



16.479

Initiative parlementaire Base légale pour la surveillance des assurés

**Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique
du Conseil des États du 7 septembre 2017**

Avis du Conseil fédéral

du 1^{er} novembre 2017

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Conformément à l'art. 112, al. 3, de la loi sur le Parlement, nous nous prononçons comme suit sur le rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États du 7 septembre 2017 relatif à l'initiative parlementaire 16.479 «Base légale pour la surveillance des assurés».

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, l'assurance de notre haute considération.

...

Au nom du Conseil fédéral suisse:

La présidente de la Confédération, Doris Leuthard

Le chancelier de la Confédération, Walter Thurnherr

Avis

1 Contexte

En vertu des règles générales de procédure en matière d'examen des faits visées en partie à l'art. 43 de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹ et en partie dans la législation spéciale (art. 96, let. b, de la loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents [LAA]²; art. 59, al. 5, de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité [LAI]³), les différents assureurs ont procédé à l'observation de bénéficiaires de prestations dans des lieux publics lorsqu'ils avaient des motifs sérieux de soupçonner que ceux-ci percevaient des prestations auxquelles ils n'avaient pas droit. Alors que le Conseil fédéral avait repris, dans son message du 30 mai 2008 relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents⁴, la question de la licéité des observations, controversée dans la doctrine, et proposé une base légale claire et complète qui n'a toutefois pas été adoptée par la suite, le Tribunal fédéral a, à partir de 2009, confirmé dans sa jurisprudence les bases légales en vigueur, qu'il jugeait suffisantes pour permettre des observations⁵. Cependant, dans son arrêt du 18 octobre 2016 dans l'affaire *Vukota-Bojić contre la Suisse*⁶, la Cour européenne des droits de l'homme (CrEDH) est parvenue à la conclusion que l'observation porterait atteinte à la garantie du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales [CEDH]⁷ et, dans le droit national, art. 13 de la Constitution [Cst.]⁸). Ainsi, semblable restriction d'un droit fondamental n'est admissible qu'à condition qu'il existe une base légale suffisamment claire et concrète en ce qui concerne les conditions et les modalités d'une observation. Une telle base légale faisait défaut dans le droit suisse (dans le cas d'espèce, il s'agissait du domaine de l'assurance-accidents). Les assureurs-accidents ont aussitôt suspendu toute observation concernant des assurés. Dans l'arrêt 9C.806/2016 du 14 juillet 2017, le Tribunal fédéral a conclu que l'arrêt de la CrEDH était aussi valable pour l'assurance-invalidité. Par conséquent, il a été ordonné aux offices AI de ne plus engager ce type de procédure et de suspendre toutes les observations en cours.

Vu les exigences que la CrEDH a établies dans son arrêt, il faut une nouvelle disposition (art. 43a LPGA) pour constituer la base légale unique et suffisamment précise qui autorisera des mesures d'observation dans toutes les assurances sociales soumises à la LPGA. Du 22 février au 29 mai 2017, le Conseil fédéral a mis en consul-

1 RS 830.1

2 RS 832.20

3 RS 831.20

4 FF 2008 4877

5 Cf. ATF 135 I 169 et ATF 137 I 327

6 Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 octobre 2016 *Vukota-Bojić contre la Suisse* (n° 61838/10)

7 RS 0.101

8 RS 101

tation un projet de révision de la LPGA comprenant une disposition sur l'observation d'assurés⁹.

Le 8 novembre 2016, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États (CSSS-E) a décidé parallèlement à la révision de la LPGA proposée par le Conseil fédéral de déposer une initiative parlementaire. Elle estimait que la création d'une base légale permettant aux assureurs de recourir de nouveau à l'observation serait ainsi mise en œuvre plus rapidement que si elle était examinée dans le cadre de la révision de la LPGA.

Comme, dans l'optique de procéder aussi rapidement que possible, l'administration a fourni à la CSSS-E un résumé des résultats de la consultation portant sur les observations pour sa séance du 14 août 2017, il a été possible de séparer cette disposition des autres dispositions de la révision de la LPGA.

Le projet de la commission diffère sur quelques points de celui que le Conseil fédéral a mis en consultation.

