoyée par le service médecins-conseils central à l'assuré, soit il est communiqué par un médecin-conseil local. Il est toutefois possible de passer par la centrale téléphonique d'Helsana en appelant le numéro de l'assurance, puis de se faire passer le service médecins-conseils et inversement. Le Dr. D. _____ a ajouté que ce numéro n'était pas dans l'annuaire, pour éviter le risque d'être assailli de messages de toute la Suisse, alors qu'il existe des médecins-conseils locaux (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 3). Ce service est en premier lieu à disposition des prestataires et ne fonctionne pas comme office de renseignement pour les assurés. Les prestataires disposent d'une liste téléphonique des médecins-conseils (complément intimée du 27.2.06 ch. 21; pièce 4 intimée). Le recourant prétend qu'il ne s'agit que d'un numéro "direct" et non pas "distinct", car il reste raccordé au central téléphonique de l'assurance (cf. observations du 30.11.06). Cette distinction n'est toutefois pas déterminante. Il importe avant tout que l'on puisse atteindre le service médecins-conseils sans devoir passer par le central de l'assurance, ce qui est bien le cas. L'explication donnée par le Dr. D. _____ sur le fait que l'on ne puisse trouver le numéro du service médecins-conseils dans l'annuaire téléphonique, afin d'éviter que ce service central soit assailli d'appels (cf. pièces 4 ss produites par le recourant le 26.9.05) est convaincante. Du reste, le numéro direct des médecins-conseils figure sur les listes qui sont fournies aux prestataires de soin (cf. pièce 4 intimée). Quant à la possibilité d'obtenir le service médecins-conseils en passant par le numéro central de l'assurance, elle apparaît plutôt comme un service à la clientèle que comme une ingérence inadmissible de l'intimée dans l'indépendance des médecins conseils.

E. 6.3.4

Les dossiers : les dossiers du service médecins-conseils sont séparés, dans le sens où il existe deux dossiers, le dossier médical qui se trouve exclusivement auprès du médecin-conseil et le reste du dossier qui est géré au sein de l'administration de l'assurance. Les dossiers qui se trouvent auprès du service médecins conseils étaient tenus, en octobre 2001, selon un système propre à ce service et indépendant de l'assurance. C'était, à cette époque, le service médecins-conseils qui détenait ses dossiers et gérait leur accès (témoignage I. _____ du 21.9.07). L'intimée affirme que les dossiers médicaux sont sur papier, en produisant une liste attestant une sortie physique de dossiers fin octobre et début novembre 2001 (pièces 12 ss produites le 26.9.05). Le recourant soutient qu'il n'en va pas de même des décisions sur opposition contenant des données médicales (P-V d'audition du 26

septembre 2005 p. 4). Lorsqu'il faut rendre une décision sur opposition, le médecin-conseil transmet au service juridique les pièces nécessaires au dossier médical. Ces pièces sont déterminées par le médecin-conseil ou son assistante, en concertation avec le service juridique. Cette concertation a lieu soit dans les locaux du médecin-conseil soit au service juridique ou alors par téléphone (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 3). Si le service juridique a besoin de données médicales qui ne figurent pas au dossier, il établit des questions et s'adresse directement au médecin ou à l'hôpital concerné. La règle veut que le service juridique joigne une enveloppe-réponse avec l'adresse du service médecins-conseils (témoignage H. _____ du 21.9.07), de sorte que la donnée médicale parvient d'abord au service médecins-conseils. Le fait que cette enveloppe ait pu contenir le numéro d'assuré et son nom est certes regrettable, mais ne constitue pas, vis-à-vis de l'assurance une transmission de données illicite contrairement à ce que soutient le recourant. En effet, comme c'est l'assurance elle-même qui a demandé les informations médicales relatifs à un assuré en y joignant l'enveloppe contestée, elle sait déjà que de telles données vont être transmises au service médecins-conseils et quel est l'assuré concerné. Les informations sont transmises au service juridique sous la propre responsabilité du médecin-conseil, à moins que la requête fasse suite à une décision d'un juge dans le cadre d'une procédure (témoignage I. _____ du 21.9.07). Selon l'art. 6 du contrat entre santé suisse et la FMH (pièce 5 intimée), le médecin-conseil peut faire appel à des auxiliaires dans l'exercice de son activité, mais reste responsable de leurs actes. Le fait que certaines pièces aient pu être remises par les assistantes du médecin-conseil, elle-même indépendante de l'assurance (cf. infra consid. 6.3.7) n'est donc pas en soi un signe de subordination de ce service à l'égard de l'assurance.

