

Annexe 2 :

Avis de droit de l'institut de droit à la santé

Institut de droit de la santé
Faculté de droit
■ Av. du 1^{er}-Mars 26
■ CH-2000 Neuchâtel

Avis de droit

Conformité de la loi sur NOMAD de 2006 avec le droit fédéral (selon les termes de la Motion 16.117 du 22.02.2016)

***Mandat confié à l'Institut de droit de la santé
par le Service de la santé publique du canton de Neuchâtel***

octobre 2017

Anne-Sylvie Dupont, Professeure

Nathalie Brunner
MLaw, Avocate, collaboratrice scientifique à l'IDS

Eloi Jeannerat
MLaw, Avocat, cand. Dr iur

Table des matières

1. PREAMBULE	4
2. QUELQUES CONSIDERATIONS PRELIMINAIRES	6
2.1. LE MANDAT CONSTITUTIONNEL D'AIDE AUX PERSONNES AGEES	6
2.2. LA LNOMAD	6
2.3. LE LIBRE CHOIX DU FOURNISSEUR DE PRESTATIONS	8
2.4. QUELQUES DEFINITIONS	9
3. LE FINANCEMENT DE L'AIDE A DOMICILE	11
3.1. LE FINANCEMENT DES SOINS A DOMICILE	11
3.1.1. <i>Remarques générales</i>	11
3.1.2. <i>Les soins au sens des art. 25a LAMal et 7 OPAS</i>	13
3.1.3. <i>Le financement des soins selon la LAMal</i>	14
3.1.4. <i>Le financement résiduel des soins selon le droit cantonal neuchâtelois</i>	15
3.2. LE FINANCEMENT DES PRESTATIONS DE MAINTIEN A DOMICILE	16
3.3. LE FINANCEMENT DE NOMAD ET SA CONFORMITE AU DROIT SUPERIEUR	16
4. L'EXECUTION PAR NOMAD DE TACHES SUPPLEMENTAIRES NE RELEVANT PAS DE L'AIDE A DOMICILE AU SENS STRICT	19
4.1. LA PROBLEMATIQUE	19
4.2. LA DELEGATION DE TACHES DANS LE DOMAINE DU FINANCEMENT RESIDUEL CANTONAL ET DE SON CONTROLE	20
4.2.1. <i>Le système mis en place</i>	20
4.2.2. <i>Le respect des conditions générales de délégation de tâches publiques</i>	21
4.2.3. <i>Le respect de la LAMal</i>	22
4.2.4. <i>Le respect du principe de neutralité concurrentielle</i>	23
4.3. LA DELEGATION DE TACHES D'INFORMATION ET DE COORDINATION	24
4.3.1. <i>La nécessité d'informer et de coordonner la PMS</i>	24
4.3.2. <i>La délégation des tâches d'information et de coordination générales</i>	25
4.3.3. <i>Les tâches d'orientation et de soutien directs des personnes âgées et de leur entourage</i>	26
4.4. BILAN ET RECOMMANDATIONS	27
5. LE TRAITEMENT A DES FINS DE STATISTIQUES DES DONNEES RECOLTEES LORS DU CONTROLE DU FINANCEMENT RESIDUEL	29
5.1. LA PROBLEMATIQUE	29
5.2. GENERALITES	30
5.2.1. <i>Les bases légales applicables</i>	30
5.2.2. <i>L'utilisation du numéro AVS en particulier</i>	31
5.2.3. <i>Les statistiques en matière de soins et d'aide à domicile en droit cantonal</i>	32
5.3. LE CADRE FIXE PAR LA LAMAL ET SA REGLEMENTATION D'EXECUTION	33
5.3.1. <i>Remarques générales</i>	33
5.3.2. <i>Les prescriptions de la LAMal relatives au traitement des données personnelles</i> 34	
5.3.3. <i>La facturation des prestations au sens de l'art. 42 LAMal</i>	35
5.3.4. <i>Les statistiques prévues par la LAMal</i>	36
5.3.5. <i>Bilan intermédiaire</i>	38
5.4. LE RESPECT DES PRINCIPES GENERAUX DE LA PROTECTION DES DONNEES	39
5.4.1. <i>Remarques générales</i>	39
5.4.2. <i>Les principes de légalité et de finalité lors du traitement de données</i>	40
5.4.3. <i>Les principes de proportionnalité et de sécurité lors du traitement de données</i>	42
5.5. BILAN ET RECOMMANDATIONS	44

6.	RÉPONSE AUX QUESTIONS CONTENUES DANS LE MANDAT	46
6.1.	QUESTION 1	46
6.2.	QUESTION 2	46
6.3.	QUESTION 3	46
6.4.	QUESTION 4	47
6.5.	QUESTION 5	47

1. Préambule

- 1 Le Service de la santé publique du canton de Neuchâtel (ci-après : SCSP) a mandaté l'Institut de droit de la santé de l'Université de Neuchâtel (ci-après : IDS) afin d'étudier la conformité de la loi cantonale portant constitution d'un établissement de droit public pour le maintien à domicile, loi cantonale adoptée le 6 décembre 2006 (ci-après L NOMAD)¹.
- 2 Le SCSP a saisi l'IDS à la suite du dépôt, par la Commission santé du grand Conseil neuchâtelois, d'une motion relative à l'établissement de droit public cantonal « NOMAD – Neuchâtel organise le maintien à domicile » (ci-après : NOMAD). Par sa motion 16.117, la Commission santé du grand Conseil neuchâtelois a en effet invité le Conseil d'Etat à :
 - « (...) Etudier les voies et moyens d'assurer une parfaite égalité de traitement entre les acteurs privés de l'aide et des soins à domicile et l'établissement de droit public NOMAD (Neuchâtel organise le maintien à domicile) ;
 - [Examiner] en particulier la loi cantonale instituant cette institution (...), le rôle de coordination que celle-ci attribue à NOMAD en complément à celui de prestataire (notamment art. 46 et 47) et toute autre disposition ou modalité d'organisation, sous l'angle de leur conformité au droit fédéral et à la jurisprudence ;
 - (...) Analyser les avantages et inconvénients de l'organisation actuelle confiant à NOMAD la coordination de l'ensemble des prestations d'aide et de soins à domicile, en la comparant à d'autres modèles d'organisation ».
- 3 Développant les motifs de sa motion, la Commission susmentionnée précise que « (la) question du rôle de coordinateur de NOMAD et des conflits d'intérêts potentiels liés à cette mission se pose avec plus d'acuité depuis la dernière modification de la LAMal, mettant en concurrence les différents acteurs de la santé. Comment l'égalité de traitement des acteurs va-t-elle être garantie ? Ne faudrait-il pas que l'entité de contrôle soit autonomisée par rapport à NOMAD ? Y a-t-il d'autres modèles d'organisation qui pourraient être plus efficaces ? ».
- 4 Selon les termes de son mandat, le SCSP a chargé l'IDS « (d')étudier la loi portant constitution d'un établissement de droit public pour le maintien à domicile (...), le rôle que celle-ci attribue à NOMAD en complément à celui de prestataire (art. 46 et 47) et toute autre modalité d'organisation, sous l'angle de leur conformité au droit fédéral et à la jurisprudence ; étudier les avantages et inconvénients de l'organisation actuelle confiant à NOMAD la coordination de l'ensemble des prestations d'aide et de soins à domicile ; étudier les moyens d'assurer une parfaite égalité de traitement entre les acteurs privés de l'aide et soins à domicile et l'établissement de droit public NOMAD, et de répondre en particulier aux questions suivantes :
 - Question 1 : « Les dispositions de la L NOMAD, articles 46 et 47, instaurant un financement unique et un rôle de délégataire à NOMAD pour les prestations relevant du droit cantonal uniquement (à l'exclusion du financement des soins) sont-elles compatibles avec le droit fédéral ? Dans la négative, quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?

¹ RSN 800.101.

- Question 2 : Le mandat fiduciaire confié à NOMAD pour le contrôle et le versement du financement résiduel des soins, respectivement la mise en œuvre d'un système d'information, est-il compatible avec le droit fédéral, respectivement avec la L NOMAD, sachant que le financement n'est pas inclus dans l'enveloppe NOMAD et que NOMAD n'est pas autorisé à utiliser les données ainsi connues de lui à son propre avantage ? Dans la négative, quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?
 - Question 3 : L'égalité de traitement entre prestataires fournissant des soins OPAS 7 est-elle assurée, compte tenu :
 - du rôle fiduciaire de NOMAD ;
 - des mécanismes de financement différents entre privés et NOMAD ;
 - de l'obligation de prise en charge faite uniquement à NOMAD ;
 - des actes de soins délégués par les II à des organisations de soins à domicile ?
 - Si non, quels aspects devraient être corrigés pour assurer une équité de traitement réelle et totale entre prestataires ?
 - Question 4 : NOMAD a-t-il à jouer ou peut-il jouer un rôle particulier dans la coordination des soins, lorsque plusieurs fournisseurs interviennent auprès d'un même client ? Peut-il le faire en toute impartialité ? Quelles dispositions seraient à prendre pour que ce soit le cas ? Si cela ne peut pas être le cas, pour quelles raisons ? et quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?
 - Question 5 : Le rôle de coordination dévolu à NOMAD par la loi, pour ce qui relève du droit cantonal, peut-il être étendu aux prestations de soins dans l'optique d'une coordination institutionnelle, d'une mise en réseau des prestataires de soins et de la mise en œuvre de la PMS ? si oui, moyennant quelles adaptations éventuelles, afin que l'égalité de traitement et l'impartialité de NOMAD soient garanties ? Si ce rôle de coordination devait être dévolu à une autre instance que NOMAD, quelles conditions cette instance devrait-elle remplir et mettre en œuvre pour que l'équité de traitement soit respectée ?
- 5 Les questions du SCSP listées ci-dessus peuvent être regroupées en trois thématiques. La première concerne le mode de financement des prestations délivrées à domicile, notamment par NOMAD, la deuxième porte sur le mandat fiduciaire qui lui a été confié dans le cadre du versement du financement résiduel par le canton et, enfin, la troisième a trait au système de pilotage que le canton entend mettre sur pied en matière de maintien à domicile.

2. Quelques considérations préliminaires

2.1. Le mandat constitutionnel d'aide aux personnes âgées

- 6 La Constitution fédérale (ci-après : Cst.)² prescrit à son art. 112c al. 1 que les cantons pourvoient à l'aide à domicile et aux soins à domicile en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées. Cette disposition présente deux facettes. D'un côté, elle constitue le rappel d'une compétence qui découle de toute manière de l'art. 3 Cst., lequel pose le principe de base selon lequel les cantons exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération. D'un autre côté, l'article constitutionnel précité constitue un mandat obligatoire à l'endroit des cantons. Ceux-ci ne peuvent rester inactifs dans le domaine de l'aide à domicile et des soins à domicile en faveur des personnes âgées et des personnes handicapées³.
- 7 L'« aide à domicile » et les « soins à domicile » – auxquels se réfère l'art. 112c al. 1 Cst. et que les cantons doivent mettre en œuvre – désignent différentes prestations, comme les soins infirmiers, les soins à domicile et l'aide au ménage⁴. Au sens du Constituant fédéral, les cantons peuvent exécuter eux-mêmes directement de telles tâches par le biais d'un service étatique spécialisé, mettre à disposition de la population une entité externe chargée de fournir de telles prestations ou, alors, soutenir financièrement des organisations d'aide et de soins à domicile. Le Constituant fédéral était aussi conscient du fait que l'art. 112c al. 1 Cst. et la tâche concernée par cette disposition ne présentaient qu'un caractère subsidiaire⁵. En pratique, les prestations à fournir représentent la plupart du temps des compléments à celles offertes dans le cadre du système ordinaire des assurances sociales.
- 8 Comme nous venons de le mentionner, l'aide et les soins à domicile entretiennent un lien de connexité important avec diverses lois fédérales d'assurances sociales, telles que la loi sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), la loi sur l'assurance-invalidité (LAI) et la loi sur l'assurance-maladie (LAMal). Il est d'ailleurs important de garder à l'esprit que ce cadre législatif fédéral s'est vu modifié de manière substantielle par la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins du 13 juin 2008, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011⁶, loi sur laquelle nous reviendrons régulièrement dans le présent avis de droit. Il s'agissait alors de tenir compte du fait que la question de la rémunération des prestations des soins à domicile était appelée à gagner toujours plus en importance. Le fait est en effet qu'à l'instar de l'espérance de vie, les besoins de la population en prestations de soins à domicile ont tendance à augmenter⁷.

2.2. La LNOMAD

- 9 Des prestations de nature très variée peuvent être nécessaires pour permettre le maintien à domicile, qu'il s'agisse par exemple de soins et traitements médicaux dispensés à ce dernier, d'aide au ménage, aux repas et/ou encore aux déplacements. Dans le canton de Neuchâtel, la loi de santé neuchâteloise (ci-après : LS)⁸ donne à l'Etat une mission générale d'encourager

² RS 101.

³ BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, N 8 ad art. 112c; BIAGGINI, Kommentar BV, N 2 ad art. 112c.

⁴ Message sur la législation d'exécution concernant la réforme de la péréquation financière et de la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons (RPT), du 7 septembre 2005, FF 2005 5641, spéc. 5803 ; BSK BV-GÄCHTER/FILIPPO, N 8 ad art. 112c.

⁵ SG Komm. BV-KIESER, N 7 ad art. 112c.

⁶ RO 2009 3517.

⁷ SG Komm. BV-KIESER, N 8 ad art. 112c.

⁸ RSN 800.1.

et de soutenir les services ayant pour but d'offrir à l'ensemble de la population des prestations en la matière (art. 87 al. 2 LS) et renvoie pour ce faire à la L NOMAD (art. 90a LS).

- 10 La L NOMAD fonde NOMAD, lequel est un établissement de droit public cantonal, doté de la personnalité juridique et reconnu d'utilité publique au sens de la LS (art. 1^{er} L NOMAD). Elle le classe parmi les « institutions » (art. 77, 78 let. b LS).
- 11 La L NOMAD attribue au Conseil d'Etat différentes compétences et tâches d'organisation comme de surveillance de NOMAD, par exemple la nomination de son conseil d'administration ou encore la définition des champs d'activité de l'institution ; le Conseil d'Etat doit également décider du département compétent pour l'exécution de ces tâches. En outre, la L NOMAD désigne le SCSP comme « organe opérationnel » pour l'exécution de ces dernières (art. 13 al. 1 et 2 L NOMAD⁹).
- 12 L'art. 3 L NOMAD assigne à NOMAD différents buts, en particulier ceux de « favoriser le maintien à domicile sur tout le territoire du canton de Neuchâtel, notamment par la livraison de prestations d'aide et de soins à domicile » (let. a) et de « garantir à la population l'accès à des prestations de maintien à domicile de proximité, économiques et de qualité » (let. b).
- 13 La L NOMAD ne donne toutefois pas de définition de ces différents actes et ses dispositions, tout particulièrement celles qui portent sur son financement (chapitre 7), n'opèrent pas de distinction selon qu'ils relèvent de prestations de nature médicale (dispensées notamment par des infirmier-ère-s indépendant-e-s et/ou des organisations de soins, et prises en charge par le régime d'assurance-maladie obligatoire) ou d'autres types d'aide matérielle. A titre d'exemple, son art. 46 dispose que « toutes les subventions de l'Etat, sous forme d'indemnités, aux prestations permettant le maintien à domicile sont versées à NOMAD ». Il conviendra ainsi de déterminer si et dans quelle mesure cette absence de distinction est susceptible de s'avérer problématique.
- 14 Le régime de l'assurance obligatoire des soins au sens de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (ci-après : LAMal)¹⁰ couvre quant à lui certaines prestations de santé dispensées à domicile, selon des principes et conditions arrêtés pour l'essentiel par la loi fédérale et ses ordonnances d'application. L'art. 117 al. 1 Cst. donne en effet à la Confédération la compétence de légiférer en matière d'assurance-maladie de manière globale, les cantons ne disposant d'une compétence que si la Confédération n'a pas fait usage de la sienne ou si des tâches d'exécution leur sont conférées¹¹.
- 15 Par conséquent, en vertu du principe de la primauté du droit fédéral prévu à l'art. 49 Cst., le droit cantonal et, en particulier, la L NOMAD ne doivent pas prévoir de dispositions qui contreviendraient aux prescriptions édictées par la Confédération en matière d'assurance-maladie, ou en contrediraient le sens ou l'esprit, l'éventuelle marge de manœuvre dont pourraient disposer les cantons pour légiférer en la matière étant réservée¹². Les principales conditions posées par le droit fédéral pour la prise en charge des soins dispensés à domicile seront ainsi

⁹ Voir également l'art. 8 al. 3 et 9 LS.

¹⁰ RS 832.10.

¹¹ G. EUGSTER, Krankenversicherung, in : U. MEYER (éd.) Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit, Bâle 2016 (cité : SBVR), N 1-5 ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 18.

¹² ATF 138 I 410, 414-415.

passées en revue ci-après, afin de déterminer si le droit cantonal neuchâtelois – y compris la LNomad – s’y conforme.