2 Avis du Conseil fédéral

2.1 Appréciation générale

Dans toute assurance sociale, il peut arriver, pour différentes raisons, que des assurés perçoivent des prestations auxquelles ils n'ont en fait pas droit. Défrayant la chronique, certains cas particulièrement frappants suscitent de grandes discussions dans l'opinion publique, minent la confiance dans les assurances sociales et affaiblissent ainsi la disposition de la collectivité à faire preuve de solidarité pour supporter les coûts des assurances. C'est pourquoi l'assurance-invalidité (AI) s'emploie depuis 2008 à lutter contre les abus, y compris en recourant à l'observation en tant que mesure de dernier recours, par exemple lorsqu'elle repère des incohérences dans les rapports médicaux des assurés. C'est du reste grâce aux avancées faites par l'AI que d'autres assurances sociales ont renforcé leur lutte contre les abus.

Il est en effet important que les abus soient combattus si l'on veut que les assurés qui perçoivent des prestations, honnêtes dans leur grande majorité et souvent tributaires des assurances pour pouvoir mener une vie décente, puissent à l'avenir continuer d'en bénéficier pleinement. Dans cet esprit, le Conseil fédéral, qui soutient les efforts déployés dans la lutte contre les abus, a mis en consultation dans le cadre de la révision de la LPGA un train de mesures comprenant une disposition sur les mesures d'observation.

L'arrêt de la CrEDH a montré que les bases légales sur lesquelles les assurances sociales s'appuyaient jusque-là pour effectuer des observations d'assurés étaient insuffisantes. Le Conseil fédéral estime que, nonobstant la nécessité incontestée d'une disposition permettant de mener des observations, il faut accorder toute l'importance qui lui revient à la protection de la sphère privée des assurés et tenir

⁹ Les documents relatifs à la procédure de consultation sont disponibles sur Internet www.admin.ch > Droit fédéral > Procédures de consultation > Procédures de consultation terminées > 2017 > DFI

compte des principes de l'État de droit dans ce cadre comme dans toute autre loi – par exemple le code de procédure pénale (CPP)¹⁰.

2.2 Appréciation du projet de la commission

Dans son arrêt, la CrEDH n'a pas donné d'indications sur la manière dont les modalités concrètes doivent être réglementées, mais uniquement sur les points qu'il s'agit de régler pour que l'action de l'État soit prévisible et non arbitraire. Le projet mis en consultation par le Conseil fédéral (qui sert également de base au projet de la commission) reprend les critères retenus par la CrEDH en s'inscrivant dans le sens des dispositions légales existantes portant sur des faits identiques ou similaires relevant d'autres domaines du droit, et en particulier le CPP.

Art. 43a, al. 1

La commission souhaite autoriser la réalisation d'enregistrements sonores en plus des enregistrements visuels et l'utilisation d'instruments techniques visant à localiser l'assuré. La minorité Stöckli souhaite autoriser uniquement les enregistrements visuels, comme le prévoyait le projet mis en consultation.

Le projet de révision de la LPGA prévoit une observation simple, comme celles prévues à l'art. 282 CPP ou à l'art. 128a de la loi du 18 mars 2005 sur les douanes (LD)¹¹, qui ne sont pas soumises à approbation. En outre, le projet prévoit de permettre les enregistrements visuels et sonores.

Les enregistrements sonores comprennent tous les enregistrements de sons, y compris de conversations. Le Conseil fédéral peut comprendre que certains enregistrements sonores puissent être utiles à l'examen des faits en lien avec la lutte contre les abus. Mais il ne devrait pas être permis d'employer, pour les enregistrements sonores, des appareils qui augmentent les capacités de perception auditive naturelles. Par exemple, l'emploi de microphones directionnels et d'amplificateurs sonores ne devrait pas être autorisé. Le recours à de tels moyens nécessiterait l'approbation d'une autorité judiciaire. De même, pour des écoutes téléphoniques par exemple, il y aurait lieu de veiller au respect des dispositions plus sévères du CPP régissant la surveillance par poste et télécommunication (art. 269 ss).