E. 6.3.5

Le système informatique : les documents électroniques établis par le service médecins-conseils se trouvent sur un disque distinct de celui de l'assurance. En 2001, il s'agissait du support O:/ . Ce disque est uniquement accessible aux collaborateurs du service médecins-conseils et aux informaticiens en charge de ce support. Ces derniers doivent s'engager à garder le secret s'agissant de ces documents, même vis-à-vis de l'assurance (pièce 47 intimée). Les personnes au bénéfice d'une autorisation d'accès sont énumérées dans une liste (pièce 46 intimée). En 2001, c'était le service médecins-conseils qui définissait lui-même ses codes d'accès (témoignage I. _____ du 21.9.07). Le système d'administration des dossiers qui figure sur le disque O:/ permet au service médecins-conseils de saisir de manière séparée par rapport à l'assurance les documents entrant et sortant de son service (pièces 15 ss intimée; observations intimée du 27.2.06 ch. 41). L'intimée a produit un guide qui explique aux utilisateurs les fonctions et la façon d'utiliser le système informatique, afin d'assurer la confidentialité lors de la gestion des dossiers sur support informatique (pièce 48). Le directeur du département auquel le service médecins-conseils était rattaché a confirmé qu'à sa connaissance, le service disposait d'un système informatique indépendant de l'assurance. A l'examen de la pièce 46 présentée par le recourant, celui-ci a indiqué qu'il comprenait ce document comme démontrant qu'il y avait des codes pour consulter certaines données et que seules les personnes mentionnées pouvaient y accéder (témoignage I. _____ du 21.9.07). Pour l'administration des documents confidentiels, l'assurance dispose par ailleurs d'un programme spécial (système VVV "Verwaltung Vertraulicher Versichertendokumente") qui enregistre et gère les documents de manière neutre, sans aucune information de nature médicale. Ce système existait déjà en 2001 (pièce 50 intimée). Les saisies et les modifications sont en principe

uniquement du ressort du service médecins-conseils et nécessitent une autorisation spéciale. Ce système peut être consulté par les autres collaborateurs de l'assurance (observations intimée du 27.2.06 ch. 38 ss; pièces 46 ss intimée).

E. 6.3.6

Les archives : les dossiers du service médecins-conseils sont gardés en dépôt sous clé dans les bureaux du service, puis, après deux à quatre ans, ils sont transférés dans des archives spéciales; ces archives restent toutefois séparées des archives administratives de l'assurance et seul le personnel du service médecins-conseils peut y accéder (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 3; précisions intimée du 27.2.06 ch. 25). Lorsqu'en raison d'une procédure le service juridique de l'assurance a dû avoir accès à des documents médicaux confiés par le médecin-conseil (cf. supra consid. 6.2.4), ceux-ci sont extraits du dossier à archiver, puis sont restitués au service médecins-conseils (témoignage H._____ du 21.9.07). Hormis les médecins-conseils et leurs assistant(e)s, personne ne peut accéder aux archives (témoignage I._____ du 21.9.07).

E. 6.3.7

L'indépendance du service médecins-conseils : Ce service dispose d'un secrétariat indépendant, qui gère les dossiers sans contact avec l'assurance (témoignage I._____ du 21.9.07). Le Dr. D._____ a indiqué que les employés du service médecins-conseils ne peuvent travailler pour d'autres services d'Helsana (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 2). Une directive de l'assurance, qui date de novembre 1998 et qui est destinée à tous ses médecins-conseils, insiste sur l'indépendance de ces derniers vis-à-vis de l'intimée, précisant que l'assurance ne peut leur donner des instructions (pièce 10 intimée produite le 26.9.05). Le personnel du service médecins-conseils est cependant soumis à des directives se rapportant aux conditions de travail de l'assurance, par exemple s'agissant du salaire et des vacances (cf. témoignage I._____ du 21.9.07). Le directeur du département auquel était rattaché le service médecins-conseils en 2001 a précisé qu'il n'avait jamais donné de directive au personnel travaillant dans ce service (témoignage I._____ du 21.9.07). En octobre 2001, le service médecins-conseils figurait dans l'organigramme de l'intimée comme une section rattachée au département de la clientèle privée (pièce 9 intimée). Actuellement, il dépend directement de la Direction de l'entreprise (pièce 31 intimée). L'intimée a précisé que la nouvelle structure n'avait rien changé au fait qu'il n'avait jamais existé aucun pouvoir d'instruction sur le plan technique de la part de l'assurance envers le service médecins-conseils (observations intimée du 27 février 2006 ch. 15), ce qu'a du reste confirmé le directeur du Département clientèle privée en octobre 2001; celui-ci a précisé qu'initialement le service médecins-conseils avait été rattaché au département clientèle privée uniquement en raison du lien matériel existant entre ces domaines (témoignage I._____ du 21.9.07).