2.3. Le libre choix du fournisseur de prestations

- 16 La fourniture à domicile de soins et de traitements de nature médicale doit s’effectuer en respectant un cadre légal spécifique. Afin de garantir la santé publique en général et de préserver les intérêts des patients, les professionnels et organisations de santé doivent non seulement remplir des conditions particulières pour être autorisés à prendre en charge ces derniers, mais aussi respecter certaines obligations ; ils font en outre l’objet d’une surveillance exercée par les autorités sanitaires. En revanche, il n’existe pas de réglementation fédérale ou cantonale similaire pour les fournisseurs d’autres prestations d’aide fournies à domicile.
- 17 Différentes dispositions légales, fédérales comme cantonales, imposent ainsi et notamment aux professionnels de la santé de respecter les droits des patients mais également d’autres obligations professionnelles. Même si son champ d’application dépasse le seul domaine « médical », la réglementation cantonale applicable au maintien à domicile doit se conformer à ces prescriptions particulières.
- 18 A ce titre et dans le cadre de la réflexion générale opérée dans le présent avis de droit, il paraît pertinent de rappeler ici qu’en vertu de leur droit à l’autodétermination, concrétisation du droit à la liberté personnelle protégé par l’art. 10 al. 2 Cst., les patients bénéficient du droit au libre choix du professionnel ou de l’institution de santé amenée à les prendre en charge. A l’instar des autres droits et libertés fondamentaux, ce libre choix ne peut être limité qu’aux conditions prévues à l’art. 36 Cst., en particulier si une base légale le prévoit et que la restriction du droit concerné se justifie par un intérêt public prépondérant.
- 19 La réalisation du droit au libre choix peut bien entendu être entravée dans les faits, notamment par des questions de disponibilité et/ou de compétences du soignant ou de l’institution choisie par le patient. Des restrictions à ce droit peuvent également être induites par les prescriptions du régime d’assurance sociale applicables à la situation, le plus souvent celles de l’assurance obligatoire des soins ; cette dernière limite en effet sa prise en charge aux prestations dispensées par un cercle déterminé de soignants et institutions, ce qui contraint les patients souhaitant obtenir la couverture de leurs traitements et soins médicaux par leur caisse-maladie à s’adresser exclusivement à ces derniers¹³.
- 20 Cette liberté est concrétisée expressément à l’art. 21 al. 2 LS, implicitement à l’art. 7 let. b LNomad, mais aussi à l’art. 41 al. 1 LAMal. Cette dernière disposition dispose en effet qu’en cas de traitement ambulatoire, « l’assuré a le libre choix entre les fournisseurs de prestations admis et aptes à traiter sa maladie » ; l’assuré peut toutefois y renoncer en adhérant à un modèle particulier d’assurance prévoyant un nombre limité de fournisseurs de prestations selon l’art. 41 al. 4 LAMal. Cette liberté de choix peut également être restreinte lorsque la LAMal

¹³ Sur cette question, J.-F. DUMOULIN, Relations entre patients et soignants : généralités, in : R. LA HARPE (et al.), Droit de la santé et médecine légale, Chêne-Bourg, 2014, p. 245 ss.

et ses ordonnances subordonnent le remboursement de certains soins/traitements à la condition qu'ils soient effectués par des fournisseurs spécifiques qu'elles désignent expressément (art. 56 al. 3 LAMal)¹⁴.

- 21 Du côté des professionnels de la santé, la LS impose à ceux qui lui sont soumis¹⁵ de respecter les droits des patients (art. 61 al. 2 LS)¹⁶ et les astreint aussi à des règles particulières en matière de compéragé, ce qui concrétise en partie l'obligation générale de diligence qui leur est applicable. L'art. 71 LS prescrit ainsi aux intéressés de « défendre, dans leur collaboration avec d'autres professions de la santé, exclusivement les intérêts des patients indépendamment des avantages financiers » et prohibe « sous quelque forme que ce soit, tout accord susceptible de faire prévaloir des considérations financières sur l'intérêt de la santé du patient ou de porter atteinte à sa liberté de choix, ou encore de léser les intérêts de la collectivité ».
- 22 La LS ne détaille pas la portée exacte ni les limites de l'interdiction du compéragé ; les lois fédérales réglementant l'exercice de certaines professions de la santé ne contiennent pas de dispositions plus précises qui permettraient peut-être d'en apprécier l'étendue. Par analogie, le Tribunal fédéral a néanmoins retenu que « la volonté de se procurer des avantages financiers (...) doit être interprétée de manière large, incluant tant les avantages directs qu'indirects ». Il ne s'est toutefois pas prononcé sur la question de savoir à partir de quand il y avait violation de l'interdiction¹⁷.
- 23 Aussi l'organisation et les éventuelles normes de coordination des soins à domicile doivent-elles être envisagées de manière à permettre à leurs bénéficiaires ne pas voir leur liberté de choix de leur(s) fournisseur(s) de traitements et soins médicaux limitée sans qu'une base légale ne l'autorise, qu'un intérêt public prépondérant ne le justifie, et en respectant les prescriptions du droit fédéral.

2.4. Quelques définitions

- 24 Enfin, il est indispensable de définir les notions qui seront employées dans la suite du présent rapport.
- 25 Par « aide à domicile », on entend toute prestation fournie au domicile d'un patient, indépendamment de savoir s'il s'agit de soins au sens de l'art. 7 OPAS ou d'autres prestations de maintien à domicile.

¹⁴ G. EUGSTER, SBVR, N 1202-1206 ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 209 ss ; G. EUGSTER, Bundesgesetz über die Krankenversicherung, Zurich 2010 (cité : KVG), p. 264-265.

¹⁵ « Les professionnels de la santé soumis à la présente loi sont les personnes qui, à titre professionnel, fournissent des soins à des patients ou leur offrent d'autres prestations de santé et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique » (art. 53 al. 1 LS). On relèvera que plusieurs lois fédérales déterminent les devoirs professionnels des soignants qui y sont soumis, en particulier la loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMed ; RS 811.11. Cf. art. 40), la loi fédérale sur les professions de la psychologie (LPsy ; RS 935.81. Cf. art. 27) et, à l'avenir, la loi fédérale sur les professions de la santé (LPSan ; RS 811.21. Cf. art. 16).

¹⁶ Voir également les art. 40 let. c LPMed, 27 let. c LPsy, art. 16 let. d LPSan.

¹⁷ TF, 21.02.2013, 2C_1083/2012, not. c. 5.1 et 5.3. Le Tribunal fédéral a ici confirmé la sanction disciplinaire prononcée à l'encontre d'un médecin qui avait tenté d'influencer une patiente quant au choix du physiothérapeute devant effectuer son suivi postopératoire, refusait de collaborer avec tout autre physiothérapeute autre que celui qu'il préconisait et exerçait dans un centre dont il était l'administrateur, jetant sans motifs valables le discrédit sur le professionnel de la santé privilégié par sa patiente. La Haute cour a toutefois uniquement motivé sa décision sur une violation des droits de sa patiente par le médecin, renonçant à établir si et dans quelle mesure ce dernier avait outrepassé l'interdiction de compéragé.

- 26 Par « soins à domicile », on désigne les prestations de soins au sens de l'art. 7 OPAS, fournies au domicile du patient.
- 27 Enfin, par « prestations de maintien à domicile », on comprend toutes les prestations fournies au domicile du patient qui ne constituent pas des soins au sens de l'art. 7 OPAS.

3. Le financement de l'aide à domicile

3.1. Le financement des soins à domicile

3.1.1. Remarques générales

- 28 Les soins prodigués à domicile par des professionnels et institutions de santé constituent, à certaines conditions, des prestations prises en charge par le régime d'assurance-maladie sociale. Aux termes de l'art. 24 LAMal, l'assurance obligatoire des soins couvre ainsi les coûts des prestations définies aux art. 25 à 31 de la loi, qui décrivent globalement ces prestations, et aux conditions posées aux art. 32 à 34 LAMal. En particulier, ces prestations doivent être « efficaces, appropriées et économiques », l'efficacité devant être démontrée selon des méthodes scientifiques (art. 32 LAMal)¹⁸.
- 29 Si la loi désigne les prestations de manière générale, elle donne parallèlement au Conseil fédéral la compétence de les délimiter et de les préciser (art. 33 al. 1 LAMal). A son tour, le Conseil fédéral peut, en vertu de l'art. 33 al. 5 LAMal, déléguer cette compétence au Département fédéral de l'intérieur (ci-après : DFI) ou à l'Office fédéral de la santé publique (ci-après : OFSP).
- 30 En principe, et pour autant bien sûr qu'elles répondent également aux conditions d'économicité et d'adéquation, les prestations dispensées par les médecins et les chiropraticiens sont couvertes par l'assurance obligatoire des soins. L'art. 33 al. 1 LAMal permet toutefois au Conseil fédéral de désigner spécifiquement quelles prestations ne sont pas prises en charge, ou ne le sont que conditionnellement¹⁹. Le Conseil fédéral a délégué cette compétence au DFI à l'art. 33 de l'ordonnance sur l'assurance-maladie (ci-après : OAMal)²⁰. Le DFI a délimité les contours de ces prestations dans l'ordonnance sur les prestations de l'assurance des soins (ci-après : OPAS)²¹.
- 31 Il en va différemment pour les prestations qui ne sont fournies ni par un médecin, ni par un chiropraticien. En effet, aux termes de l'art. 33 al. 2 LAMal, il appartient au Conseil fédéral de déterminer expressément les prestations dispensées par d'autres professionnels de la santé et institutions admis à pratiquer à charge des caisses-maladies, parmi lesquels « les personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical ainsi que les organisations qui les emploient » (art. 35 al. 2 let. e LAMal).
- 32 Pour être prises en charge par l'assurance obligatoire des soins, les prestations doivent satisfaire aux conditions posées par la LAMal, en particulier être dispensées par des prestataires admis à pratiquer à charge de l'assurance sociale. Les exigences posées à ce titre à ces derniers, par exemple en matière de diplômes ou d'expérience professionnelle, visent à garantir la qualité des prestations²².

¹⁸ G. EUGSTER, SBVR, N 329 ss ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 188 ss .

¹⁹ G. EUGSTER, SBVR, N 659 ss ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 197 ss.

²⁰ RS 832.102.

²¹ RS 832.112.31.

²² S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 204 ss.

- 33 L'art. 35 al. 2 LAMal dresse une liste exhaustive²³ de professionnels de la santé et institutions habilités à exercer à charge de l'assurance-maladie. Dans le domaine ambulatoire, il convient d'opérer une distinction selon que ces fournisseurs de prestations peuvent prodiguer ces dernières avec ou sans obligation de disposer d'une prescription ou d'un mandat médical préalable²⁴.
- 34 Ainsi, les médecins, les institutions de soins ambulatoires dispensés par des médecins, les chiropraticiens, dans une certaine mesure les pharmaciens et les dentistes, les sages-femmes ainsi que les entreprises de transport et sauvetage peuvent dispenser des prestations même en l'absence de prescription ou de mandat médical²⁵. On rappellera ici que les prestations dispensées dans ce cadre par des professionnels de la santé qui ne sont ni médecin, ni chiropraticien, ne peuvent être prises en charge dans le cadre de l'assurance-maladie que si l'OAMal, respectivement l'OPAS le prévoient expressément.
- 35 D'autre part, l'art. 35 al. 2 let. e LAMal admet à pratiquer à charge de l'assurance-maladie les « personnes prodiguant des soins sur prescription ou sur mandat médical ainsi que les organisations qui les emploient ». En application de l'art. 38 LAMal, il appartient au Conseil fédéral de les définir. Ce dernier a désigné à ce titre et en particulier les infirmières et infirmiers qui exercent à titre indépendant et à leur compte (art. 46 al. 1 let. c OAMal) et les organisations de soins et d'aide à domicile (art. 51 OAMal).
- 36 Ces professionnels de la santé, ou les institutions dans lesquelles ils exercent, peuvent par conséquent dispenser certaines prestations couvertes par la LAMal, à condition qu'elles soient elles aussi expressément prévues dans l'OAMal, respectivement l'OPAS, et qu'elles aient de surcroît fait l'objet d'une prescription médicale. Ces professionnels doivent bien entendu remplir également les conditions particulières prévues à l'art. 49 LAMal (notamment en ce qui concerne les exigences en matière de diplômes, expérience professionnelle préalable à l'exercice à titre indépendant, autorisation de pratique, etc.) ; pour leur part, les organisations d'aide et soins à domicile doivent satisfaire aux prescriptions particulières de l'art. 51 LAMal (dotation en personnel spécialisé nécessaire ayant une formation qui correspond au champ d'activité, dotation en équipements nécessaires, etc.).
- 37 Le mandat ou la prescription médicale visent à garantir le caractère efficace, adéquat et économique des prestations délivrées dans ce cadre. La LAMal accorde à cet effet un rôle-clé au médecin, même si une marge de manœuvre plus ou moins ample selon les domaines est accordée aux professionnels de santé lors de la réalisation du traitement ou des soins indiqués par le médecin.²⁶ En effet, les prescriptions de ce dernier ne doivent pas être comprises dans un sens trop étroit : « il suffit que les mesures médicales requises soient décrites avec précision et que le matériel spécifique nécessaire puisse être déduit du mandat médical »²⁷.

²³ ATF 133 V 613, 621.

²⁴ G. EUGSTER, SBVR, N° 743 ss.

²⁵ S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 204-205.

²⁶ ATF 125 V 284, 290, c. 4d ; TF, 15.11.2013, 9C_195/2013, c. 6.2 ; TF, 23.03.2011, 9C_609/2010, c. 4.2 ; G. EUGSTER, SBVR, N 393 ss.

²⁷ TF, 15.11.2013, 9C_195/2013, c. 6.2.

3.1.2. Les soins au sens des art. 25a LAMal et 7 OPAS

- 38 L'art. 25a al. 1 LAMal, consacré aux « soins en cas de maladie », prévoit que « l'assurance obligatoire des soins fournit une contribution aux soins qui sont dispensés sur la base d'une prescription médicale et d'un besoin en soins avéré, sous forme ambulatoire, notamment dans des structures de soins de jour ou de nuit, ou dans des établissements médico-sociaux ». L'art. 25a LAMal, introduit dans la LAMal lors de la réforme du financement des soins entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2011, s'applique aux soins ambulatoires dans leur ensemble. La disposition ne vise en effet pas spécifiquement des prestations administrées à domicile, ni à des patients âgés²⁸.
- 39 Le législateur a attribué au Conseil fédéral le mandat de désigner ces prestations, d'en fixer la procédure d'évaluation ainsi que le montant de la contribution à charge des caisses-maladie (art. 25a al. 3 LAMal, 33 let. b OAMal), ce que le Conseil fédéral a effectué en édictant les art. 7 à 9 OPAS. Les soins sont ainsi définis²⁹ par l'art. 7 OPAS, qui en prévoit trois catégories³⁰ et détermine les professionnels de la santé et institutions habilités à les dispenser³¹. Le montant des différentes contributions est pour sa part arrêté à l'art. 7a OPAS³².
- 40 On soulignera que l'évaluation, les conseils et la coordination (art. 7 al. 2 let. a OPAS) constituent des prestations de soins en tant que telles ; ces actes doivent donc satisfaire aux exigences fixées par le droit fédéral pour que la couverture de l'assurance des soins puisse intervenir. A cet égard, des détails relatifs à la procédure d'établissement de la prescription médicale et d'évaluation des soins requis sont arrêtés à l'art. 8 OPAS. La disposition prévoit en particulier que cette évaluation doit se fonder « sur des critères uniformes », selon un formulaire unique établi entre partenaires tarifaires³³ (art. 8 al. 3 OPAS). La disposition ne contient en revanche pas de précisions particulières au sujet de la coordination des soins ; elle n'attribue notamment pas cette tâche à un fournisseur de soins en particulier lorsque plusieurs d'entre eux prennent en charge le même patient.
- 41 L'art. 8a OPAS impose aux fournisseurs de prestations et aux assureurs de convenir « d'une procédure de contrôle et de conciliation commune pour les soins ambulatoires prodigués », procédure qui sert « à vérifier le bien-fondé de l'évaluation des soins requis et à contrôler l'adéquation et le caractère économique des prestations », les mandats médicaux pouvant pour leur part être examinés par les médecins-conseil des assureurs.
- 42 Les prescriptions relatives à l'évaluation, aux conseils et à la coordination sont ainsi détaillées dans le cadre des conventions liant les partenaires tarifaires, conventions auxquelles les cantons ne sont pas partie. Les associations de fournisseurs de prestations, notamment l'Association suisse des infirmières et infirmiers et l'Association suisse des services d'aide et soins

²⁸ L'art. 25a al. 2 LAMal vise pour sa part des catégories particulières de soins qui ne seront pas étudiées dans le cadre du présent avis de droit, à savoir les soins et aigus et de transition consécutifs à un séjour en établissement hospitalier.

²⁹ La disposition ne définit pas à proprement parler les soins, mais désigne les différents actes qu'elle intègre dans cette notion.

³⁰ Evaluation, conseils et coordination ; examens et traitements ; soins de base. Ce catalogue est exhaustif

³¹ Infirmières et infirmiers au sens de l'art. 49 OAMal, organisations de soins et d'aide à domicile au sens de l'art. 51 OAMal et établissements médico-sociaux au sens de l'art. 39 al. 3 LAMal. Cf. également S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 148 ss.

³² G. EUGSTER, SBVR, N 1185 ss ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 153 ss.

³³ La disposition qualifie improprement les partenaires de « tarifaires », dans la mesure où les montants que les assureurs-maladie sont tenus de verser à titre de participation aux coûts de soins ne sont pas négociés entre ces derniers et les fournisseurs de prestations, mais arrêtés au niveau réglementaire.

à domicile, ont ainsi passé des « conventions administratives » avec des assureurs ou associations d'assureurs afin de déterminer plus précisément la procédure à suivre pour la prise en charge des soins.

- 43 A titre d'exemple, ces conventions prévoient qu'en cas d'intervention d'une pluralité de fournisseurs de prestations auprès du même patient, les intéressés doivent « coordonner leurs prestations et se concerter sur l'utilisation du budget temporel », sans accorder de préséance à l'un ou l'autre d'entre eux³⁴.