En matière de procédure pénale, l'utilisation d'instruments techniques visant à localiser l'assuré est réglée à l'art. 280 CPP et, qu'elle s'opère dans des lieux publics ou non, nécessite l'accord de l'autorité judiciaire. La loi fédérale du 25 septembre 2015 sur le renseignement (LRens)¹² précise elle aussi que l'utilisation des appareils de localisation pour déterminer la position et les déplacements de personnes ou d'objets fait partie des mesures de recherche soumises à autorisation (art. 26, al. 1, let. b, LRens) d'une autorité judiciaire. La LPGA devrait également soumettre l'utilisation d'instruments techniques de surveillance à la seule autorité du juge. Une telle réserve serait cependant disproportionnée pour des observations simples (c'est-

¹⁰ RS 312.0

¹¹ RS 631.0

¹² RS 121

à-dire des enregistrements visuels et sonores dans des lieux librement accessibles, à l'aide d'appareils qui reproduisent la capacité de perception humaine).

Pour être complet, il convient de noter que, conformément à l'art. 269, al. 2, let. a, CPP, la surveillance du contenu de la correspondance n'est pas autorisée en cas de fraude à l'aide sociale ou à l'assurance sociale au sens de l'art. 148a du code pénal (CP)¹³. Étendre l'observation « simple » en autorisant l'utilisation d'instruments techniques de surveillance sans aménager de réserve semblable à celle du CPP risque de rendre impossible l'exploitation des preuves ainsi relevées dans une procédure pénale. Le nouvel art. 148a CP pourrait donc se retrouver souvent vidé de sa substance.

Pour des raisons de cohérence, le Conseil fédéral rejette l'utilisation d'instruments techniques visant à localiser l'assuré. Ce rejet est aussi motivé par le fait que les expériences réalisées jusqu'à présent en matière de lutte contre la fraude aux assurances ont montré que de tels instruments et, partant, les données qu'ils ont permis de recueillir n'ont apporté aucun résultat probant pour l'examen des faits.

Pour cette raison, le Conseil fédéral rejette la proposition de la minorité Rechsteiner selon laquelle l'observation devrait être soumise à l'approbation d'un juge du tribunal cantonal des assurances. Reconnaître ici une compétence judiciaire exclusive ne se justifie pas, car une observation dans une procédure administrative ne représente pas une atteinte plus grande aux droits fondamentaux que, par exemple, une observation dans une procédure pénale.

Art. 43a, al. 2

La commission propose de pouvoir observer l'assuré lorsque ce dernier se trouve dans un lieu librement accessible (let. a) ou dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible (let. b). La minorité Stöckli demande la suppression de la let. b.

Cette let. b codifie la doctrine dominante et la jurisprudence récente du Tribunal fédéral¹⁴, qui s'applique de toute façon. Elle va certes plus loin que la teneur de l'art. 282 CPP, mais sur le fond, elle ne s'écarte pas de cet article, puisque la jurisprudence relative à l'observation dans l'assurance-invalidité peut être aussi s'appliquer dans une procédure pénale. Le Conseil fédéral rejette donc la proposition de la minorité relative à l'art. 43, al. 2, let. b.

Art. 43a, al. 3

La commission propose qu'une observation dure au maximum 30 jours consécutifs ou 30 jours calendaires, sur une période de six mois à compter du premier jour d'observation, mais puisse être prolongée (sans limite) si des motifs suffisants le justifient. La proposition de la minorité Stöckli vise à inscrire dans la loi une durée d'observation maximale, sans toutefois laisser à l'assureur la possibilité de prolonger l'observation pour une durée indéterminée.

¹³ RS 311.0

¹⁴ ATF 137 I 327

Selon l'arrêt de la CrEDH, la durée maximale d'observation doit être clairement définie dans la loi et connue de l'assuré. D'un point de vue constitutionnel, le principe de proportionnalité doit être respecté. En procédure pénale, l'observation peut durer au maximum un mois et sa prolongation requiert l'approbation du ministère public (art. 282, al. 2, CPP). Dans la LD, la poursuite de l'observation après 30 jours nécessite l'approbation de la Direction générale des douanes. L'approbation d'une autorité de surveillance serait difficile à exiger compte tenu de l'organisation propre à chaque assurance sociale. Néanmoins, afin de créer une certaine cohérence entre les différents articles relatifs à l'observation, le Conseil fédéral estime qu'une durée d'observation de 30 jours, comme le propose la commission, est raisonnable. Il soutient également la proposition de la commission selon laquelle cette durée devrait avoir lieu en principe pendant une période de six mois.