E. 6.3.8

L'indépendance du Dr. D._____ dans le cadre de l'organisation de l'assurance : le Dr. D._____, qui dirige le service médecins-conseils de l'intimée, est en particulier chargé d'encadrer les autres médecins-conseils actifs pour Helsana (cf. témoignage H._____ du 24.9.07). Il est à disposition des médecins-conseils locaux pour les renseigner (complément intimée du 27.2.06 ch. 14) et organiser des journées de formation à leur attention (témoignage I._____ du 21.9.07). Le Dr. D._____ a précisé qu'il ne recevait aucune instruction de la Direction et qu'il percevait un salaire fixe, sans aucun bonus (P-V

d'audition du 26 septembre 2005 p. 2; pièce 1 intimée produite le 26.9.05; complément intimé du 27.2.06 ch. 8). L'assurance a confirmé que le Dr. D._____ était le seul employé de ce niveau hiérarchique à n'avoir aucun objectif fixé par la direction et toute rémunération en fonction de la performance avait été bannie (complément intimé du 27.2.06 ch. 11). Selon l'organigramme de l'intimée valable dès le 1er septembre 2000 (pièce 9 intimée produite le 26.9.07), le Dr. D._____ avait pour supérieur hiérarchique, en octobre 2001, I._____. Le Dr. D._____ a affirmé que celui-ci ne lui avait jamais donné de directive et avait toujours respecté son indépendance (P-V d'audition du 26 septembre 2005 p. 2), mais que, sur certains points, il pouvait recevoir des instructions, comme tout autre employé. I._____ a lui-même confirmé par écrit et oralement que le Dr. D._____ était complètement indépendant dans la gestion des questions médicales et qu'il ne lui avait jamais donné aucune instruction s'agissant de l'activité du service médecins-conseils (pièce 26 intimée; témoignage I._____ du 21.9.07). L'intimée a admis que des conventions d'objectifs étaient passées avec le Dr. D._____. Les buts, tels que décrits dans la convention produite par l'intimée (pièce 25), se limitaient à des exigences quant à l'amélioration des compétences du service médecins-conseils par le biais de séminaires de formation ou à une volonté de renforcer le service à la clientèle et la qualité, toujours en relation avec les tâches du service médecins-conseils. I._____ a souligné, pour sa part, que le Dr. D._____ avait des objectifs liés à la qualité et devait régler les dossiers dans un temps déterminé; il avait également pour objectif d'assurer une pratique uniforme auprès des différents médecins-conseils, par exemple concernant les traumatismes relatifs au "coup du lapin". Examinant la pièce 25 énumérant les objectifs mis au Dr. D._____, I._____ a indiqué qu'il s'agissait d'objectifs de qualité (témoignage I._____ du 21.9.07).

E. 6.4

Ces éléments font apparaître que, ni du point de vue organisationnel, ni sous l'angle personnel, le service médecins-conseils, tel qu'il fonctionnait en octobre 2001, ne révèle de liens trop étroits avec l'assurance de nature à mettre en doute son indépendance dans le cadre des activités propres aux médecins-conseils. 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. Quant à la soumission du personnel à des règles concernant l'échelle de traitement ou les vacances, elles ne traduisent pas une dépendance quant à l'activité propre au service médecins-conseils, qui seule nous intéresse en l'espèce. Dans ces circonstances, les critères pertinents pour mesurer le degré d'indépendance du service médecins-conseils, décrits par le Tribunal fédéral dans son arrêt de renvoi (cf. supra consid. 4.1) et envisagés dans leur ensemble, permettent d'en conclure que le Dr. D. _____ et le service médecins-conseils de l'intimée disposaient, en octobre 2001, d'une indépendance suffisante à l'égard de l'assurance, pour éviter tout flux incontrôlé de données. Par conséquent, on ne voit pas que les données médicales relatives au recourant transmises du Dr. B. _____ au Dr. D. _____ à cette époque auraient pu revenir à une communication de données directement à l'assurance.