3.1.3. Le financement des soins selon la LAMal

- 44 Les soins constituent des prestations couvertes d'une manière particulière dans la mesure où l'assurance-maladie obligatoire ne les prend pas intégralement en charge ; elle se limite en effet d'emblée au versement d'une participation à ces frais. Elle prévoit également une répartition de leur financement entre les assureurs, les assurés et les cantons. Il appartient ainsi au Conseil fédéral de déterminer, en fonction des différents besoins en soins, le montant des contributions à charge des caisses-maladie. Les cantons doivent de leur côté régler le solde des coûts des soins (« financement résiduel »), dont une part peut être mise à charge des assurés ; cette part ne doit toutefois pas excéder le 20 % de la contribution maximale fixée par le Conseil fédéral (art. 25a al. 4 LAMal). Les cantons peuvent aussi prévoir une solution plus favorable aux assurés, notamment en les exemptant de contribuer à ces frais³⁵.
- 45 Il convient d'examiner ici l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les cantons lorsqu'ils déterminent les modalités de versement du financement résiduel, la LAMAL et ses ordonnances d'application ne contenant pas d'indications particulières à cet effet. On peut relever en premier lieu que le Tribunal fédéral a précisé que « l'art. 25a al. 5 LAMal garantit que les coûts des soins résiduels, à savoir l'intégralité des frais effectifs que ni l'assurance obligatoire des soins ni l'assuré ne prendraient à leur charge, soit assumée par les collectivités publiques, soit par le canton ou, si ce dernier décide de les mettre (également) à contribution, par les communes »³⁶.
- 46 La question du financement résiduel des soins est une question relevant du droit fédéral, mais les cantons bénéficient néanmoins, selon la jurisprudence, d'une importante latitude lorsqu'ils arrêtent les modalités de prise en charge du financement résiduel. Ils sont en particulier autorisés à intervenir sur les fournisseurs de prestations pour qu'ils maîtrisent au mieux le coût des prestations, par exemple en arrêtant une tarification forfaitaire couvrant les frais globaux. Ils ne peuvent en revanche pas refuser de verser de financement résiduel pour des soins dispensés par des fournisseurs de prestations autorisés à pratiquer à charge de l'assurance-maladie obligatoire ou leur fixer des conditions qui ne seraient pas prévues par cette dernière³⁷.

³⁴ Voir par ex. l'art. 5 al. 5 de la convention administrative Spitex passée entre l'Association suisse des services d'aides et de soins à domicile, l'Association Spitex privée suisse et les assureurs adhérents représentés par tarifsuisse, valable dès le 1.2.2016.

³⁵ ATF 142 V 94, 98 ss ; 138 I 410, 417-418 ; TF, 23.11.2011, 2C_728/2011, c. 3.2 ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 146-147 et 153 ss.

³⁶ ATF 142 V 98-99 ; 138 I 410, 417 ss, c. 4.2. et les références cités ; G. EUGSTER, SBVR, N 1191 ss ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 155-156.

³⁷ ATF 142 V 94, 99 ss ; 140 V 58, 61 ss, not. c. 4.1 ; 138 I 410, 417 ss, c. 4.2. et les références cités ; G. EUGSTER, SBVR, N 1191 ; S. PERRENOUD, L'assurance-maladie, in : G. FRÉSARD-FELLEY et al., Droit suisse de la sécurité sociale, Vol. II, Berne 2015, p. 155-156.

3.1.4. Le financement résiduel des soins selon le droit cantonal neuchâtelois

- 47 Suite à l'adoption du nouveau financement des soins par la LAMal, le Conseil d'Etat neuchâtelois a adopté un règlement d'introduction de la loi fédérale sur le nouveau régime de financement des soins (ci-après : le Règlement)³⁸, ainsi que plusieurs arrêtés fixant les « tarifs des soins de longue durée au sens de l'article 25a LAMal » dispensés par les EMS, les organisations d'aide et soins à domicile et les infirmiers et infirmières indépendants, respectivement pour les soins aigus et de transition. En particulier et selon les termes des art. 11 al 1 et 13 al. 1 du Règlement, les assurés ne doivent s'acquitter d'aucun montant lorsqu'ils bénéficient de soins à domicile dispensés par des organismes d'aide et de soins à domicile et les infirmiers et infirmières indépendants.
- 48 Le Règlement détermine le montant de la part cantonale par une méthode différente selon que les soins ont été dispensés par des organismes d'aide et de soins à domicile ou par des infirmières et infirmiers privés (art. 12 à 14). Pour définir la part cantonale des premiers, le Conseil d'Etat « a) se base en principe sur les informations comptables et statistiques fournies par les organisations d'aide et de soins à domicile ; b) détermine les coûts horaires des soins en tenant compte de l'indice suisse des prix à la consommation ; c) soustrait du coût des soins la participation à charge de l'assureur-maladie (art. 12 al. 2).
- 49 D'autre part, Le Règlement majore la part allouée aux services d'aide et soins à domicile appliquant la convention collective de travail « CCT santé 21 » ou des « conditions générales de travail (CGT) émises par une association professionnelle et reconnues par le département ». Dans ce dernier cas, la majoration est toutefois moins importante, mais le Règlement n'en détermine pas l'ampleur ni ne fait état de critères permettant de la calculer (art. 12, notamment al. 5).
- 50 Le calcul de la part cantonale pour les soins à domicile dispensés par des infirmières et infirmiers privés s'opère différemment puisqu'il « se base en principe sur les informations comptables et statistiques fournies par les infirmiers-ères indépendant-e-s », « tient compte de l'évolution de l'indice suisse des prix à la consommation » et « tient compte du nombre d'heures annuelles facturables pour un-e infirmier-ère indépendant-e au taux d'activité correspondant », mais prend aussi en considération « un revenu théorique d'une personne active à 100%, incluant un salaire de base correspondant au type d'heure effectué, les charges sociales, les frais de déplacement ainsi que les autres frais indispensables à la fourniture des prestations et à la facturation des prestations » (art. 14 al. 2 let. a à d).
- 51 L'Arrêté fixant pour 2017 les tarifs des soins de longue durée au sens de l'art. 25a LAMal dispensés par les organisations de soins à domicile et par les infirmières et infirmiers indépendants (ci-après : l'Arrêté) fixe d'une part un tarif – identique – pour les soins dispensés par NOMAD, par les infirmières et infirmiers indépendants et par les services privés de soins à domicile qui appliquent les conditions de la Convention collective de travail CCT Santé 21, d'autre part un tarif – plus bas – pour les soins prodigués par « les autres services privés de soins à domicile ».

³⁸ RSN 821.107.

52 Ni le Règlement, ni l'Arrêté n'indiquent précisément les différents éléments fondant la détermination du montant de la part de financement résiduel. Sur le principe et comme indiqué précédemment, le Tribunal fédéral a néanmoins admis que ce dernier puisse s'opérer sous forme de forfaits.

3.2. Le financement des prestations de maintien à domicile

53 Le droit fédéral ne réglementant pas le financement des prestations de maintien à domicile autres que les soins au sens de l'art. 7 OPAS, les cantons ont par conséquent la compétence d'adopter des dispositions en la matière.

54 Ils peuvent par exemple le faire dans le cadre de l'exécution de la loi fédérale sur les prestations complémentaires (ci-après : LPC)³⁹. La LPC prévoit en effet que les cantons sont tenus de prendre en charge les coûts de différentes prestations allouée aux bénéficiaires de ces dernières, notamment des « frais d'aide, de soins et d'assistance à domicile ou dans d'autres structures ambulatoires ». Il appartient aux cantons de préciser quels frais peuvent être remboursés et ils peuvent d'autre part limiter le remboursement « aux dépenses nécessaires dans les limites d'une fourniture économique et adéquate des prestations » (art. 14 al. 1 let. b et 14 al. 2 LPC). On relèvera ici que cette réglementation n'est applicable qu'à une partie des patients recourant à des prestations de maintien à domicile, c'est-à-dire ceux qui sont également bénéficiaires de prestations complémentaires à l'AVS ou à l'AI.

55 La loi d'introduction de la loi fédérale sur les prestations complémentaires à l'AVS et à l'AI (ci-après : LCPC)⁴⁰ donne au Conseil d'Etat une compétence d'exécution de la loi fédérale (art. 3 et 4 LCPC). A ce titre, il a adopté le règlement relatif au remboursement des frais de maladie et des frais résultant de l'invalidité en matière de prestations complémentaires (ci-après : RFMPC)⁴¹, dont l'art. 17 est dédié aux « frais d'aide, de soins et de tâches d'assistance à domicile ».

56 Cette disposition prévoit en particulier que les frais « d'aide, de soins et de tâches d'assistance (...) dispensés par des services publics ou reconnus d'utilité publique (SPITEX) sont remboursés » (art. 17 al. 1 RFMPC) ; ces mêmes frais sont aussi remboursés quand ils découlent de prestations dispensées par des institutions privées, s'ils correspondent à ceux « encourus dans un établissement public ou reconnu d'utilité publique » (art. 17 al. 4 RFMPC). Enfin, certaines limites de frais sont posées par l'alinéa 5 de la disposition à l'aide nécessaire ainsi qu'aux tâches d'assistance apportées dans la tenue du ménage.

3.3. Le financement de NOMAD et sa conformité au droit supérieur

57 Le chapitre 7 L NOMAD est consacré au financement de l'institution, respectivement à celui des prestations de maintien à domicile. NOMAD dispose ainsi de ressources financières « composées des recettes de l'exercice annuel et des subventions de l'Etat, sous forme d'indemnités, définies chaque année dans le cadre du budget global » (art. 45 L NOMAD).

³⁹ RS 831.30.

⁴⁰ RSN 820.30

⁴¹ RSN 820.304.

- 58 L'art. 46 L NOMAD prévoit que « toutes les subventions de l'Etat, sous forme d'indemnités, aux prestations permettant le maintien à domicile sont versées à NOMAD ». Il appartient d'autre part à l'institution de « négociier avec ses partenaires la prise en charge des patient-e-s dans le cadre du maintien à domicile », le coût en résultant étant pris en charge dans son subventionnement global annuel (art. 47 L NOMAD). Ces dispositions n'opèrent toutefois aucune distinction selon que les prestations constituent ou non des soins pris en charge par l'assurance-maladie obligatoire.
- 59 Aux termes des explications transmises par le SCSP à l'IDS, NOMAD perçoit ainsi et dans les faits une « enveloppe » annuelle destinée à financer les soins qu'il dispense à domicile – au titre du financement résiduel cantonal – mais aussi des prestations d'aide à domicile. Cette enveloppe n'est en revanche pas destinée au financement résiduel des soins effectués par les infirmières et infirmiers indépendants et les organisations de soins à domicile privées. Selon le SCSP, ce mode de financement conduit NOMAD à calibrer ses prestations en fonction du financement mis à sa disposition ; en effet, le droit cantonal impose à NOMAD une obligation de prise en charge tout en limitant d'emblée les moyens financiers qui lui sont alloués.
- 60 Le mode de financement de NOMAD tel que déterminé par le droit neuchâtelois paraît donc problématique puisqu'il semble conduire cette institution à déterminer ses prestations de soins non pas en fonction des prescriptions édictées par la LAMal et ses ordonnances d'exécution, qui relèvent de considérations essentiellement médicales, mais compte tenu également des moyens financiers qui lui sont dévolus par le canton. Le mode de financement actuel de NOMAD est en effet susceptible de conduire l'institution à « rationner » ses prestations, en particulier de soins à domicile, pour que son fonctionnement soit assuré dans le cadre de l'enveloppe budgétaire qui lui est allouée.
- 61 Un tel travers est tout d'abord susceptible de porter atteinte au droit aux soins dont peuvent se prévaloir les patients, qui est en particulier prévu par l'art. 21 al. 1 LS, voire entraîner une inégalité de traitement entre patients selon qu'ils ont choisi de s'adresser à NOMAD ou à des infirmières et infirmiers indépendants et des institutions de soins à domicile privées pour recevoir des soins à domicile. De telles atteintes aux droits et libertés individuels, pour autant qu'un intérêt public prépondérant puisse les justifier, devraient reposer sur une base légale suffisamment dense et explicite, qui manque actuellement en droit neuchâtelois.
- 62 Ensuite, ce mode de financement peut contrevenir aux prescriptions de l'assurance obligatoire des soins pour ce qui relève de la détermination des soins à prodiguer à un patient, prescriptions auxquelles le droit cantonal ne peut pas déroger. Elle doit en effet reposer en effet sur l'appréciation du médecin prescripteur et être affinée en collaboration avec le professionnel ou l'institution de santé, la procédure devant satisfaire aux conditions prévues par l'art. 8 OPAS ; les soins doivent d'autre part remplir les critères généraux d'efficacité, d'adéquation, et d'économicité prévus par la LAMal. Cette détermination ne saurait donc être influencée par d'éventuelles contraintes financières appliquées par le canton au fournisseur de prestations et qui ne sont pas prévues par la LAMal, *a fortiori* si elle se fait au détriment des assurés-patients.
- 63 L'enveloppe forfaitaire que le canton alloue à NOMAD, destinée à couvrir à la fois la part résiduelle cantonale au financement des soins, mais également à financer ses autres activités, peut s'avérer insuffisante si le volume des prestations de soins délivrées est important. Ce

risque est encore accru dans la mesure où le droit cantonal contraint NOMAD à prendre en charge l'ensemble des patients qui lui en font la demande.

- 64 La réglementation cantonale en matière de maintien à domicile devrait néanmoins se conformer aux exigences du régime d'assurance-maladie obligatoire pour ce qui relève des modalités de fourniture, de coordination et de financement des soins dispensés à domicile. Un financement global et plafonné de l'ensemble des activités de NOMAD devrait donc être évité au profit d'un système différenciant le financement résiduel des soins au sens de la LAMal, et celui des autres prestations de maintien à domicile.
- 65 D'autre part, l'art. 46 L NOMAD, qui prescrit que « toutes les subventions de l'Etat, sous forme d'indemnités, aux prestations permettant le maintien à domicile sont versées à NOMAD », contrevient aux prescriptions fédérales lorsque l'on se trouve en présence de soins prodigués à domicile par des infirmières et infirmiers indépendants ainsi que par des organisations d'aide et de soins à domicile privés. Les intéressés, en leur qualité de fournisseurs de prestations au sens de l'art. 7 OPAS, ont en effet droit à la prise en charge de ces derniers par les caisses-maladie⁴², mais également au versement direct de la part de financement résiduel cantonal.
- 66 L'inéquité entre fournisseurs de soins « publics » et privés – mais qui affecte surtout et en fin de compte les patients – est inhérente à plusieurs facteurs. En effet, la LAMal et ses ordonnances d'exécution prévoient un mode de financement des soins à domicile identique quel que soit le professionnel ou l'institution de santé qui les prodigue. Or, le mode de financement de NOMAD tel que prévu par le droit cantonal ne permet pas de le garantir. Pourtant, du moment qu'un fournisseur de prestations est habilité à exercer à charge de l'assurance-maladie sociale, le patient-assuré peut prétendre à une couverture des soins dispensés par ce dernier, si et tant que les conditions prévues par le régime d'assurance applicable sont remplies. Les différentes prestations de soins à domicile font en outre l'objet d'une tarification au niveau fédéral, qui ne considère pas de manière différenciée les fournisseurs selon qu'il s'agit d'une entité d'utilité publique ou à but lucratif, avec obligation de prise en charge ou non ; il faudrait par conséquent que les normes fédérales arrêtant les tarifs à l'art. 7a OPAS soient adaptées si leur montant devait s'avérer insuffisant.
- 67 Cette situation n'est pas propre au canton de Neuchâtel et a été abordée au Parlement fédéral. La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national a en effet déposé un postulat⁴³ dont la teneur est la suivante : « Le Conseil fédéral est chargé de présenter un rapport montrant dans quelle mesure il existe une inégalité entre les organisations d'aide à domicile privées et leurs homologues publiques ainsi que leurs clientes et leurs clients respectifs. Il y aura lieu de mettre en évidence les disparités en matière de droits et d'obligations. En outre, le rapport devra proposer des mesures à même d'éliminer les éventuelles différences, en mettant l'accent sur le financement, la taxe sur la valeur ajoutée, la qualité, les conditions d'engagement, l'obligation de formation et de formation continue du personnel et l'accès aux prestations ». Le Conseil fédéral en a proposé le rejet, mais ce postulat a été adopté par le Conseil national le 13 mars 2017.

⁴² Les conventions tarifaires prévoyant en règle générale d'appliquer le système du tiers-payant.

⁴³ Po 16.3909, du 3.11.2016, « égalité juridique entre les organisations d'aide à domicile publiques et privées ». Il a été déposé à l'unanimité des membres de la CSSS-N.

4. L'exécution par NOMAD de tâches supplémentaires ne relevant pas de l'aide à domicile au sens strict

4.1. La problématique

- 68 Dans le canton de Neuchâtel, le rôle de NOMAD ne se limite pas à la fourniture de prestations d'aide à domicile. Actuellement, NOMAD est également chargé de contrôler les décomptes trimestriels de prestations que d'autres prestataires de soins ont accomplies (infirmières et infirmiers indépendante-e-s et services privés de soins à domicile). Il incombe ensuite à NOMAD de verser à ces derniers, sur la base de ces décomptes, la part qui leur revient au titre du financement cantonal résiduel. Au sens de l'art. 105b al. 3 LS NE, il appartient enfin à NOMAD de statuer sur les demandes d'aide financière en cas de prestations fournies par l'entourage en vue de favoriser le maintien à domicile d'un proche.
- 69 Dans l'esprit du législateur cantonal, il semble toujours avoir été clair qu'il n'était pas question de cantonner NOMAD à la fourniture de prestations d'aide à domicile au sens du droit cantonal. L'art. 3 LNOMAD dispose d'ailleurs, de manière générale, que NOMAD est chargé de favoriser le maintien à domicile sur tout le territoire du canton de Neuchâtel, afin, entre autres, de maîtriser l'évolution des coûts de la santé par une affectation optimale des ressources à disposition. Le Conseil d'Etat a ainsi envisagé, dans le cadre de la planification médico-sociale, d'attribuer à NOMAD le rôle de « premier partenaire de l'Etat dans la conduite de la mise en œuvre de la planification ». Il n'a pas réellement entendu spécifier dans la loi les tâches qu'il conviendrait de confier à cet établissement cantonal⁴⁴. Il précisait cependant dans son rapport explicatif qu'il entendait confier la régulation opérationnelle des prestations de maintien à domicile à une structure responsable adaptée qui devrait orienter efficacement les personnes âgées dans le réseau⁴⁵.
- 70 L'attribution à NOMAD de tâches supplémentaires qui ne relèvent pas à strictement parler de la fourniture de prestations d'aide à domicile soulève évidemment diverses questions et interrogations. Des doutes ont ainsi été soulevés au Grand Conseil et en commission quant à la légalité du système actuellement mis en place dans le domaine du versement de la part résiduelle cantonale⁴⁶. L'Association suisse des infirmiers et infirmières (ASI) du canton de Neuchâtel a quant à elle requis de Mme Ariane Ayer, Dr iur et avocate, un avis de droit relatif au paiement de la part résiduelle cantonale et sur la légalité du système neuchâtelois mis en place à cet égard à l'aune du nouveau financement des soins imposé par la LAMal⁴⁷. Cet avis de droit arrive à la conclusion qu'« il existe un droit direct des fournisseurs de prestations autorisés à percevoir la part résiduelle pour les activités remboursées par la LAMal » et qu'« il est douteux que la condition du versement de toutes les indemnités à NOMAD soit compatible avec le droit fédéral »⁴⁸.