Par contre, le Conseil fédéral est d'avis que, le cas échéant, une prolongation de la durée de l'observation pour des motifs suffisants doit être limitée dans le temps. Une prolongation pour une durée indéterminée, comme le préconise la commission, sans contrôle des motifs jugés suffisants ni approbation par l'autorité de surveillance, viderait cette disposition de son sens. La proportionnalité serait ainsi remise en question. Le Conseil fédéral estime qu'une prolongation de six mois du délai initial de six mois avec maintien du total de 30 jours d'observation est adéquate et acceptable.

Art. 43a, al. 4

Le Conseil fédéral soutient la proposition de la commission qui vise à inscrire dans la loi la possibilité, pour l'assureur, de confier l'observation à des spécialistes externes.

Il soutient aussi la possibilité d'exploiter le matériel d'observation qui a été recueilli par un tiers conformément au droit, aux conditions et dans les limites prévues par l'art. 43a, al. 1 à 3.

Art. 43a, al. 5

Le Conseil fédéral soutient la proposition de la commission qui vise, au cas où la réalisation de l'observation entraînerait une décision portant sur la prestation, à informer l'assuré de la réalisation de l'observation avant que la décision ne soit rendue.

Art. 43a, al. 6

Cet alinéa règle la procédure dans le cas où la réalisation de l'observation ne donne pas lieu à l'assureur de modifier la prestation dont bénéficie l'assuré. En pareil cas, l'assureur détruit le matériel recueilli lors de l'observation.

L'observation représente une intrusion dans la sphère privée de l'assuré, légitimée par des indices concrets suggérant que ce dernier perçoit ou a perçu indûment des prestations. Si elle ne permet pas de confirmer cette hypothèse, rien ne justifie en principe la conservation, par l'assureur, du matériel recueilli lors de l'observation, quand bien même ce matériel pourrait servir ultérieurement d'élément de comparaison à l'assureur. Sur la base des résultats de la consultation, le Conseil fédéral est

néanmoins arrivé à la conclusion qu'il existe différents cas de figure dans lesquels il en va de l'intérêt de l'assuré que le matériel recueilli lors de l'observation soit conservé dans le dossier, par exemple lorsque ce matériel prouve l'existence d'une limitation physique. Le Conseil fédéral est donc d'avis qu'il devrait revenir à l'assuré, qui a dû tolérer une intrusion dans sa sphère privée, d'exiger que le matériel recueilli lors de l'observation soit conservé dans son dossier. Cela doit toutefois constituer une exception et se produire uniquement sur demande expresse de l'assuré.

Le Conseil fédéral propose de compléter l'al. 6 en conséquence et d'inscrire clairement dans la loi que le matériel recueilli est détruit d'office après l'entrée en force de la décision si l'assuré n'en a pas demandé expressément la conservation.

Art. 43a, al. 7

Cette disposition délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter les dispositions d'exécution requises. La minorité Eder souhaite que le Conseil fédéral règle uniquement la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation (let. a).

Or la CrEDH estime dans son arrêt qu'il faut qu'un acte détermine qui est habilité à ordonner une observation. Le projet d'article de la minorité Eder ne satisferait pas suffisamment à cette exigence sans une disposition d'ordonnance. Toutefois, le Conseil fédéral estime que l'on peut renoncer à préciser ici la réglementation prévue au niveau de l'ordonnance, à condition que l'on complète le présent article par un al. 1^{bis}. C'est pourquoi il propose de biffer la let. a de l'al. 7 et de créer plutôt un al. 1^{bis} disposant que la direction de l'assureur a la compétence d'ordonner une observation.