E. 7

Comme il appartient au Tribunal d'établir d'office les faits, celui-ci n'est pas lié par les offres de preuves des parties (cf. art. 33 al. 1 PA). Il se limite à ce qui lui paraît pertinent. En outre, l'autorité peut mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude que ces dernières ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 130 II 425 consid. 2 et les arrêts cités). En l'espèce, le Tribunal a procédé à diverses mesures d'instruction. Il considère, sur la base des pièces produites et des témoignages recueillis lors de l'audience du 21 septembre 2007, qu'il dispose d'éléments pertinents suffisants pour trancher la question litigieuse. Il n'apparaît pas que les autres offres de preuve formées par les parties, en particulier par le recourant, qui a encore demandé des actes d'instruction lors de l'audience du 28 novembre 2007, soient de nature à modifier son appréciation. Il ne se justifie notamment pas d'organiser une visite des lieux ou de requérir des explications détaillées relatives au système informatique de l'intimée, ni d'exiger de l'assurance la production des mémos mensuels "reporting" du service médecins-conseils sur une période prolongée de 2 à 3 ans, le plan d'accès des locaux à Lausanne ou la production des objectifs actuels du Dr. D. _____. L'audition de nouveaux témoins ne paraît pas non plus propre à remettre en question l'appréciation des preuves décrite ci-dessus. Enfin, il sera renoncé à l'audition des deux témoins empêchés pour motifs de santé. I. _____, ainsi que le Dr. D. _____ ont donné des indications concordantes et suffisantes pour évaluer la position du personnel du service médecins-conseils vis-à-vis de l'assurance. Il apparaît par conséquent superflu d'entendre E. _____ en sa qualité de collaboratrice du Dr. D. _____. Il en va de même s'agissant de F. _____, médecin-conseil au Centre de services de Lausanne. En effet, les informations fournies par H. _____, responsable du service juridique de ce même centre, et par I. _____ lors de leur audition du 21 septembre 2007, ainsi que les pièces produites renseignent de façon suffisante la Cour de céans sur le fonctionnement du service médecins-conseils de l'intimée. Elle est ainsi convaincue que l'audition de ces deux témoins ne changerait rien à son appréciation.

E. 8

Le recourant a demandé, le 28 novembre 2007, que certaines pièces au dossier contenant des déclarations de membres d'Helsana soient écartées (pièces 27, 28 et 29 intimée), si ces personnes n'étaient pas citées comme témoins. On peut douter qu'une telle requête soit fondée en droit, dès lors qu'en procédure administrative, lorsque l'autorité dispose de déclarations écrites, elle peut se dispenser d'entendre des témoins, l'audition de témoins n'étant que subsidiaire (cf. art. 14 al. 1 PA). La position du recourant peut cependant se comprendre s'agissant de déclarations effectuées pour le compte de l'intimée. Le Tribunal administratif fédéral n'a donc pas tenu compte des pièces précitées dans son appréciation.

E. 9

Compte tenu de ce qui précède, la transmission de données médicales concernant le recourant du Dr. B. _____ au Dr. D. _____ revient à une transmission de données entre médecins-conseils, ce qui est parfaitement admissible sous l'angle de la LPD (cf. supra consid. 5). Le recours doit en conséquence être rejeté, dans la mesure de sa recevabilité (cf. supra consid. 1.3).

E. 10

Les parties ont renoncé à la communication immédiate du dispositif de l'arrêt à l'issue de l'audience publique selon l'art. 26 al. 4 RTAF. On peut du reste se demander si cette disposition ne devrait pas seulement s'appliquer en cas de délibération publique au sens de l'art. 41 LTAF, comme le prévoient les versions allemandes et italiennes de l'art. 26 al. 4 RTAF. Par ailleurs, le recourant a confirmé sa conclusion tendant à la lecture publique du jugement.