⁴⁴ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 406.

⁴⁵ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 426.

⁴⁶ Voir notamment les propos de M. Laurent Kaufmann, in : Procès-verbal de la séance du Grand Conseil du 23 février 2016, p. 63.

⁴⁷ A. AYER, Avis de droit : contribution cantonale aux soins de longue durée, Fribourg, le 25 novembre 2014.

⁴⁸ A. AYER, Avis de droit : contribution cantonale aux soins de longue durée, Fribourg, le 25 novembre 2014, p. 12 s.

71 Il s'agit donc à ce stade de déterminer si et dans quelle mesure il est possible, d'un point de vue juridique, de déléguer et de confier à NOMAD d'autres tâches que celles qui relèvent de la fourniture de prestations d'aide et de soins à domicile *stricto sensu*. Dans ce contexte, il faut non seulement d'apprécier la licéité du système actuellement mis en place dans le domaine du financement résiduel cantonal (*infra* 5.2), mais aussi d'aborder, de manière générale, la question de l'éventuelle « délégalibilité » d'autres tâches de coordination, d'orientation et de suivi dans le cadre de la planification médico-sociale pour les personnes âgées (PMS) (*infra* 5.3).

4.2. La délégation de tâches dans le domaine du financement résiduel cantonal et de son contrôle

4.2.1. Le système mis en place

72 Comme déjà évoqué plus haut, dans le canton de Neuchâtel, il incombe à NOMAD de procéder au contrôle des décomptes trimestriels des prestations qui sont fournies par d'autres prestataires de soins et qui donnent droit au paiement de la part cantonale et, ensuite, d'effectuer le versement de cette part aux infirmières et infirmiers indépendante-e-s et aux services privés de soins à domicile. Cette particularité neuchâteloise, qui ne ressort pas du régime de financement des soins de longue durée, fait l'objet d'une « directive relative au versement du financement résiduel des soins pour les fournisseurs de soins à domicile privés » (ci-après : la Directive) adoptée le 11 avril 2014 par le Conseiller d'Etat en charge du Département des finances et de la santé.

73 En l'occurrence, cette Directive prévoit que « NOMAD procède exhaustivement ou par sondage au contrôle des décomptes trimestriels » (art. 3 al. 1) et qu'il « calcule et verse la part cantonale dans les 30 jours après leur réception » (art. 2 al. 5). Le paiement en question est financé par le biais d'acomptes versés par le SCSP à NOMAD. Il incombe ensuite à celui-ci d'établir, en fin d'année civile, un décompte final présentant la balance entre les sommes payées et les acomptes reçus pour s'en acquitter. Selon les indications fournies par le SCSP, NOMAD effectue uniquement un contrôle arithmétique des décomptes des caisses-maladie, sans se prononcer sur le bien-fondé du remboursement des prestations. Rappelons à cet égard que le contrôle du bien-fondé des prestations n'est pas du ressort du canton, mais des assureurs sociaux amenés à prendre en charge les prestations de soins à domicile.

74 Selon la Directive, les décomptes trimestriels des prestations admises et remboursées par les caisses-maladie doivent être présentés au moyen de tableaux fournis par le SCSP et être accompagnés de pièces qui justifient l'admission des prestations par les assureurs-maladie. Les pièces justificatives peuvent consister en différentes pièces : en décomptes de factures, en décomptes établis par l'assureur-maladie, en décomptes de prestations établis par un organisme de facturation selon un modèle reconnu par le SCSP, voire en décomptes bancaires ou postaux (art. 2, al. 2 et 3).

75 Il semblerait qu'en pratique, les pièces remises ne soient pas anonymisées ; il s'agit par exemple de factures établies pour la dispensation de soins, avec indication du nom du patient-assuré. Notons toutefois que la Directive précise cependant que les données traitées par NOMAD dans ce cadre ne peuvent pas être affectées à d'autres buts.

4.2.2. Le respect des conditions générales de délégation de tâches publiques

- 76 Contrairement à d'autres constitutions cantonales, la constitution neuchâteloise ne renferme aucune disposition traitant directement de la question de l'externalisation de tâches étatiques à des entités autonomes de droit public. Elle ne prévoit donc pas expressément la possibilité de déléguer l'exécution de tâches publiques à de telles entités externes. Cette lacune ne vaut toutefois pas comme un silence qualifié du constituant cantonal. On admet en effet qu'une base constitutionnelle expresse n'est pas nécessaire pour procéder à une délégation de tâches à une *organisation de droit privé*⁴⁹. Une telle opinion vaut également s'agissant des délégations de tâches à un *organisme de droit public*.
- 77 Si elle ne nécessite aucune base constitutionnelle expresse, la délégation de tâches publiques à des organismes externes à l'administration doit évidemment respecter le principe de la *légalité*. Cela signifie en particulier que l'externalisation d'une tâche publique doit normalement reposer sur une « loi » parlementaire. La portée de cette exigence peut certes être légèrement relativisée en fonction de l'activité déléguée et de la forme du délégataire, notamment dans le domaine de l'administration de promotion et de prestation⁵⁰. Il est ainsi possible qu'une autorité exécutive reçoive du législateur, par avance et de manière implicite, la compétence de déléguer l'exécution de certaines tâches politiquement peu importantes et peu intrusives à des entités autonomes⁵¹. A l'inverse, la doctrine considère que l'externalisation d'une tâche, qui est importante ou qui implique le traitement de données personnelles sensibles, doit en principe pouvoir reposer sur une base légale formelle⁵².
- 78 Le problème qui se pose en l'espèce est que la tâche déléguée à NOMAD dans le domaine du financement résiduel cantonal, comme pratiquement toutes les activités déployées dans le cadre des assurances sociales, ne peut s'effectuer sans que des données personnelles ne soient traitées. Certaines de ces données, telles que les données d'ordre médical, sont évidemment des « données sensibles » au sens du droit de la protection des données⁵³. A partir de là, il est douteux que la délégation qui a été faite à NOMAD par le biais de la Directive du 11 avril 2014 dans le domaine du versement de la part résiduelle cantonale satisfasse au principe de la légalité (*supra* N 72 s.).

⁴⁹ Cf. dans ce sens, notamment, F. BELLANGER, Notions, enjeux et limites de la délégation d'activités étatiques, in : Favre Anne-Christine, Martenet Vincent, Poltier Étienne (édits), *La délégation d'activités étatiques au secteur privé*, Genève/Zurich 2016, p. 43-66, spéc. 58 ; Komm. KV LU-RICHLI, N 59 ad §14 Cst. LU ; T. JAAG, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen*, in : Jaag Tobias (édit.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben : Referate einer Tagung vom 29. September 1999*, Zurich 2000, p. 23-48, spéc. 37.

⁵⁰ ATF 138 I 378 c. 7: « Die Anforderungen an die Bestimmtheit der formell-gesetzlichen Grundlage sind geringer, wenn es um den Bereich der Leistungsverwaltung oder um Tätigkeiten geht, die nach marktwirtschaftlichen Prinzipien geregelt werden (...). Insbesondere im Bereich der wirtschaftlichen Tätigkeit des Staates kann die gesetzliche Grundlage nicht zu detailliert sein, um die unternehmerische Tätigkeit nicht zu behindern, namentlich dann, wenn damit eine unabhängige staatliche Anstalt betraut wird (...). Die gesetzliche Grundlage muss aber zumindest den Sachbereich umschreiben, in welchem die Tätigkeit erfolgen soll (Spezialitätsprinzip [...]) ».

⁵¹ HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Zurich 2016, N 1547 s. ; BSK BV-MÜLLER (2015), N 36 ad art. 178 ; SG Komm. BV-BIAGGINI, N 33 ad art. 178 ; MAHON PASCAL, in: Aubert/Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale*, Zurich 2003, N 10 ad art. 178.

⁵² T. JAAG, *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben: Formen, Voraussetzungen und Rahmenbedingungen*, in : Jaag Tobias (édit.), *Dezentralisierung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Zurich 2000, p. 23 ss, spéc. 40 ; aussi I. HÄNER, *Organisationsrecht (ausgewählte Fragen)*, in : Biaggini Giovanni et al. (édits), *Fachhandbuch Verwaltungsrecht*, Zurich/Bâle/Genève 2015, p. 1165 ss, N 28.41 .

⁵³ Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 2000, p. 219 ss, spéc. 223.

- 79 Une conclusion similaire s'imposerait même s'il était possible de considérer que la Directive en question peut se fonder sur les art. 12 al. 6 et art. 14 al. 4 du Règlement. Ces deux dispositions, qui attribuent au Département la charge de définir les modalités du versement de la part cantonale en faveur des organisations d'aide et de soins à domicile, respectivement en faveur des infirmières et infirmiers indépendants, ne représentent pas des bases légales au sens formel.
- 80 Il semble enfin périlleux de prétendre que la délégation actuellement opérée dans le domaine de la surveillance et du versement du financement résiduel des soins pourrait se fonder sur l'art. 46 L NOMAD. Certes, cette disposition légale exige que l'ensemble des prestations liées au maintien à domicile soit versé à NOMAD, à charge pour celui-ci de reverser les montants à des prestataires tiers. Il n'est cependant pas clairement établi que la notion de « maintien à domicile » couvre également la part résiduelle cantonale selon la LAMal (cf. N 13)⁵⁴. Autrement dit, la base légale paraît trop imprécise et obscure pour justifier la délégation de la surveillance et du versement du financement résiduel des soins, ce d'autant plus que la délégation, qui est opérée en faveur d'une entité concurrente aux acteurs du marché surveillés, représente une mesure inhabituelle d'un point de vue politique.

4.2.3. Le respect de la LAMal

- 81 Comme cela a déjà été rappelé plusieurs fois, l'art. 25a LAMal impose au canton de résidence de l'assuré de couvrir la part résiduelle des prestations de soins ambulatoires qui ont été prodigués par des infirmier-ère-s indépendant-e-s ou par des organisations de soins et d'aide à domicile et dont le remboursement est prévu par l'art. 7 OPAS.
- 82 Ainsi, comme le relève ARIANE AYER dans l'avis de droit mentionné ci-avant (cf. N 70) et comme nous l'avons exposé précédemment (cf. N 47 ss), les cantons n'ont pas de marge de manœuvre pour imposer des conditions additionnelles à celles prévues par la LAMal pour le remboursement de la part résiduelle cantonale des prestations prévues par les art. 25a LAMal et 7 OPAS. Ils doivent couvrir la part résiduelle des coûts des prestations prodiguées par des fournisseurs de prestations admis à pratiquer à charge de la LAMal, dès lors que les prestations fournies répondent aux conditions fixées par l'art. 7 OPAS. Autrement dit, ils ne peuvent pas refuser de rembourser des fournisseurs de prestations admis ou des catégories de fournisseurs de prestations, ni leur imposer des conditions restrictives non prévues par la législation fédérale en matière d'assurance-maladie obligatoire⁵⁵.
- 83 Le fait qu'il existe, à l'aune de l'art. 25a LAMal, un droit des prestataires de soins au versement de la part cantonale ne signifie pas encore que ces mêmes prestataires jouissent du droit d'obtenir un tel versement sans même déposer de requête formelle en ce sens. Le canton peut – voire doit – contrôler que les conditions donnant droit au versement de la part résiduelle cantonale sont réunies. Pour ce faire, il lui est loisible d'exiger que la demande déposée par les prestataires de soins remplisse certaines conditions formelles. De telles exigences – que l'on retrouve dans différents domaines où les administrés ont droit à une prestation de l'État – relèvent des compétences d'exécution des cantons en matière d'exécution du financement

⁵⁴ Voir aussi A. AYER, Avis de droit : contribution cantonale aux soins de longue durée, Fribourg, le 25 novembre 2014, p. 12.

⁵⁵ ATF 138 I 410 c. 4.3. Cf. ég. 140 V 58. A. AYER, Avis de droit : contribution cantonale aux soins de longue durée, Fribourg, le 25 novembre 2014, p. 3 à 5.

résiduel (art. 25a al. 5 LAMal). D'autres cantons connaissent d'ailleurs un système similaire à celui prévu par le canton de Neuchâtel⁵⁶.

- 84 En somme, pour reprendre les mots de M. Laurent Kurth, « il n'est pas question d'imposer des conditions autres que celles prévues par la LAMal »⁵⁷. En revanche, il est nécessaire que ces conditions soient vérifiées avant que les paiements n'interviennent, afin de ne pas les exécuter à l'aveugle. La délégation à NOMAD de tâches dans le domaine du financement résiduel cantonal et de son contrôle respecte ainsi le cadre fixé par la LAMal et, en particulier, celui imposé par son art. 25a.
- 85 Précisons encore, à toutes fins utiles, qu'un système de contrôle impliquant une révision de factures fournies en vue du remboursement de prestations par le canton, impliquant une vérification du domicile ainsi qu'un contrôle de plausibilité concernant le montant desdites factures, est généralement considéré comme conforme aux exigences de la protection des données, notamment à celle déduite de l'art. 84 LAMal⁵⁸.

4.2.4. Le respect du principe de neutralité concurrentielle

- 86 Selon l'art. 2 al. 2 du Décret approuvant les options stratégiques de NOMAD pour la période 2015-2022, lequel a été approuvé par le Grand Conseil le 23 février 2016, le canton doit veiller à l'impartialité de NOMAD dans ses rapports avec les autres intervenants du domaine du maintien à domicile. En adoptant, le même jour, la Motion de la commission Santé « Conformité de la loi sur NOMAD de 2016 avec le droit fédéral », le Parlement cantonal a en outre prié le Conseil d'État d'étudier les voies et moyens d'assurer une parfaite égalité de traitement entre les acteurs privés de l'aide à domicile. Ces différentes mesures traduisent la peur que les différentes tâches publiques déléguées à NOMAD, autres que celle de l'exécution d'une pure aide à domicile, procure celui-ci une position dominante ou, du moins, privilégiée sur le marché et conduise à une distorsion de la libre concurrence entre les différents prestataires de santé.
- 87 Pour rappel, au sens de la jurisprudence fédérale, la composante individuelle de la liberté économique (art. 27 Cst.) ne confère aux particuliers aucune protection contre la concurrence. Si une entreprise étatique entre en concurrence avec les mêmes droits et obligations qu'un entrepreneur privé, elle représente simplement un concurrent supplémentaire sur le marché, ce qui ne constitue pas une restriction de la liberté économique individuelle⁵⁹. La création d'une telle entreprise doit cependant demeurer neutre au sein du libre marché ou ne pas entraîner de distorsion de concurrence (art. 94 Cst.) ; autrement dit, l'entreprise doit être soumise à des conditions de concurrence identiques à celles d'une entreprise privée similaire⁶⁰.
- 88 Il est vrai – et Tribunal fédéral le reconnaît aussi – que la combinaison d'un monopole ou d'une administration souveraine, d'une part, et d'une activité soumise à la concurrence, d'autre part,

⁵⁶ Voir l'art. 6 des Directives vaudoises établies par le Département de la santé et de l'action sociale du canton de Vaud relatives au financement résiduel de l'Etat des soins effectués par les infirmiers et les infirmières exerçant de façon professionnellement indépendante, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2016.

⁵⁷ Voir Procès-verbal de la séance du Grand Conseil du 23 février 2016, p. 68.

⁵⁸ Voir la prise de position de l'association des commissaires suisses à la protection des données intitulée, « Le contrôle cantonal des factures de prestations stationnaires dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins », du 11 mars 2015, consultée sur www.privatim.ch > Prises de position, le 1^{er} septembre 2017.

⁵⁹ ATF 138 I 378 c. 6.2 ; aussi TF, 23.09.2004, 2P.67/2004, c. 1.5, in : ZBI 106/2005, p. 424.

⁶⁰ ATF 130 I 96 c. 3.7 ; ATF 129 III 35 c. 5.3 = JdT 2003 I 127.

peut présenter le danger d'une certaine distorsion de la concurrence lorsque l'activité monopolistique met l'entreprise étatique en rapport avec les clients et que celle-ci bénéficie par là d'un avantage sur la concurrence⁶¹. En l'espèce, sur un plan théorique, NOMAD pourrait retirer un certain avantage concurrentiel en raison du fait que, par l'effet de l'exécution des tâches qui lui ont été confiées par le canton dans le domaine du financement résiduel des soins, elle peut avoir connaissance des personnes nécessitant des prestations d'aide à domicile et pourrait utiliser des données déjà en sa possession pour rechercher des clients.

- 89 Il faut cependant partir du constat pratique que NOMAD ne jouit en réalité d'aucun avantage substantiel sur le marché de l'aide à domicile du fait du rôle qu'il exerce dans le domaine du financement résiduel cantonal. A supposer que NOMAD jouisse de la possibilité (théorique) d'effectuer un contact initial avec des clients potentiels dont elle aurait connaissance par le biais des documents remis en vue du versement de la part résiduelle cantonale, NOMAD ne dispose pas des ressources financières et humaines pour mettre en place une stratégie de démarchage. Dans ces conditions, il n'y a pas lieu de redouter une distorsion de la concurrence.
- 90 Il faut, pour le reste, rappeler que la Directive interdit à NOMAD d'utiliser les données acquises dans le cadre de sa tâche de surveillance et de versement du financement résiduel dans d'autres buts. Si, par impossible, NOMAD violait cette obligation dans son activité commerciale, son comportement pourrait être sanctionné par le Conseil d'Etat, fonctionnant comme autorité de surveillance (art. 13 LNOMAD), voire par les moyens que prévoit à cet effet la loi fédérale sur les cartels (LCart)⁶².
- 91 De manière abstraite et théorique, on pourrait en outre craindre une atteinte à la neutralité concurrentielle en ceci que NOMAD ne doit pas déposer de requête pour obtenir le versement de la part cantonale. Cela dit, il est douteux que la charge de travail impliquée par l'obligation de préparer des décomptes trimestriels constitue un désavantage concurrentiel significatif. En outre, comme cela vient d'être évoqué, NOMAD est, lui, placé sous la surveillance du Conseil d'Etat et sous la haute surveillance du Grand Conseil du canton de Neuchâtel auxquels il doit rendre des comptes et des rapports qui nécessitent également une charge de travail. Il n'existe ainsi probablement pas de distorsion de la concurrence réelle à cet égard⁶³.