La commission prévoit également que le Conseil fédéral règle la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation (let. b), ainsi que la conservation et la destruction de celui-ci (let. c). La CrEDH estime qu'il faut régler ces points précisément pour garantir une procédure équitable et transparente, mais elle ne dit rien sur le degré de précision qu'il convient d'adopter. La forme prévue aux al. 5 et 6 pour les décisions communiquées à l'assuré, qui garantit le droit de l'assuré de consulter son dossier, fixe les principes réglant le droit à l'information. L'al. 6 règle également la question de la destruction du matériel recueilli pour les cas où l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'al 1. D'autres prescriptions se trouvent aux art. 46 à 48 LPGA et dans l'ordonnance afférente. Pour certaines assurances sociales comme l'AI et l'AVS, une directive de l'administration règle les modalités de la destruction. Cela indique qu'une réglementation détaillée est nécessaire, et celle-ci pourrait être édictée par voie d'ordonnance pour s'imposer à toutes les assurances sociales soumises à la LPGA.

La commission souhaite que la let. c dispose de surcroît que le Conseil fédéral règle la transmission aux autorités pénales du matériel recueilli. Le Conseil fédéral rejette cette proposition: aux termes de l'art. 33 LPGA, l'assureur est soumis à l'obligation de garder le secret. Si, à l'encontre de cette obligation, des données devaient être transmises à des tiers, il faudrait inscrire cette dérogation dans un acte de même

niveau, soit au niveau de la loi. Or une délégation de compétence au Conseil fédéral s'écarterait du système actuel qui coordonne la LPGa et les lois spéciales.

La communication des données aux autorités pénales est réglée dans les lois spéciales en vigueur comme suit: l'art. 50a, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹⁵ prévoit que les organes chargés d'appliquer cette même loi ou d'en contrôler ou surveiller l'application peuvent communiquer des données, en dérogation à l'art. 33 LPGa, aux autorités d'instruction pénale, lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de prévenir un crime (let. d), et, dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, aux tribunaux pénaux et aux organes d'instruction pénale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour établir les faits en cas de crime ou de délit (let. e, ch. 3). La LAI (art. 66), la loi du 6 octobre 2006 sur les prestations complémentaires¹⁶ (art. 26), la loi du 25 septembre 1952 sur les allocations pour perte de gain¹⁷ (art. 29a), la loi fédérale du 20 juin 1952 sur les allocations familiales dans l'agriculture¹⁸ (art. 25) et la loi du 24 mars 2006 sur les allocations familiales¹⁹ (art. 25) renvoient toutes à la LAVS. La loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie²⁰ (art. 84a), la LAA (art. 97), la loi fédérale sur l'assurance militaire²¹ (art. 95a) et la loi du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage²² (art. 97a) ont leur propre réglementation, qui ont cependant la même teneur que la disposition de la LAVS.

Autrement dit, les lois spéciales autorisent d'ores et déjà la transmission de données aux autorités pénales en dérogation à l'art. 33 LPGa. Il appartient aux autorités pénales de déterminer si ces données sont exploitables au regard des prescriptions du CPP.

Pour toutes ces raisons, le Conseil fédéral rejette la formulation de l'al. 7, let. c, proposée par la commission.

Il est possible d'édicter par voie d'ordonnance les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation. Le Conseil fédéral se limitera à des critères objectifs (certificat de formation, appartenance à une organisation professionnelle ayant des règles déontologiques, par ex.).

3 Propositions du Conseil fédéral

Le Conseil fédéral propose d'entrer en matière sur le projet tout en soumettant les propositions suivantes:

Art. 43a, al. 1, phrase introductive, 1^{bis}, 3, 6 et 7, let. a et c

- 15 RS 831.10
- 16 RS 831.30
- 17 RS 834.1
- 18 RS 836.1
- 19 RS 836.2
- 20 RS 832.10
- 21 RS 833.1
- 22 RS 837.0

¹ L'assureur peut observer secrètement un assuré en effectuant des enregistrements visuels et sonores aux conditions suivantes:

^{1bis} La direction de l'assureur a la compétence d'ordonner l'observation.

³ Une observation peut avoir lieu sur 30 jours au maximum au cours d'une période de six mois à compter du premier jour d'observation. Cette durée peut être prolongée de six mois au maximum si des motifs suffisants le justifient.

⁶ Si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'al. 1, let. a:

- a. l'assureur rend une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation effectuée;
- b. il détruit le matériel recueilli lors de l'observation après l'entrée en force de la décision si l'assuré n'a pas expressément demandé que celui-ci soit conservé dans le dossier.

⁷ Le Conseil fédéral règle:

- a. *biffer*
- c. la conservation et la destruction du matériel recueilli;