E. 10.1

Dès lors que les règles sur les médecins-conseils mises en place par la LAMal tendent à garantir les droits de la personnalité des assurés à l'égard des assureurs (cf. supra consid. 5.1), la présente cause touche des «droits et obligations de caractère civil» au sens de l'art. 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (CEDH; RS 0.101). Les garanties en matière de publicité issues de cette disposition sont donc applicables.

E. 10.2

En ce qui concerne la lecture publique de la motivation de l'arrêt, l'art. 6 par. 1 CEDH, ni du reste l'art. 30 al. 3 Cst. ou l'art. 14 al. 1 Pacte ONU II (RS 0.103.2), n'exige que le texte d'un jugement soit lu publiquement, s'il existe d'autres possibilités pour le public de prendre connaissance de la décision (ATF 124 IV 234 consid. 3 p. 237 ss; ; Paul Tschümperlin, *Öffentlichkeit der Entscheidungen und Publikationspraxis des Schweizerischen Bundesgerichts*, in *Revue suisse de jurisprudence* [RSJ/SJZ] 2003 p. 265 ss, 266). En tant que forme de substitution, la jurisprudence admet la mise à disposition de la décision dans une chancellerie pour toute personne qui rend vraisemblable un intérêt suffisant (ATF 124 IV 234 consid. 3; arrêt du Tribunal fédéral 1P.298/2006 du 1er septembre 2006 consid. 2.2) ou alors la publication d'une décision sur internet (cf. Franz Zeller, *Medien und Hauptverhandlung - Menschenrechtliche Leitplanken*, in *Die Schweizer Richterzeitung / Justice-Justiz-Giustizia* 2006/1, N. 161 s. et la référence citée sous note 229). En l'espèce, le dispositif des arrêts du Tribunal administratif fédéral est mis à la disposition du public auprès de sa Chancellerie pendant 30 jours à compter de leur notification (art. 42 LTAF). Par ailleurs, les arrêts peuvent être consultés, dans leur intégralité, dans les jours qui suivent leur notification sur le site internet du Tribunal

(<http://www.bundesverwaltungsgericht.ch/fr/index/entscheide.htm>). La présente décision ne faisant pas exception, les exigences d'une lecture publique du jugement sont donc respectées par la mise à disposition de son dispositif auprès de la Chancellerie et la publication de l'arrêt entier sur internet. Il n'y a en conséquence pas lieu de donner suite à la conclusion du recourant tendant à la convocation d'une audience en vue de la lecture publique du jugement.

E. 11.1

Compte tenu de l'issue du litige, le recourant succombe entièrement, de sorte que les frais seront mis à sa charge (art. 63 PA). Ceux-ci se rapportent aussi au rejet du recours concernant la transmission du dossier du recourant au Dr. C. _____, dès lors que, dans son arrêt de renvoi du 9 mai 2005, le Tribunal fédéral a annulé entièrement le point du dispositif du jugement de la Commission fédérale du 3 juin 2004 concernant les frais. Les frais de la procédure comprennent l'émolument judiciaire et les débours (art. 1 al. 1 du règlement du 11 décembre 2006 concernant les frais, dépens et indemnités fixés par le Tribunal administratif fédéral [FITAF, RS 173.320.2]). En application de l'art. 63 al. 4bis PA et des art. 2 et 3 FITAF, un émolument judiciaire global de 3'000 francs sera mis à la charge du recourant. Ce montant sera partiellement compensé avec l'avance de frais de 1'500 francs dont s'est déjà acquitté le recourant devant l'ancienne Commission fédérale (cf. art. 5 de l'ordonnance du 10 septembre 1969 sur les frais et indemnités en procédure administrative, RS 172.041.0), de sorte que le recourant devra encore verser un montant de 1'500 francs.

E. 11.2

En ce qui concerne les dépens, l'article 7 al. 3 FITAF indique que les autorités fédérales et, en règle générale, les autres autorités parties n'ont pas droit aux dépens, ce qui correspond à la règle qui prévalait déjà devant les Commissions fédérales de recours (cf. Moser, op. cit., N 4.18; Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 9 octobre 2002, in Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération [JAAC] 67.6 consid. 4). L'intimée a statué dans l'accomplissement de tâches de droit public (cf. supra consid. 1.1) et est considérée comme un organe fédéral au sens de la LPD (cf. supra consid. 5.1). Par conséquent, aucun dépens ne lui sera alloué (cf. ATF 126 V 143 consid. 4a p. 150; 121 II 235 consid. 6).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.