4.3. La délégation de tâches d'information et de coordination

4.3.1. La nécessité d'informer et de coordonner la PMS

- 92 La planification médico-sociale pour les personnes âgées, telle qu'elle est envisagée depuis 2012 par le Conseil d'Etat, part du constat – problématique en soi – qu'il existe dans le canton de Neuchâtel un décalage entre la manière actuelle de prendre en charge les personnes âgées et les préférences exprimées tant par les professionnels que par les personnes âgées. Le modèle de planification proposé par le gouvernement cantonal et adopté par le Grand Conseil depuis lors entend, à terme, corriger ce décalage. Logiquement, la planification médico-sociale envisagée par le Conseil d'Etat est censée privilégier les lieux de vie considérés comme un

⁶¹ ATF 138 I 378 c. 9.4 ; aussi TF, 22.05.2017, 2C_582/2016, c. 4 ; TF, 05.02.1999, 2P.436/1997, c. 3d et 3e, in : ZBI 101/2000, p. 383.

⁶² ATF 138 I 378 c. 9.4 .

⁶³ Dans un sens comparable, ATF 138 I 378 c. 9.5.

domicile (domicile propre, appartements adaptés, sécurisés et protégés) et favoriser le développement de l'offre des partenaires qui livrent des prestations à domicile⁶⁴.

- 93 Cela étant dit, le développement des prestations à domicile doit être étroitement suivi et piloté, tout comme la création d'appartements pour personnes âgées ainsi que la spécialisation des lits d'EMS. Personne ne contestera que les médecins de famille, les professionnels des soins à domicile et des EMS, les travailleurs sociaux, les membres des associations d'aide, les proches et les familles s'engagent en principe pleinement pour soutenir les aînés. Le problème reste qu'il existe le risque que chaque intervenant agisse de manière isolée. Il manque donc un lien entre tous les acteurs afin que le principe « la bonne personne à la bonne place et recevant les bonnes prestations » devienne systématiquement une réalité. La question est dès lors de savoir s'il serait possible d'attribuer à NOMAD la charge d'assurer un tel lien.

4.3.2. La délégation des tâches d'information et de coordination générales

- 94 Il est évident que le canton peut, sur le principe et de manière générale, déléguer à NOMAD la charge de faire le lien entre les différents acteurs du réseau de santé en organisant, par exemple, des plateformes d'échange et de rencontres, des journées de formation ou en effectuant des statistiques utiles afin que le principe « la bonne personne à la bonne place et recevant les bonnes prestations » devienne systématiquement une réalité⁶⁵. Il va aussi de soi que NOMAD peut recevoir du Conseil d'Etat la mission de mettre à disposition des personnes âgées, de leur entourage et des professionnels du réseau médico-social des informations pertinentes leur permettant de bien connaître les prestations à disposition (par exemple au moyen d'Internet ou de brochures d'information)⁶⁶.
- 95 L'attribution de telles tâches – qui relèvent essentiellement de l'administration de promotion – par le biais d'une directive ou d'un contrat de prestation trouverait un fondement légal suffisant à l'art. 3 let. a et b LNOMAD⁶⁷. Celui-ci dispose que NOMAD a non seulement pour mission de favoriser le maintien à domicile sur tout le territoire du canton de Neuchâtel, mais aussi de collaborer étroitement avec les services de l'Etat, les communes, les milieux associatifs concernés, les intervenants à domicile privés ou publics, pour appliquer la politique de maintien à domicile définie par le Conseil d'Etat.
- 96 D'un point de vue strictement juridique, même si elle renforcerait évidemment la position de NOMAD au sein du réseau des soins, la démarche consistant à octroyer NOMAD certaines tâches générales de coordination et d'information poursuivrait un but objectivement défendable, celui de profiter de l'expérience acquise par ce partenaire dans le domaine du maintien à domicile ainsi que des ressources et des infrastructures à disposition dont il dispose déjà. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de redouter une distorsion des rapports de concurrence, pour autant bien sûr que l'information au public s'effectue de manière neutre, en présentant les différents

⁶⁴ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 405 s. et 414.

⁶⁵ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 407.

⁶⁶ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 424.

⁶⁷ Sur la nécessité d'une base légale, *supra* N 77.

acteurs du réseau de manière transparente et égale, et que l'éventuelle rémunération obtenue par NOMAD pour la tâche publique déléguée ne serve qu'à l'exécution de celle-ci.

4.3.3. Les tâches d'orientation et de soutien directs des personnes âgées et de leur entourage

- 97 Sur le principe, le canton jouit de la faculté de déléguer diverses tâches d'information et de coordination à NOMAD. Une question plus délicate reste celle de savoir si une telle affirmation connaît des limites, notamment s'il est possible de confier à NOMAD n'importe quelle prestation d'information et de coordination dans le cadre de la PMS, en particulier l'exécution d'une procédure d'orientation des personnes âgées nécessitant une aide à domicile.
- 98 Rappelons en effet que l'art. 83c LS NE prévoit que les personnes âgées doivent faire l'objet d'entretiens d'orientation dans le réseau de santé. Ces entretiens, qui doivent avoir lieu à la demande de la personne âgée, de son représentant légal ou du médecin ou lorsqu'une entrée pour un long séjour dans un EMS ou dans une pension est envisagée, ont pour objectifs d'informer et de conseiller les personnes âgées sur leur parcours dans le réseau et visent ainsi à assurer une utilisation adéquate des ressources de santé destinées à leur prise en charge⁶⁸.
- 99 Au sens de l'art. 83c al. 4 LS NE, il appartient au Conseil d'Etat de fixer les modalités de l'entretien (art. 83c al. 4 LS NE). Il est clair, dans l'esprit du législateur, au moment de l'adoption de la planification médico-sociale pour les personnes âgées, qu'une telle tâche pourrait être déléguée en tout – ou en partie – à NOMAD. En effet, selon le rapport explicatif de la PMS, les entretiens d'orientation devaient *a priori* être organisés au sein d'une « structure indépendante » et neutre à créer, cette dernière devant pouvoir s'appuyer, au plan logistique, sur les partenaires du réseau⁶⁹. Du point de vue du principe de la légalité, le fait que le travail d'orientation des personnes âgées au sein du réseau de santé soit éventuellement délégué à NOMAD ne poserait donc aucun problème particulier.
- 100 Sur un plan théorique, il est également possible de soutenir que la charge de mener ou, simplement, d'organiser les entretiens d'orientation à NOMAD ne lui conférerait aucun avantage concurrentiel dans le domaine de l'aide à domicile. Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport explicatif relatif à la PMS, l'avis des professionnels ayant participé à l'entretien ne serait pas prépondérant et n'engagerait pas les prestataires de santé. Les partenaires du réseau présents lors de l'entretien d'orientation auraient pour mission d'informer au mieux la personne à orienter sans que l'avis d'eux soit prédominant. Une fois le conseil donné, les professionnels impliqués ne seraient pas en charge de l'exécution de la décision de la personne âgée (trouver un appartement adapté, placement dans un EMS, organisation de pres-

⁶⁸ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 406.

⁶⁹ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 427.

tations à domicile, etc.). La personne devrait ensuite s'appuyer sur son réseau familial ou demander un appui à l'organisme de son choix, sachant que les informations utiles seraient disponibles⁷⁰.

- 101 En réalité et sur un plan pratique toutefois, il est évident qu'une prise en charge des entretiens d'orientation par NOMAD procurerait à celui-ci une position avantageuse sur le marché des prestations d'aide à domicile. Il s'agit évidemment de ne pas négliger la situation de dépendance et de désarroi dans laquelle peuvent se trouver certaines personnes âgées sollicitant une aide. Celles-ci – tout comme leur entourage d'ailleurs – présenteraient la tendance naturelle et évidente de s'adresser aux services qu'ils connaissent et avec lesquels ils sont en contact, en l'occurrence NOMAD.
- 102 Ce que nous venons d'exposer à propos de la tâche d'orientation dans le réseau de santé vaut *mutatis mutandis* s'agissant d'autres tâches envisagées par le Conseil d'Etat dans le cadre de la PMS, comme celle de formation et de soutien des proches aidants⁷¹. En effet, l'Etat, en confiant l'exécution d'une telle tâche publique à NOMAD, offrirait également un avantage majeur à cet établissement. Il est probable qu'une partie de personnes qui bénéficieraient ou qui auraient bénéficié d'une aide ou d'une formation dispensée par NOMAD présenteraient la tendance à confier, du fait de l'urgence ou simplement par facilité, les personnes âgées qu'ils soutiennent ou qu'ils ont soutenues aux services de NOMAD, dès lors que celui-ci représenterait un service connu avec lequel ils entretiendraient déjà des contacts.

4.4. Bilan et recommandations

- 103 Il résulte ce qui précède que, d'un point de vue juridique, la délégation à NOMAD des tâches de contrôle et de versement du financement résiduel des soins est admissible dans son principe. Telle qu'effectuée actuellement, elle ne satisfait cependant pas aux exigences déduites du principe de la légalité. Une délégation par le biais d'une simple directive ne respecte pas celui-ci. En l'état du droit, il conviendrait dès lors que le canton se charge du contrôle et de versement du financement résiduel des soins.
- 104 Dans la mesure où le canton voudrait que NOMAD continue d'exécuter les tâches de contrôle et de versement du financement résiduel des soins, il conviendrait d'adopter une base légale en ce sens. Cette base légale doit *a priori* être de niveau parlementaire. Il n'est pas totalement exclu d'envisager que le Conseil d'Etat adopte une base légale réglementaire en ce sens. Dans un tel cas néanmoins, il conviendrait d'imposer une anonymisation des pièces remises à NOMAD par les prestataires de soins externes demandant le versement de la part cantonale afin d'éviter que l'établissement autonome ne soit amené à avoir connaissance et à traiter des données personnelles sensibles.
- 105 Sur le principe, le canton jouit aussi de la faculté de déléguer diverses tâches d'information et de coordination générales à NOMAD. En revanche, il lui est déconseillé de confier à NOMAD d'autres tâches d'orientation et de soutien directs des personnes âgées et de leur entourage,

⁷⁰ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 427.

⁷¹ Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 424.

en particulier l'exécution d'une procédure d'orientation par entretien des personnes âgées nécessitant une aide à domicile.

5. Le traitement à des fins de statistiques des données récoltées lors du contrôle du financement résiduel

5.1. La problématique

- 106 Selon les informations transmises dans le cadre du présent avis de droit, le SCSP souhaite mettre en place, dans le cadre de la PMS pour les personnes âgées, un système d'information dans le domaine de l'aide à domicile. Celui-ci devrait notamment permettre de disposer de statistiques sur le nombre de personnes prises en charge, sur le type et l'intensité des soins prodigués aux personnes âgées et sur les professionnels et institutions de santé qui fournissent de tels soins.
- 107 A cette fin, le SCSP s'interroge sur la possibilité d'utiliser les informations récoltées par NOMAD dans le cadre du financement résiduel des soins. Il est vrai que l'Office fédéral de la statistique (OFS) établit déjà une statistique de l'aide et des soins à domicile. La statistique en question, prévue au n° 60 de l'annexe de l'Ordonnance fédérale sur les relevés statistiques⁷², s'avère néanmoins très générale et ne fournit pour l'heure aucune donnée individuelle sur la clientèle⁷³.
- 108 En clair, le SCSP envisage d'opérer ce que l'on appelle un « appariement longitudinal de données », lequel consiste à associer à des moments différents (au minimum une fois par année) les variables d'une même unité présentes dans des sources de données administratives identiques, afin d'identifier des changements et des évolutions⁷⁴. En soi, un tel appariement de données pourrait *a priori* s'avérer utile. Il s'agirait de mettre en place une base de données qui renseigne sur le recours à diverses prestations d'aide à domicile, sur les prestations fournies ainsi que sur les coûts qui en découlent, le cas échéant en « anonymisant » les bénéficiaires de prestations par le truchement de leur numéro AVS. Il serait ainsi possible de suivre les personnes nécessitant une aide chez plusieurs fournisseurs de prestations et de reconstituer leur parcours médical. Cela permettrait de comparer l'efficacité et le caractère économique de différentes formes de traitement et de prise en charge⁷⁵.
- 109 Notons également que l'appariement de données permet une utilisation efficiente des données existantes, synonyme d'économies de temps et d'argent pour les organes de relevé et les milieux interrogés. L'appariement des données est donc conforme au principe d'efficience visé à l'art. 6 al. 2 de la loi sur la statistique cantonale (LStat NE)⁷⁶, principe selon lequel il convient de renoncer à organiser un relevé lorsque les données requises sont déjà disponibles⁷⁷.
- 110 Habituellement, les appariements longitudinaux posent moins de problèmes et de difficultés que les appariements transversaux, du fait que les données proviennent du même relevé réalisé à des moments différents. Le risque qu'on puisse en dégager des profils sensibles n'en

⁷² Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux du 30 juin 1993 (RS 431.012.1).

⁷³ Voir www.bfs.admin.ch > Trouver des statistiques > Santé Système de santé > Aide et soins à domicile, consulté le 31 août 2017.

⁷⁴ Voir notamment Directives de l'OFS sur l'appariement, Version 1.1 du 22 février 2017, point 4.1.2.

⁷⁵ Voir aussi dans ce sens, Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier), du 15 septembre 2004, FF 2004 5207, spéc. 5229

⁷⁶ RSN 150.6.

⁷⁷ Voir aussi OFS, Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1), du 17 mai 2013, p. 10

existe pas moins⁷⁸. A cela s'ajoute que l'appariement de données est, en soi, souvent problématique du point de vue de la protection des données, car il est généralement effectué sans que les personnes concernées en soient informées et puissent donner leur aval ; leur droit à l'autodétermination en matière d'informations n'est donc pas respecté. Le problème concerne tout particulièrement l'appariement de données individuelles sensibles telles que des données médicales⁷⁹.

- 111 Il s'agit par conséquent de déterminer si – et dans quelle mesure – la LAMal et ses ordonnances d'application, mais aussi le droit cantonal de la protection des données autorisent l'utilisation par un canton de données relatives à la facturation des soins à domicile pour les affecter à un autre but. Une telle intention implique en effet le traitement de données personnelles, dont certaines sont de plus considérées comme sensibles à l'instar des données de santé ou des mesures d'aide sociale. Un tel traitement doit respecter un cadre légal arrêtant non seulement différents principes applicables à tout traitement de données personnelles, mais également des dispositions spécifiques au domaine de l'assurance-maladie obligatoire.

5.2. Généralités

5.2.1. Les bases légales applicables

- 112 La collecte et le traitement de données personnelles par des organes étatiques cantonaux sont régis par le droit cantonal de la protection des données. En effet, La loi fédérale sur la protection des données (ci-après : LPD)⁸⁰ régit le traitement de données uniquement si celui-ci est effectué par des personnes privées ou par des organes fédéraux (art. 1 al. 1 LPD). Cette limite imposée au champ d'application de la LPD signifie très concrètement que le traitement de données par le SCSP ou par tout autre organisme public cantonal relève du droit cantonal, en l'occurrence de la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE)⁸¹. Le fait que le traitement en cause porte sur des données obtenues en application des lois fédérales en matière d'assurances sociales n'y change rien⁸².
- 113 Notons que dans les autres cantons, le traitement des données par l'organisation de soins à domicile Spitex est également soumis aux exigences du droit cantonal relatif à la protection des données, non à celles fixées par la LPD, alors même qu'il s'agit là d'un organisme de droit privé⁸³. L'élément déterminant est que Spitex exécute une tâche publique incombant aux cantons.
- 114 Le fait que le traitement des données par le SCSP ou par le NOMAD relève, sur le principe, du droit cantonal à l'exclusion de la LPD, ne signifie pas que ces deux entités ne doivent

⁷⁸ Voir notamment Directives de l'OFS sur l'appariement, Version 1.1 du 22 février 2017, point 7.1.

⁷⁹ Voir aussi OFS, Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1), du 17 mai 2013, p. 4.

⁸⁰ RS 235.1.

⁸¹ RSN 150.30.

⁸² Y. PRIEUR, Datenschutz im Sozialversicherungswesen, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (édits), Datenschutzrecht, Bâle 2015, p. 431 ss, N 13.6. Art. 2 let. c CPDT-JUNE.

⁸³ Voir, p. ex., l'avis du Préposé à la protection des données du canton de Zoug, Datenerhebung durch Spitex, consulté sur <https://www.zg.ch/behoerden/staatskanzlei/kanzlei/gvp/gvp-2012/datenschutzpraxis/datenschutzgesetz/datenerhebungen-durch-die-spitex>, le 25 août 2017.

respecter aucune prescription légale de droit fédéral en cas de traitement de données médicales. Dans la mesure où un organe cantonal applique une loi fédérale sur les assurances sociales, il doit évidemment observer les dispositions que cette loi peut contenir à propos du traitement des données personnelles⁸⁴. En l'occurrence, la LAMal comprend quelques dispositions sur la question du traitement des données, notamment lorsque celui-ci est envisagé à des fins statistiques et de planification. Ces prescriptions doivent être respectées par les organes qui sont chargés d'appliquer la loi en question, ce même lorsque les organes en question sont de niveau cantonal⁸⁵.

- 115 Dans sa jurisprudence, le Tribunal fédéral a déjà eu l'occasion de considérer que le traitement des données dans le domaine de l'assurance-maladie s'appréciait en premier lieu sur la base des dispositions spéciales de la LAMal, lesquelles concrétisent le droit général des patients à la protection des données qui peuvent les concerner. La LAMal prime dans cette mesure sur les éventuelles dispositions récentes ou spéciales contenues par les lois générales, de niveau fédéral ou cantonal, sur la protection des données⁸⁶. En revanche, celle-ci restent applicables à l'ensemble des problématiques que la LAMal ne règle pas ou, alors, que partiellement⁸⁷.

5.2.2. L'utilisation du numéro AVS en particulier

- 116 La possibilité, pour les organes cantonaux, d'utiliser le numéro AVS n'est évidemment pas réglée prioritairement par CPDT-JUNE. Une telle question relève en premier lieu de la législation fédérale spéciale en matière d'assurances sociales.
- 117 Depuis le 1^{er} décembre 2007, la loi fédérale sur l'AVS prévoit que les services et les institutions chargés de tâches relevant de la sécurité sociale en dehors de l'AVS sont habilités à utiliser systématiquement le numéro AVS à condition qu'une loi fédérale les y autorise et que le but de l'utilisation et les utilisateurs légitimés soient définis (art. 50d al. 1 LAVS). Cette même loi concède même assez généralement le droit d'utiliser le numéro AVS à d'autres services et institutions chargés de l'application du droit cantonal : il suffit simplement qu'une loi cantonale le prévoit (art. 50e al. 3 LAVS). Sur le principe donc, l'utilisation du numéro AVS est possible dans d'autres domaines que celui de l'AVS, pour autant qu'il existe une base légale fédérale ou cantonale claire en ce sens.
- 118 En l'occurrence, l'art. 83 LAMal reconnaît expressément que les organes cantonaux sont habilités à utiliser systématiquement le numéro d'assuré AVS pour l'accomplissement de leurs tâches légales liées à l'application, au contrôle et à l'exécution de cette même loi. Cependant, comme nous le verrons plus loin, il n'est pas totalement certain que la collecte et le traitement de données LAMal par les cantons à des fins statistiques représente une tâche de la compétence des cantons au sens de la LAMal. A partir de là, il pourrait s'avérer utile d'adopter, en droit cantonal, une base légale claire à un éventuel appariement des données obtenues dans le cadre du financement résiduel des soins à domicile, dès lors que cet appariement ferait appel au numéro AVS.

⁸⁴ Message concernant le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, p. 226 s.

⁸⁵ Message concernant le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, p. 226 s.

⁸⁶ ATF 133 V 359 c. 6.4.

⁸⁷ EUGSTER/LUGINBÜHL, Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung, in: Hürlimann/Jacobs/Poledna (édits), Datenschutz im Gesundheitswesen, Zurich 2001, p. 73 ss, spéc. 80 s.

- 119 Au sens de l'art. 50c al. 3 LAVS, la composition du numéro AVS ne doit permettre aucune déduction sur la personne à qui ce numéro a été attribué. L'idée initiale – et théorique – était de disposer, avec ce nouveau numéro d'assurance sociale, qui a remplacé l'ancien numéro d'AVS à partir de 2008, d'un numéro d'identification non parlant, rendant impossible toute déduction sur des personnes. Le Conseil fédéral pensait ainsi mieux garantir l'anonymat des personnes dans le cas du traitement statistique des données, ce qui était censé améliorer grandement la protection des données⁸⁸. Force est toutefois d'admettre qu'il s'agit là d'une fiction. Les données qui sont rattachées à un numéro AVS ne peuvent pas être considérées comme anonymisées dans la pratique. L'anonymisation de données suppose en effet que le rattachement de données à une personne déterminée soit totalement impossible, y compris pour l'auteur du traitement lui-même⁸⁹.
- 120 L'utilisation d'un identificateur personnel tel que le numéro AVS ne permet pas non plus à elle seule de « pseudonymiser » les données auxquelles se rapportent les données traitées⁹⁰. Le procédé de pseudonymisation tend en effet au remplacement du nom ou d'autres caractéristiques identifiantes par un code (le pseudonyme), de façon à ce que les données ne puissent être attribuées à une personne déterminée que par ceux qui sont capables de – et sont autorisés à – réaliser l'opération inverse⁹¹.

5.2.3. Les statistiques en matière de soins et d'aide à domicile en droit cantonal

- 121 Lors de la révision de la loi sur la santé tendant à mettre en place la planification médico-sociale pour les personnes âgées, les autorités politiques neuchâteloises avaient conscience du fait que la volonté des pouvoirs publics et les instruments de financement ne suffisaient pas à eux seuls à mettre en œuvre la planification et à organiser le réseau. A partir de là, le législateur cantonal a envisagé différentes mesures, comme nous l'avons déjà mentionné : la mise en place d'un mécanisme d'information et de conseil aux personnes âgées, une conduite de la mise en œuvre de la planification par l'entremise par NOMAD et, enfin, un système de collecte de données accompagné d'un suivi statistique⁹².
- 122 Vu ce qui précède, la loi cantonale sur la santé dispose donc déjà que de nombreuses institutions pourraient être contraintes à transmettre au SCSP les informations statistiques nécessaires à la surveillance et au pilotage de la planification médico-sociale pour les personnes âgées. Le législateur a envisagé tout spécialement une obligation de fournir des renseignements pour NOMAD et pour les autres services d'aide et de soins à domicile (voir art. 95a en lien avec art. 78 LS NE), étant précisé que, dans son esprit, il appartenait au SCSP d'assurer le suivi statistique des données transmises⁹³. A l'heure actuelle cependant, aucune donnée

⁸⁸ Message concernant l'harmonisation de registres officiels de personnes du 23 novembre 2005, FF 2006 439, spéc. 482.

⁸⁹ P. MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 437.

⁹⁰ Voir notamment Directives de l'OFS sur l'appariement, Version 1.1 du 22 février 2017, point 5.1 ; aussi la prise de position de l'Association des commissaires suisses à la protection des données intitulées, Anhörung zur Teilrevision der Statistikerhebungsverordnung und zur neuen Verordnung des Eidgenössischen Departements des Innern über die Datenverknüpfung (Datenverknüpfungsverordnung), du 6 juin 2013, consultée sur www.privatim.ch > Prises de position, le 1^{er} septembre 2017.

⁹¹ P. MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 446.

⁹² Rapport du Conseil d'État au Grand Conseil à l'appui d'un projet de loi portant modification de la loi de santé (LS) (Planification médico-sociale pour les personnes âgées), du 14 mars 2012, 12.013, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2012-2013, Tome 1, p. 405 ss, spéc. 406.

⁹³ Rapport du Conseil d'État, op. cit., p. 428.

n'est encore récoltée de manière systématique et le Département n'a pas déterminé les informations à transmettre et les modalités de cette transmission, comme le droit cantonal lui en délègue le droit, voire la tâche.

- 123 A titre de comparaison et à toutes fins utiles, il convient de préciser, en lien avec la problématique à traiter, que certains cantons suisses ont déjà adopté – et parfois depuis longtemps – des règles cantonales spécifiques concernant la collecte et le traitement de données à des fins statistiques dans le domaine des soins et de l'aide à domicile⁹⁴. Mentionnons en particulier le canton de Lucerne qui a adopté, en 2009, une ordonnance sur la « statistique Spitex »⁹⁵. Celle-ci vise à obtenir des renseignements sur le contenu et le genre de l'offre en matière d'aide et de soins à domicile dans le canton, sur les ressources personnelles des prestataires de services dans ce domaine, sur les dépenses et le financement de ces derniers et sur la demande en prestations d'aide et de soin à domicile. Les différents prestataires de services concernés doivent fournir au canton certaines données relatives à chacun de leurs clients : sexe, année de naissance, commune de domicile, motif d'intervention, type de prestations fournies, nombre d'heure de travail, nombre de jours d'engagement, etc. Ils doivent individualiser les données en utilisant les numéros AVS des clients.

5.3. Le cadre fixé par la LAMal et sa réglementation d'exécution

5.3.1. Remarques générales

- 124 La LPD a régi le traitement de données personnelles effectué par des personnes privées ou par des organes fédéraux dans le domaine de l'assurance-maladie sociale jusqu'à ce que des dispositions spécifiques à ce domaine soient intégrées dans la LAMal, à l'occasion de l'adaptation et de l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales initiées en 1999. Les principes dégagés pour le traitement de données arrêtés dans le cadre de la LPD sont néanmoins restés applicables. La pratique des assurances sociales nécessite en effet le traitement de nombreuses données personnelles, souvent sensibles, qui sont également susceptibles lorsqu'elles sont réunies de créer des profils de la personnalité, soit un « assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique » (art. 3 let. d LPD). Dans la mesure où un tel traitement de données personnelles est de nature à porter atteinte aux droits fondamentaux des assurés, il est nécessaire que cette restriction repose sur une loi au sens formel, ou sur le consentement de l'assuré concerné ; les lois fédérales régissant les assurances sociales ont par conséquent dû être adaptées dans ce sens⁹⁶.
- 125 Ces lois contiennent ainsi des dispositions consacrées au traitement de données en général, qui déterminent quels organes ont le droit de traiter – ou de faire traiter, en veillant à ce que la protection des données soit garantie lors de la « sous-traitance » - des données personnelles et dans quel but ; les organes cantonaux appliquant une loi fédérale d'assurance sociale sont tenus de respecter ces dispositions (cf. N 112 ss)⁹⁷.

⁹⁴ Handkommentar DSG-RUDIN, Art. 6 N 36.

⁹⁵ Verordnung über die Spitex-Statistik du 3 mars 2009, SRL 28h.

⁹⁶ Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 1999 219, 221-222.

⁹⁷ Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 1999 219, 226-227.

126 Les lois fédérales en matière d'assurances sociales contiennent également une disposition consacrée à la communication de données, spontanée ou sur demande, à différents organes participant à l'exécution des assurances sociales mais aussi à d'autres tiers, autorités ou organes administratifs. Si une telle communication n'est pas expressément prévue par la disposition, elle nécessite, quand elle porte sur des données personnelles, un consentement de la personne concernée⁹⁸.

127 Si le traitement de données personnelles sensibles va de pair avec la pratique et la surveillance de l'assurance obligatoire des soins, il doit s'effectuer d'une manière qui lèse le moins possible les droits fondamentaux des assurés concernés, tout en tenant également compte des intérêts et nécessités – souvent difficilement conciliables – d'autres acteurs tels que les assureurs ou encore les fournisseurs de prestations. Evoquant le projet de disposition élaboré au sujet de la facturation des prestations et de leur prise en charge subséquente par les assureurs, en vue de l'adoption de la LAMal, le Conseil fédéral relevait à ce sujet que le système proposé devait permettre « d'atteindre, de la meilleure façon possible, deux objectifs partiellement contradictoires, soit un contrôle efficace des coûts et une bonne protection des droits de la personnalité »⁹⁹.

5.3.2. Les prescriptions de la LAMal relatives au traitement des données personnelles

128 La LAMal contient ainsi des prescriptions régissant de manière générale le traitement des données qui déterminent, synthétiquement, qui est autorisé à traiter, respectivement communiquer des données personnelles, lesquelles, de quelle manière et dans quel but, à ses art. 84 et 84a. Des dispositions particulières règlementent également certains traitements de données personnelles spécifiques, comme lors de la facturation des prestations (art. 42 LAMal), de l'établissement de statistiques (not. art. 23 LAMal) et de la communication par les fournisseurs de prestations aux autorités fédérales de données permettant de surveiller l'application des dispositions de la LAMal relatives au caractère économique et à la qualité des prestations (art. 59a LAMal), ces dispositions spéciales primant alors sur les dispositions générales¹⁰⁰.

129 L'art. 84 LAMal prévoit que « les organes chargés d'appliquer (la LAMal), d'en contrôler ou surveiller l'exécution sont habilités à traiter et à faire traiter les données personnelles, y compris les données sensibles et les profils de la personnalité, qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que la présente loi ou la LSAMal leur assignent, notamment pour : (...) établir le droit aux prestations, les calculer, les allouer et les coordonner avec celles d'autres assurances sociales (let. c), surveiller l'exécution de la présente loi (let. f), et établir des statistiques (let. g) »¹⁰¹.

⁹⁸ Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 1999 219, 229 ss.

⁹⁹ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77, 153.

¹⁰⁰ Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 1999 219, 227.

¹⁰¹ G. EUGSTER, SBVR, N 1544.

130 Pour sa part, l'art. 84a LAMal autorise les organes chargés d'appliquer cette loi ou la LSAMal ou d'en contrôler ou surveiller l'application à communiquer des données, dans la mesure où aucun intérêt privé prépondérant ne s'y oppose, en particulier à¹⁰² :

- « d'autres organes chargés d'appliquer la présente loi ou la LSAMal ou d'en contrôler ou surveiller l'exécution, lorsque ces données sont nécessaires à l'accomplissement des tâches que la présente loi ou la LSAMal leur assignent » (art. 84a al. 1 let. a LAMal), « aux organes de la statistique fédérale, conformément à la loi du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale » (art. 84a al. 1 let. d LAMal) ;
- « aux organismes chargés d'établir des statistiques servant à l'exécution de la présente loi, lorsque les données sont nécessaires à l'accomplissement de cette tâche et que l'anonymat des assurés est garanti » (art. 84a al. 1 let. e LAMal) ;
- « aux autorités cantonales compétentes, s'agissant des données visées à l'art. 22a¹⁰³ qui sont nécessaires à la planification des hôpitaux et des établissements médico-sociaux ainsi qu'à l'examen des tarifs (art. 84a al. 1 let. f LAMal) ».

5.3.3. La facturation des prestations au sens de l'art. 42 LAMal

131 Les prestations de l'assurance obligatoire des soins doivent être facturées selon les modalités arrêtées par les art. 42 LAMal et 59 ss OAMal. Les fournisseurs de prestations doivent ainsi adresser au débiteur de la rémunération - le patient ou la caisse-maladie selon que la prestation est couverte par le système du tiers garant ou payant - « une facture détaillée et compréhensible », mais aussi « toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation ». Dans le système du tiers payant, le fournisseur de prestations doit au surplus adresser à l'assuré une copie de la facture transmise à l'assureur (art. 42 al. 3 LAMal)¹⁰⁴.

132 Le législateur a donné mandat au Conseil fédéral d'arrêter des dispositions portant sur la collecte, le traitement et la transmission des données de facturation (art. 42 al. 3^{bis} LAMal), ce qu'il a fait en adoptant les art. 59 ss OAMal. Plusieurs données personnelles sensibles doivent ainsi être mentionnées dans les factures, par exemple les diagnostics et prestations dispensées, données qui sont détaillées par l'art. 59 al. 1 OAMal. Mais le législateur a également conféré aux fournisseurs de prestations la faculté de ne transmettre les indications d'ordre médical qu'au médecin-conseil de l'assureur « lorsque les circonstances l'exigent » ; ils doivent procéder de manière identique à la demande de l'assuré (art. 42 al. 5 LAMal).

133 L'institution du médecin-conseil a été inscrite dans la LAMal pour jouer, notamment, un rôle de « filtre » entre les assurés (ou le cas échéant leurs fournisseurs de prestations) et les services administratifs leur caisse-maladie, à l'occasion de la prise en charge des prestations et compte tenu du traitement de données personnelles sensibles qu'elle implique. Le médecin-conseil est ainsi amené, quand les fournisseurs de prestations ou les assurés l'ont demandé, à recevoir ces données pour ne transmettre ensuite aux services administratifs que les seules

¹⁰² G. EUGSTER, SBVR, N 1545-1552.

¹⁰³ Cette disposition a été abrogée, son contenu a été transposé à l'art. 59a LAMal.

¹⁰⁴ G. EUGSTER, SBVR, N 1269 ss.

indications dont ils ont besoin pour statuer sur le droit à des prestations, ceci afin de respecter les droits de la personnalité des assurés¹⁰⁵.

- 134 Une préoccupation identique transparait du dispositif mis sur pied par la LAMal et ses ordonnances d'exécution pour la facturation des prestations stationnaires hospitalières, dans lequel les factures sont adressées de manière informatisée au service de réception des données de la caisse-maladie, service qui doit être le seul à pouvoir accéder aux indications médicales (not. art. 59a OAMal). D'autre part, l'art. 42 al. 3 LAMal prévoit qu'en cas de traitement hospitalier, l'hôpital atteste la part du canton et celle de l'assureur de manière séparée. La LAMal ne contient en revanche pas de prescriptions particulières sur les modalités de traitement des données qui intervient lors du versement par les cantons du financement résiduel des soins.
- 135 La transmission de données personnelles sensibles dans le cadre de la facturation de prestations répond à des prescriptions édictées dans le but de préserver autant que possible la sphère privée des patients, en limitant les possibilités de traitement de données personnelles sensibles par les différents services caisses-maladie au strict nécessaire, tout en leur permettant de procéder aux tâches qui leur incombent, en l'occurrence la vérification des conditions posées à la prise en charge des prestations. Les assureurs doivent d'autre part adopter différentes mesures propres à assurer la sécurité et la conservation des données, en les chiffrant ou pseudonymisant, l'utilisation du pseudonyme ou le chiffrement ne pouvant être levés que par leur médecin-conseil (art. 59a^{ter} OAMal).
- 136 La LAMal et ses ordonnances d'exécution ne prévoient pas que les données *nominatives* transmises aux assureurs par les fournisseurs de prestations et les assurés dans le but de se faire rembourser des soins et traitements puissent être utilisées pour une autre finalité par les assureurs, par exemple l'élaboration de statistiques. Comme nous le verrons ci-après, la LAMal comprend en effet plusieurs dispositions spécifiques en la matière, qui prévoient certes la communication de données sensibles, mais anonymisées ou pseudonymisées.

5.3.4. Les statistiques prévues par la LAMal

- 137 Aux termes de l'art. 23 al. 1 LAMal, il appartient à l'Office fédéral de la statistique d'établir « les bases statistiques nécessaires à l'examen du fonctionnement et des effets de la (LAMal) », en collectant « auprès des assureurs, des fournisseurs de prestations et de la population les données nécessaires à cet effet », et en les traitant selon les prescriptions de la loi fédérale sur la statistique (ci-après : LSF¹⁰⁶). En particulier, l'art. 14 al. 1 de cette loi prévoit que « les données collectées ou communiquées à des fins statistiques ne peuvent être utilisées à d'autres fins, à moins qu'une loi fédérale n'autorise expressément une autre utilisation ou que la personne concernée n'y ait consenti par écrit » ; une telle base légale est notamment donnée par l'art. 59a LAMal.
- 138 Cette dernière disposition impose aux fournisseurs de prestations autorisés à pratiquer à charge de l'assurance obligatoire des soins de transmettre aux autorités fédérales compétentes « les données qui sont nécessaires pour surveiller l'application des dispositions de la

¹⁰⁵ Message concernant la révision de l'assurance-maladie, du 6 novembre 1991, FF 1992 I 77, 153.

¹⁰⁶ RS 431.01.

(LAMal) relatives au caractère économique et à la qualité des prestations », et dont la disposition dresse la liste. Les professionnels et institutions de santé interrogés doivent participer à ce relevé ; il appartient à l'Office fédéral de la statistique de collecter ces données, puis de les mettre « à la disposition de l'Office fédéral de la santé publique, du Surveillant des prix, de l'Office fédéral de la justice, des cantons, des assureurs et des organes figurant à l'art. 84a (...) » (art. 59a al. 1 à 3 LAMal).

- 139 Il a de longue date été procédé à différents relevés au niveau fédéral dans le domaine sanitaire, en exécution de la LSF. A l'occasion de la réforme de la LAMal intervenue en matière de financement hospitalier, des dispositions ont été introduites dans cette loi, afin de donner un ancrage légal à certaines tâches statistiques spécifiques pour le domaine de l'assurance obligatoire des soins. La nécessité de procéder à une planification des institutions de soins stationnaires, notamment les hôpitaux et EMS, induite par l'art. 39 al. 1 let. d et al. 3 LAMal nécessite en effet la connaissance de données relevant du domaine hospitalier au sens large, mais également ambulatoire. Il a ainsi paru nécessaire d'impliquer les fournisseurs de soins ambulatoires aux relevés statistiques pour pouvoir « mettre en place une base de données qui renseigne sur le recours à la médecine ambulatoire et ses raisons (diagnostics), sur les prestations fournies ainsi que sur les coûts qui en découlent », permettant ainsi de « suivre le patient chez plusieurs fournisseurs de prestations et de reconstituer son parcours médical, si l'on peut établir un lien entre les données relatives au secteur ambulatoire et celles provenant du domaine hospitalier ». Un accent particulier a été mis sur la protection des données personnelles des assurés traitées dans les relevés, données qui doivent être anonymisées ou du moins pseudonymisées¹⁰⁷. De leur côté, les caisses-maladie doivent elles aussi communiquer à l'OFS plusieurs données relatives à leurs assurés et aux prestations dont ces derniers ont bénéficié, en application de l'art. 35 de la loi fédérale sur la surveillance de l'assurance-maladie (ci-après : LSAMal)¹⁰⁸.
- 140 Les modalités de traitement des données nécessaires à la surveillance dans le cadre de l'assurance-maladie sont arrêtées dans l'OAMal, à ses art. 28 ss. Plusieurs de ces dispositions ont fait l'objet de modifications en 2016, notamment pour permettre le développement du projet MARS (Modules Ambulatoires des Relevés sur la Santé). Les assureurs doivent ainsi et en particulier transmettre à l'OFSP différentes informations relatives aux assurés et aux prestations dont ils ont bénéficié et qui ont été facturées aux caisses-maladie, l'OFSP étant responsable de garantir l'anonymat des assurés lors de la publication de ces informations (art. 28 al. 3 et 5, 28b OAMal)¹⁰⁹.
- 141 Les fournisseurs de prestations doivent pour leur part transmettre à l'OFS les données dont la liste est arrêtée à l'art. 30 OAMal, parmi lesquelles des données relatives aux assurés et aux prestations dispensées à ces derniers. L'anonymat des assurés doit être garanti lors de ce traitement (art. 30a OAMal)¹¹⁰. L'OAMal détermine également la procédure de transmission des données traitées par l'OFS. Son art. 30b al.1 let. b prévoit en particulier que l'OFS transmet aux autorités cantonales compétentes les données communiquées par les fournisseurs de

¹⁰⁷ Message concernant la révision partielle de la loi fédérale sur l'assurance-maladie (financement hospitalier), du 15 septembre 2004, FF 2004 5207, 5226-5229.

¹⁰⁸ RS 832.12.

¹⁰⁹ DFI, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications pour le 1er août 2016, teneur des modifications et commentaire, Berne, juin 2016 p. 4 et 5.

¹¹⁰ DFI, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications pour le 1er août 2016, teneur des modifications et commentaire, Berne, juin 2016 p. 5.

prestations et arrêtées par l'art. 30 OAMal « pour autant qu'elles soient nécessaires pour la planification des hôpitaux, des maisons de naissance et des établissements médico-sociaux (aux sens de l'art. 39 LAMal) » ; une partie de ces données peut aussi être transmise aux cantons si elles sont nécessaires à l'évaluation des tarifs¹¹¹.

142 L'art. 31 OAMal prévoit que les données des fournisseurs de prestations visées par l'art. 59a LAMal fassent également l'objet d'une publication par l'OFSP sous une forme synthétisée (al. 1). Cette synthèse est publiée pour chaque institution au sens de l'art. 39 LAMal, mais aussi pour chaque organisation d'aide et soins à domicile ; les données des autres fournisseurs de prestations ne sont publiées pour leur part que par groupe. Dans tous les cas, les données personnelles des assurés ne sont pas publiées (al. 2)¹¹².

143 Enfin, l'OAMal charge l'OFS d'établir, en collaboration avec l'OFSP, un règlement de traitement relatif à la collecte, au traitement et à la transmission des données visées par l'art. 59a LAMal (art. 30c OAMal). Ce Règlement de traitement¹¹³ donne des précisions ultérieures au sujet des données à collecter, des différentes modalités du relevé, de l'ampleur et du processus de traitement des données en vue de leur transmission et, enfin, des mesures de protection des données personnelles.

144 Pour ce qui concerne la transmission des données, le Règlement de traitement prévoit que l'OFS adresse ces dernières aux destinataires sur demande, cette dernière devant « préciser exactement quelles données sont nécessaires et le but dans lequel elles seront utilisées », la demande pouvant faire l'objet d'une convention pour des transmissions récurrentes¹¹⁴. A cet effet, le Règlement de traitement précise lesquelles des données fournies par les organisations d'aide et soins à domicile ainsi que par les infirmiers indépendants peuvent être transmises, à quels destinataires et dans quel but.

145 L'OFS peut ainsi transmettre aux cantons, dans le cadre de l'évaluation des tarifs, différentes données sur l'activité, des données financières, des données sur la forme des fournisseurs de prestations de soins à domicile et des données sur les prestations. Le Règlement de traitement ne prévoit toutefois pas de transmission dans un but autre que celui d'évaluer les tarifs¹¹⁵. En d'autres termes et en l'état, il ne prévoit pas la transmission aux cantons de tout ou des données fournies par les organisations d'aide et soins à domicile ainsi que par les infirmiers indépendants à d'autres fins, en particulier pour la planification des hôpitaux, maisons de naissance et établissements médico-sociaux, ni *a fortiori* pour la planification de prestations ambulatoires.

5.3.5. Bilan intermédiaire

146 Sans procéder à une analyse plus approfondie des dispositions pertinentes de la LAMal en la matière, on peut se limiter ici à constater que le traitement de données personnelles intervenant dans l'exécution et la surveillance de l'assurance obligatoire des soins obéit à un cadre

¹¹¹ DFI, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications pour le 1er août 2016, teneur des modifications et commentaire, Berne, juin 2016 p. 6-7.

¹¹² DFI, Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), Modifications pour le 1^{er} août 2016, teneur des modifications et commentaire, Berne, juin 2016 p. 7.

¹¹³ OFS, Règlement de traitement, Données des fournisseurs de prestations selon l'art. 59a LAMal, 20 mars 2017.

¹¹⁴ OFS, Règlement de traitement, Données des fournisseurs de prestations selon l'art. 59a LAMal, 20 mars 2017, p. 23.

¹¹⁵ OFS, Règlement de traitement, Données des fournisseurs de prestations selon l'art. 59a LAMal, 20 mars 2017, tableaux 33 à 38, p. 59 à 64.

légal et réglementaire touffu, précis et strict, et particulièrement respectueux de la personnalité des assurés.

147 Le législateur fédéral et le Conseil fédéral semblent avoir eu l'intention de régler de manière exhaustive la question de la collecte de données auprès des prestataires de soins – hospitaliers ou ambulatoires – et de leur traitement à des fins statistiques et de planification par l'OFS. A partir de là, on pourrait certes soutenir que les cantons ne jouissent de plus aucune marge de manœuvre dès lors qu'il s'agirait de procéder à une collecte de données auprès des infirmiers indépendants afin d'établir une statistique cantonale et des profils de soins dans le domaine des soins à domicile. Cela étant dit, aucun élément de la réglementation fédérale ne laisse conclure que la réglementation fédérale, ainsi que le système statistique mis en place par elle, s'opposent à ce que les cantons traitent – ou continuent de traiter – des données à des fins statistiques, si ces données traitées n'ont pas été initialement collectées à des fins statistiques, mais sont à disposition du canton pour d'autres raisons prévues par la loi.

148 Il paraît donc admissible d'envisager que les données transmises dans le cadre du financement résiduel puissent être traitées, elles aussi, à des fins statistiques. Il conviendrait toutefois, le cas échéant, que des standards de protection des données équivalents – ou du moins très proches – à ceux qui sont prévus dans la législation fédérale sur l'assurance-maladie soient respectés. Il est en effet inimaginable que les cantons, en réalisant leurs propres statistiques, mettent en péril un des objectifs clairs de la LAMal et de sa réglementation, en l'occurrence celui de mettre en place un système de statistiques censées permettre d'améliorer la planification des soins dans les cantons, mais tenant fortement compte de l'intérêt à la protection des données des patients.

5.4. Le respect des principes généraux de la protection des données

5.4.1. Remarques générales

149 Comme nous venons de le voir, il n'est pas totalement exclu de considérer que les cantons disposent du droit de mener à bien leur propre statistique à propos des prestations de soins ambulatoires. Une telle conclusion s'impose d'autant plus en l'espèce que les données appelées à être traitées à des fins statistiques ont été obtenues par le biais du financement de la part résiduelle, c'est-à-dire dans l'exécution de tâches découlant de la LAMal, et ne nécessitent donc pas de procédure de collecte particulière auprès des prestataires de soins. Il convient d'examiner les conditions et les limites que devraient respecter une telle étude statistique et la réglementation cantonale qui l'encadrerait à l'aune des principes généraux de la protection des données.

150 En l'occurrence, comme exposé ci-avant, c'est le droit cantonal – et non la LPD – qui régit le traitement des données par les autorités cantonales ou par un établissement cantonal autonome, même lorsque les données en question ont été obtenues dans l'exécution de la LAMal (*supra* N 112). Or, en l'occurrence, la CPDT-JUNE fixent quelques principes importants que l'on retrouve dans toutes les lois relatives à la protection des données :

- Premièrement, à défaut de consentement exprès des personnes concernées, des données ne peuvent être traitées, conformément au principe de la bonne foi, que si une base légale prévoit un tel traitement ou si celui-ci sert à l'accomplissement d'une tâche légale. Par

ailleurs, le traitement en question doit poursuivre un but qui est indiqué lors de la collecte des données, qui est prévu par une base légale ou qui ressort des circonstances (art. 16 et 18 CPDT-JUNE).

- Deuxièmement, les entités responsables du traitement des données peuvent traiter des données, uniquement dans la mesure où celles-ci sont nécessaires et propres à atteindre le but visé. Elles doivent également veiller à la confidentialité de celles-ci et prendre des mesures organisationnelles et techniques appropriées qui permettent de protéger les données contre un emploi abusif (art. 17 et 20 CPDT-JUNE).

151 Il convient en somme d'apprécier la question d'un éventuel traitement à des fins de statistiques des données récoltées lors du contrôle du financement résiduel sous l'angle de sa conformité avec les *principes de légalité et de finalité* (infra 6.4.2), ainsi que sous l'angle de sa conformité avec les *principes de proportionnalité et de sécurité* (infra 6.4.3).

5.4.2. Les principes de légalité et de finalité lors du traitement de données

152 Comme nous venons de le mentionner, les données obtenues lors de l'exécution d'une tâche publique déterminée doivent être traitées conformément aux principes de la bonne foi et de la finalité. En clair, le traitement des données en question doit en principe poursuivre un but qui est indiqué aux personnes lors de leur collecte ou qui ressort des circonstances.

153 Sous cet angle de vue, il pourrait *a priori* sembler exclu d'utiliser les données obtenues dans le cadre du contrôle du financement de la part cantonale pour réaliser des statistiques dans le domaine de la planification des soins et de l'aide à domicile. Rappelons d'ailleurs que la Directive relative au versement du financement résiduel des soins pour les fournisseurs de soins à domicile privés » (ci-après : la Directive), qui a été adoptée le 11 avril 2014 par le Conseiller d'État en charge du Département des finances et de la santé, précise que les données traitées par NOMAD dans ce cadre ne peuvent pas être affectées à d'autres buts (N 75).

154 Le fait est toutefois que la reconnaissabilité d'un traitement de données pour un autre but que celui qui a initialement justifié la récolte des données en question peut aussi résulter directement d'une loi, non seulement d'une information directe des personnes que ces données concernent ou des circonstances (voir art. 18 CPDT-JUNE). Dans le domaine du droit administratif, le principe de la finalité, le principe de la bonne foi et le principe de légalité sont évidemment étroitement liés : la finalité d'une collecte ou d'un traitement de données peut évidemment se déduire d'une base légale contenu dans un acte normatif publié. Très concrètement, lorsqu'il existe une base légale qui prévoit et justifie un traitement de données, le but d'un tel traitement est – théoriquement – reconnaissable par la personne concernée au moment où les données sont récoltées¹¹⁶.

155 Notons d'ailleurs à cet égard que l'art. 53 CPDT-JUNE reconnaît expressément la possibilité de déroger au principe de finalité pour des tâches de planification et de statistiques. Selon cette disposition de droit intercantonal, les entités étatiques qui détiennent certaines données du fait de l'exécution de tâches publiques sont généralement en droit de traiter celles-ci à des fins de recherche, de planification et de statistique, indépendamment du but pour lesquels ces

¹¹⁶ Handkommentar DSG-BAERISWYL, Art. 4 N 36 et 53.

données ont été collectées. Cette disposition, qui s'inspire très fortement de l'article 22 LPD¹¹⁷, autorise ainsi certaines dérogations au principe de la finalité dans le domaine de la protection des données. La question reste en revanche ouverte de savoir si cette norme intercantonale constitue aussi une base légale à elle seule suffisante pour autoriser le traitement à des fins de statistiques et de planification de données personnelles sensibles. Autrement dit, il est certain que l'art. 53 CPDT-JUNE légitime en quelque sorte et de manière générale les traitements de données à des fins statistiques qui ne respecteraient pas le principe de la finalité ; il se peut toutefois qu'elle ne représente pas une base légale suffisante pour de tels traitements de données¹¹⁸.

- 156 Cela étant dit, l'art. 95a LS NE, appliqué en lien avec art. 78 LS NE, pourrait éventuellement représenter en une base légale suffisante à un appariement des données obtenues dans le cadre de financement résiduel cantonal (cf. 6.2.3). Il est toutefois clair que l'adoption d'une base légale matérielle plus précise – le cas échéant de niveau inférieur – aurait le mérite de clarifier la légalité d'un éventuel traitement à des fins statistiques des données obtenues dans le cadre du versement de la part cantonale résiduelle¹¹⁹.
- 157 Reste encore à déterminer si l'art. 84 al. 1 LAMal peut constituer, lui aussi, une base légale suffisamment précise qui pourrait justifier de traiter à des fins statistiques et de planification des données obtenues dans le cadre du financement résiduel cantonal, en dérogation du principe de finalité. La question pourrait avoir une importance toute particulière dans la mesure où l'on considérerait que la LAMal règle de manière exhaustive le traitement des données dans le domaine des soins, y compris le traitement des données à des fins statistiques.
- 158 Pour rappel, l'art. 84 al. 1 LAMal autorise les organes chargés d'appliquer cette loi fédérale à traiter et à faire traiter les données personnelles qui leur sont nécessaires, notamment à des fins statistiques, pour accomplir les tâches que la LAMal leur assignent (*supra* N 128 ss). Le problème reste cependant de déterminer si la LAMal attribue aux cantons une tâche générale de planification en matière de soins à domicile, en plus de celle, mentionnée à l'art. 25a al. 5 LAMal, consistant assez étroitement au financement résiduel de ces soins.
- 159 Une réponse positive à la question qui précède n'est pas exclue. La LAMal octroie aux cantons une large marge d'appréciation quant aux modalités de prise en charge de la part cantonale dans le domaine des soins à domicile ; cette marge d'appréciation leur permet de promouvoir les soins à domicile (p. ex. par le biais d'une part cantonale couvrant l'intégralité des coûts résiduels) ou d'intervenir sur les prestataires de soins de santé, afin que ces derniers maîtrisent au mieux le coût des soins à l'aune de l'art. 32 LAMal (p. ex. par le biais d'une tarification forfaitaire de la part résiduelle)¹²⁰. Autrement dit, la mise en œuvre de l'art. 25a al. 5 LAMal emporte avec elle nécessairement une activité de planification médico-sociale pour les personnes âgées. Notons pour le reste que certains auteurs de doctrine plaident d'ailleurs pour

¹¹⁷ Rapport explicatif de la CPDT-JUNE, Annexe 2 du rapport 12.024 du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de décret portant approbation de la convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE), p. 12.

¹¹⁸ Avis du PPDT-JUNE 2014.0788 publié le 22 août 2014 ; voir aussi, pour la question au niveau fédéral, BK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, Art. 22 N 4.

¹¹⁹ Voir, à titre de comparaison, l'art. 22 al. 2 let. b LPD qui autorise les organes fédéraux à traiter des données personnelles sensibles à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique, même en l'absence de base légale formelle en ce sens.

¹²⁰ ATF 138 I 410 c. 4.2 ; aussi S. PERRENOUD, Soins à l'hôpital, soins à domicile et soins en EMS : quelles différences ? (2^e partie), in : RSAS 2015, p. 524 ss, spéc. 528.

une interprétation large de l'art. 84 LAMal, qui autoriserait pratique n'importe quel traitement de données qui servirait concrètement à l'objectif général de maîtrise des coûts de la santé¹²¹.

5.4.3. Les principes de proportionnalité et de sécurité lors du traitement de données

160 Comme toute activité étatique, le traitement de données doit être effectué dans le respect du principe de la proportionnalité. Cette exigence se retrouve expressément à l'art. 17 CPDT-JUNE. Elle se retrouve également à l'art. 84 LAMal qui prévoit les organes chargés d'appliquer la présente loi, d'en contrôler ou surveiller l'exécution sont habilités à traiter et à faire traiter les données personnelles qui leur sont « nécessaires » pour accomplir les tâches que la présente loi leur assigne. Le législateur fédéral se réfère ici au principe de la proportionnalité, qui régit tout le droit administratif (art. 5 al. 2 Cst. et art. 36 al. 3 Cst.) et qui exige en l'occurrence que le nombre et la nature des données personnelles recueillies, le flux de ces données et la durée de leur conservation se limitent à ce qui est nécessaire à l'accomplissement des tâches légales¹²².

161 La jurisprudence et les auteurs de doctrine juridique divisent traditionnellement le principe de la proportionnalité en trois volets : celui de l'aptitude ou de l'adéquation, qui exige que le moyen choisi soit propre à atteindre le but visé ; celui de la nécessité, qui impose qu'entre plusieurs moyens adaptés, on choisisse celui qui porte l'atteinte la moins grave aux intérêts en cause ; celui de la proportionnalité au sens étroit, qui requiert de mettre en balance les effets de la mesure choisie sur la situation des personnes concernées avec le résultat escompté du point de vue du but visé¹²³.

162 Les différents volets du principe de proportionnalité limitent très concrètement la récolte des données et le traitement des données sous deux angles au moins : en l'occurrence, celui de la « proportionnalité de principe » et celui de la « proportionnalité matérielle » :

- Sous le premier angle, le traitement de données doit, dans son fondement même, répondre à un besoin effectif, et non simplement théorique ou, même relativement éloigné. La collecte ou la conservation de données « pour le cas où... » n'est ainsi pas admissible en principe¹²⁴. Les appariements, en particulier, ne doivent pas être effectués pour avoir des données appariées en réserve, mais toujours viser la réalisation d'une tâche concrète (p. ex. surveiller l'exécution d'une tâche, répondre à un mandat de recherche ou mener à bien une tâche de planification)¹²⁵.
- Sous le second angle, la collecte et le traitement de données doivent être minimisés ou réduits à l'essentiel pour remplir la tâche voulue. Cette minimisation de l'atteinte portée à la personnalité concerne le mode de traitement des données, mais aussi l'étendue des données récoltées et la nature de celles-ci.

¹²¹ EUGSTER/LUGINBÜHL, *Datenschutz in der obligatorischen Krankenpflegeversicherung*, in: Hürlimann/Jacobs/Poledna (édits), *Datenschutz im Gesundheitswesen*, Zurich 2001, p. 73 ss, spéc. 80.

¹²² Message concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales, du 24 novembre 1999, FF 2000, p. 219 ss, spéc. 227.

¹²³ ATF 130 II 425 c. 5.2, ainsi que P. MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011, N 665, et les références citées.

¹²⁴ P. MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011, N 671 ; *Handkommentar DSG-BAERISWYL*, N 34 ad art. 4.

¹²⁵ Voir art. 3 al. 2 LSF ; OFS, *Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1)*, du 17 mai 2013, p. 10.

- 163 Il est possible de déduire tant de la « proportionnalité de principe » que de la « proportionnalité matérielle » la règle générale que, lorsqu'il est possible d'atteindre le but légitime fixé avec des données anonymisées ou à tout le moins pseudonymisées, de telles solutions doivent être privilégiées¹²⁶. Dans le domaine de l'assurance-maladie en particulier, on part habituellement de l'idée de base que l'anonymisation ou la pseudonymisation des données représente la règle et que les organes chargés d'appliquer la LAMal peuvent prétendre traiter ou communiquer des données non anonymisées ou pseudonymisées uniquement dans la mesure où ils peuvent démontrer qu'ils ne peuvent faire autrement¹²⁷.
- 164 En l'occurrence, dans le domaine des relevés statistiques, le droit cantonal dispose certes que toute personne effectuant une activité statistique peut apparier des données, mais à condition toutefois de les rendre anonymes (art. 8 al. 2 LStat NE). Cette règle ne doit cependant pas être appliquée trop sévèrement. Il faut en déduire une obligation d'anonymiser les « données apparées » seulement, non pas une obligation d'anonymiser les « données à apparier ». La réalisation de l'appariement de données statistiques présuppose évidemment que les « données à apparier » n'aient pas encore été rendues anonymes d'emblée et immédiatement, sans quoi elle est pratiquement impossible¹²⁸.
- 165 Une obligation d'anonymisation – dans la mesure du possible – lors de traitement de données à des fins statistiques ressort d'ailleurs du droit intercantonal. L'art. 53 CPDT-JUNE, qui autorise les entités cantonales à traiter certaines données à des fins de planification et de statistique, indépendamment du but pour lesquels ces données ont été collectées, n'impose d'anonymisation que si cela est nécessaire, ce dans la mesure où le but du traitement le permet. A partir de là, force est d'admettre que le droit cantonal, interprété à l'aune du droit supérieur, n'impose pas une anonymisation totale des « données à apparier », mais pose le principe clair d'une anonymisation des données intervenant le plus tôt possible¹²⁹.
- 166 Il résulte néanmoins de ce qui précède que, du point de vue de la protection des données et du principe de proportionnalité, il est souhaitable que les données individuelles à apparier soient pseudonymisées le plus tôt possible dans le processus de traitement statistique, ce qui leur donnerait *de facto* l'apparence de données anonymes aux yeux des personnes chargées de les traiter¹³⁰. Il semble ici que, du point de vue de la proportionnalité, l'utilisation à des fins statistiques et de planification des données obtenues dans le cadre du financement résiduel cantonal devrait finalement répondre à des exigences – et suivre un processus de traitement – équivalant au régime du traitement statistique des soins ambulatoires mis en place au niveau fédéral en application de l'art. 59a LAMal (*infra* N 139).
- 167 En l'occurrence, il appert qu'une véritable pseudonymisation ne pourrait pas véritablement être effectuée par le SCSP, ni d'ailleurs pas NOMAD, étant précisé que l'individualisation des données par le biais du numéro AVS ne suffit pas pour opérer une pseudonymisation suffisante.

¹²⁶ P. MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2011, N 673 et 675.

¹²⁷ B. RUDIN, Das Recht auf Anonymität Anonymität als Teil der informationellen Selbstbestimmung: wenig geregelte Anwendungsfälle und viel Handlungsbedarf, Digma 2008, p. 6 ss, spéc. 13. Voir aussi ATAF 2009/24 c. 4.3.

¹²⁸ OFS, Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1), du 17 mai 2013, p. 7.

¹²⁹ Voir, à titre de comparaison, l'art. 22 al. 1 let. a LPD qui autorise les organes fédéraux à traiter des données personnelles à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique, à conditions que les données soient rendues anonymes « dès que le but du traitement le permet ».

¹³⁰ OFS, Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1), du 17 mai 2013, p. 7.

Dans la mesure où le SCSP ou NOMAD choisirait lui-même et disposerait lui de la clef de conversion opérant la pseudonymisation des données à apparier, il existe un risque qu'il puisse opérer lui-même la dépseudonymisation. Un tel risque, même s'il est théorique, se trouverait en porte-à-faux avec l'art. 8 al. 3 et 4 LStat NE, largement inspiré du droit fédéral, selon lequel les données se rapportant à des personnes, détenues à des fins statistiques, sont protégées par des mesures techniques et d'organisation adéquates contre toute utilisation abusive et sont notamment stockées de telle sorte qu'elles ne peuvent être consultées, modifiées ou détruites par des personnes non autorisées.

- 168 A notre sens, il est donc préférable que le traitement et l'appariement des données obtenues dans le cadre du financement résiduel des soins à domicile au sens de l'art. 25a LAMal soit effectué par le Service cantonal de la statistique.
- 169 A titre de comparaison, au niveau fédéral, l'OFS est la seule entité autorisée à procéder à des appariements de données à des fins statistiques. Les autres offices fédéraux sont empêchés pour l'heure par l'art. 14a LSF d'effectuer eux-mêmes des appariements et doivent en confier la réalisation à l'OFS¹³¹. Le législateur cantonal, qui autorise l'appariement de données par l'« entité concernée », ne semble certes pas être allé aussi que le législateur fédéral. Toujours est-il cependant que l'art. 10 al. 1 LStat NE formule le principe selon lequel le service cantonal de statistique est l'organe central en matière de statistique au niveau cantonal, ce qui permet de garantir au mieux que les données soient traitées dans le respect des mêmes normes qualitatives (scientifiques, de sécurité, etc.), notamment en cas d'appariement de données¹³².

5.5. Bilan et recommandations

- 170 Sur un plan purement juridique, le SCSP pourrait *a priori* utiliser les données qu'il aurait à disposition – correspondant à celles actuellement transmises à NOMAD dans le cadre du financement résiduel cantonal – afin de disposer de statistiques sur le nombre de personnes prises en charge, sur le type et l'intensité des soins prodigués aux personnes âgées et sur les professionnels et institutions de santé qui fournissent de tels soins. Un tel procédé suppose tout au plus l'établissement de quelques bases réglementaires.
- 171 Bien que relativement précis et organisant lui-même la mise en place d'une statistique semblable à l'échelle nationale (projet MARS), le droit fédéral ne semble pas empêcher que de telles données soient récoltées en application de la LAMal. Quant au principe selon lequel le traitement de données doit en principe poursuivre un but qui est indiqué aux personnes lors de leur collecte ou qui ressort des circonstances, il n'est pas applicable aux traitements de données effectuées à des fins de statistique et de planification.
- 172 Il appert cependant que l'établissement de la statistique en question devrait respecter un processus de traitement similaire à celui imposé à l'établissement de la statistique fédérale : les données à apparier doivent notamment être « pseudonymisées » le plus tôt possible et la statistique, aboutissant à des données appariées qu'il convient d'anonymiser, devrait être réalisée

¹³¹ OFS, Commentaires relatifs aux modifications de l'ordonnance du 30 juin 1993 concernant l'exécution des relevés statistiques fédéraux (RS 431.012.1), du 17 mai 2013, p. 9.

¹³² Voir, dans ce sens apparemment, Rapport du Conseil d'Etat au Grand Conseil à l'appui d'un projet de Loi sur la statistique cantonale (LStat), du 30 août 2010, 10.045, in : Bulletin des délibérations du Grand Conseil, 2010-2011, Tome 7, p. 2237 ss, spéc. 2247 s.

par le Service cantonal de la statistique. Un appariement des données par le SCSP, le cas échéant après une « pseudonymisation » des données par le truchement des numéro AVS des personnes âgées, ne respecterait pas les exigences applicables à tout traitement des données qui se veut respectueux de la protection des données.

- 173 Cela étant dit, il convient de rappeler et de souligner que le projet MARS permettra de récolter les données structurelles et d'activité du domaine médical ambulatoire, tant à l'hôpital qu'en cabinet, afin de couvrir tout un secteur très mal renseigné au niveau statistique. La position du canton, et celle en particulier du Service cantonal de la santé publique, consiste *a priori* plus à soutenir et à encourager cette démarche nationale plutôt que de recréer une statistique cantonale ad hoc, avec les enjeux que représente une mise à jour régulière¹³³.
- 174 Dans tous les cas, la solution envisagée par le SCSP devrait à notre sens être validée par le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

¹³³ Voir la réponse du 29 mars 2017 du Conseil d'État vaudois à l'interpellation Maurice Neyroud et consorts, *Les coûts de la santé : des données pour réfléchir à des solutions*, 16_INT_636.

6. Réponse aux questions contenues dans le mandat

175 Nous récapitulons ci-après nos conclusions principales, en lien avec les questions formulées dans le mandat.

6.1. Question 1

176 *Les dispositions de la L NOMAD, articles 46 et 47, instaurant un financement unique et un rôle de délégataire à NOMAD pour les prestations relevant du droit cantonal uniquement (à l'exclusion du financement des soins) sont-elles compatibles avec le droit fédéral ? Dans la négative, quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?*

177 S'agissant du financement unique, les art. 46 et 47 L NOMAD prévoient une solution qui n'est pas conforme au droit fédéral. Dans la mesure où elle ne permet pas de savoir quels sont les montants qui sont attribués à NOMAD au titre du financement résiduel, elle n'est pas compatible avec l'art. 25a al. 5 LAMal. Elle entraîne en outre le risque que le bénéficiaire des soins soit lésé, dans la mesure où NOMAD pourrait être tenté d'ajuster son offre en fonction de l'enveloppe disponible.

6.2. Question 2

178 *Le mandat fiduciaire confié à NOMAD pour le contrôle et le versement du financement résiduel des soins, respectivement la mise en œuvre d'un système d'information, est-il compatible avec le droit fédéral, respectivement avec la L NOMAD, sachant que le financement n'est pas inclus dans l'enveloppe NOMAD et que NOMAD n'est pas autorisé à utiliser les données ainsi connues de lui à son propre avantage ? Dans la négative, quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?*

179 Nous estimons que la délégation faite à NOMAD pour le contrôle et le versement du financement résiduel des soins ne repose pas sur une base légale suffisante en l'état. Sur le principe néanmoins et exception faite de cette réserve, elle est conforme aux exigences imposées par le droit supérieur. Si, en théorie, le risque existe que NOMAD accède à des données lui conférant une position préférentielle pour l'acquisition de clients, l'existence d'un avantage pratique réel doit être nié, dans la mesure où l'utilisation systématique des données des autres intervenants à des fins de démarchage supposerait un travail conséquent que NOMAD n'a pas les moyens de faire. Nous considérons également que la surveillance dont NOMAD fait l'objet contrebalance tout éventuel avantage.

6.3. Question 3

180 *L'égalité de traitement entre prestataires fournissant des soins OPAS 7 est-elle assurée, compte tenu :*

- du rôle fiduciaire de NOMAD
- des mécanismes de financement différents entre privés et NOMAD
- de l'obligation de prise en charge faite uniquement à NOMAD
- des actes de soins délégués par les II à des organisations de soins à domicile ?

Si non, quels aspects devraient être corrigés pour assurer une équité de traitement réelle et totale entre prestataires ?

181 Nous considérons que le rôle fiduciaire du NOMAD ne confère ni avantage, ni inconvénient à ce dernier (cf. question 2). L'obligation de prise en charge lui confère un désavantage, dans ce sens qu'il ne peut pas choisir ses clients et se limiter aux cas qui sont économiquement profitables. Il en va de même pour la délégation, par les infirmier(ères) indépendant(e)s, des actes les moins rentables. Il est difficile de remédier à ce déséquilibre, à moins d'imposer la même obligation à tous les intervenants, mesure dont la compatibilité avec la liberté économique serait discutable. Les mécanismes de financement différents désavantagent également NOMAD, pour les raisons exposées à la question 1. Dans la mesure où le mode de financement du NOMAD est à ce jour contraire au droit fédéral, nous partons du principe que ce déséquilibre pourra être corrigé en redéfinissant sa rémunération, soit en distinguant clairement entre les montants qui lui reviennent au titre du financement cantonal résiduel des montants qui lui reviennent à un autre titre.

6.4. Question 4

182 *NOMAD a-t-il à jouer ou peut-il jouer un rôle particulier dans la coordination des soins, lorsque plusieurs fournisseurs interviennent auprès d'un même client ? Peut-il le faire en toute impartialité ? Quelles dispositions seraient à prendre pour que ce soit le cas ? Si cela ne peut pas être le cas, pour quelles raisons ? et quelles seraient les conditions à respecter pour que cela soit le cas ?*

183 Nous parvenons à la conclusion que la délégation à NOMAD de la mise en œuvre du système d'information n'est pas problématique tant qu'il s'agit d'une information générale, délivrée à l'ensemble de la population, en principe sur sollicitation de sa part (par exemple un guichet, disponible dans les locaux de l'administration). En revanche, nous estimons que le fait de confier à NOMAD les entretiens de conseils individuels effectués systématiquement lors d'une requête d'intervention lui conférerait une position concurrentielle dominante qui n'est juridiquement pas justifiable.

184 A notre sens, l'intervention de NOMAD comme organisme de coordination ou d'information dans un cas individuel peut poser problème, dans la mesure où cela peut lui conférer un accès privilégié à la clientèle. L'impartialité paraît dans tous les cas difficiles à garantir, de sorte qu'il existera à tout le moins une apparence de privilège, qui n'est selon nous pas opportune. Tout au plus pourrait-on envisager que NOMAD fonctionne comme une sorte de répertoire central des soins dispensés, afin d'éviter les doublons. Il faudrait alors, à notre sens, une base légale expresse créant ce répertoire et en attribuant la gestion à NOMAD.

6.5. Question 5

185 *Le rôle de coordination dévolu à NOMAD par la loi, pour ce qui relève du droit cantonal, peut-il être étendu aux prestations de soins dans l'optique d'une coordination institutionnelle, d'une mise en réseau des prestataires de soins et de la mise en œuvre de la PMS ? si oui, moyennant quelles adaptations éventuelles, afin que l'égalité de traitement et l'impartialité de NOMAD soient garanties ? Si ce rôle de coordination devait être dévolu à une autre instance que*

NOMAD, quelles conditions cette instance devrait-elle remplir et mettre en œuvre pour que l'équité de traitement soit respectée ?

186 D'un point de vue strictement juridique, même si elle renforcerait évidemment la position de NOMAD au sein du réseau des soins, la démarche consistant à octroyer NOMAD certaines tâches générales de coordination et d'information poursuivrait un but objectivement défendable, celui de profiter de l'expérience acquise par ce partenaire dans le domaine du maintien à domicile ainsi que des ressources et des infrastructures à disposition dont il dispose déjà. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de redouter une distorsion des rapports de concurrence, pour autant bien sûr que l'information au public s'effectue de manière neutre, en présentant les différents acteurs du réseau de manière transparente et égale, et que l'éventuelle rémunération obtenue par NOMAD pour la tâche publique déléguée ne serve qu'à l'exécution de celle-ci.

Anne-Sylvie Dupont
Professeure

Nathalie Brunner
*MLaw, Avocate, collaboratrice scientifique
à l'IDS*

Eloi Jeannerat
MLaw, Avocat, cand. Dr iur