



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Département fédéral de l'intérieur (DFI)
Office fédéral des assurances sociales OFAS

Berne, le 21 septembre 2018

Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA) (Modification)

**Dispositions d'exécution concernant l'observation des assurés
(art. 43a LPG)**

Rapport explicatif destiné à la procédure de consultation

Sommaire

1	Contexte	3
1.1	Modification de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales	3
1.2	But de la présente modification	3
2	Partie générale : aperçu des principaux changements	3
2.1	Grandes lignes du projet	3
2.2	Conséquence pour les assureurs sociaux et les assurés	3
2.2.1	Conséquences pour les assureurs sociaux	3
2.2.2	Conséquences pour les assurés	3
2.3	Conséquences sur les finances et sur l'état du personnel pour la Confédération	4
3	Partie spéciale : commentaire des dispositions	4
3.1	Modification du titre de la section 1 (après le titre du chapitre 2, précédant l'art. 7a)	4
3.2	Art. 7a Autorisation obligatoire	4
3.3	Art. 7b Émoluments pour l'examen d'une demande d'autorisation	5
3.4	Titre suivant l'art. 7b	5
3.5	Dispositions concernant la gestion, la conservation et la consultation des dossiers, ainsi que la notification des jugements et arrêts	6
3.5.1	Art. 7c Gestion des dossiers	6
3.5.2	Art. 7d Conservation des dossiers	6
3.5.3	Art. 8a Consultation du matériel recueilli lors d'une observation	6
3.5.4	Art. 8b Destruction des dossiers	7
3.6	Titre précédant l'art. 10	7
3.7	Art. 14	7
4	Entrée en vigueur	7

1 Contexte

1.1 Modification de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales

L'Assemblée fédérale a adopté le 16 mars 2018, dans le cadre de l'initiative parlementaire 16.479 de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des États « Base légale pour la surveillance des assurés », une modification¹ de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)².

Cette modification consiste en deux nouvelles dispositions (art. 43a et 43b LPGA) qui règlent les conditions préalables et les circonstances permettant aux assureurs de surveiller les assurés (observation).

Le référendum lancé contre cette nouvelle réglementation a abouti³. La votation populaire aura lieu le 25 novembre 2018.

1.2 But de la présente modification

Sont édictées par la présente modification de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA)⁴ les dispositions d'exécution impératives prévues par l'art. 43a, al. 9, let. a à c, LPGA.

2 Partie générale : aperçu des principaux changements

2.1 Grandes lignes du projet

Il s'agit, d'une part, de définir les exigences auxquelles doivent satisfaire les spécialistes auxquels les assureurs⁵ peuvent confier une observation (art. 43a, al. 9, let. c, LPGA). L'examen effectué dans le cadre de la procédure d'autorisation portera sur les conditions personnelles et professionnelles, les compétences et les connaissances des personnes qui sollicitent autorisation ; il doit garantir que les observations ne seront effectuées que par des personnes aptes et compétentes.

Il s'agit, d'autre part, de réglementer la procédure relative à la consultation par l'assuré de l'intégralité du matériel recueilli, ainsi qu'à la conservation et à la destruction de celui-ci (art. 43a, al. 9, let. a et b, LPGA). Cela passe par l'inscription dans la législation de quelques principes généraux applicables à la gestion et à la conservation des dossiers. Ainsi, les assureurs seront tenus de gérer les dossiers avec soin, systématiquement et dans l'ordre chronologique, et de les doter d'un bordereau aussi clair qu'explicite. Ils devront également les protéger contre les accès non autorisés, de sorte qu'ils ne puissent subir aucun dommage, et contre le risque de perte. Il s'agit en outre de réglementer la façon dont les dossiers sont détruits (pour autant que cette destruction soit permise ou nécessaire), afin de garantir à tout moment la confidentialité des documents et la traçabilité du processus de destruction. Les règles à ce sujet étaient jusqu'à présent fixées au niveau des directives administratives régissant les différentes assurances sociales et ne concernaient parfois que la gestion des dossiers papier.

Des dispositions spécifiques concernant le matériel recueilli lors des observations s'imposent surtout quant à la forme que prend la consultation du dossier. Deux possibilités sont envisagées ici, selon que l'assureur informe l'assuré de l'observation effectuée lors d'un entretien dans ses locaux (option prévue pour les cas visés à l'art. 43a, al. 7, LPGA, lorsqu'à la suite de l'observation une nouvelle décision est prise concernant l'octroi de la prestation), ou qu'il l'informe par courrier (option s'imposant impérativement pour les cas visés à l'art. 43a, al. 8 LPGA, lorsque l'observation n'a pas permis de confirmer les indices d'une perception illicite de prestations) ; quelle que soit l'option, l'assureur sera tenu de garantir à l'assuré la possibilité de consulter sur place l'intégralité du matériel recueilli et d'en demander la copie complète.

2.2 Conséquence pour les assureurs sociaux et les assurés

2.2.1 Conséquences pour les assureurs sociaux

La présente modification n'entraîne guère de conséquences pour les assureurs. En ce qui concerne la gestion, la conservation et la destruction des dossiers, ils étaient déjà tenus de respecter les principes qui seront désormais expressément inscrits dans l'OPGA. De même, en ce qui concerne le droit de consulter l'intégralité du matériel recueilli lors d'une observation, les assureurs suivent déjà en grande partie les règles qui figureront dans l'ordonnance. Pour certains assureurs, la présente modification aura pour effet qu'ils seront tenus d'informer l'assuré de l'observation effectuée à son sujet et de lui présenter le matériel recueilli, y compris lorsque l'observation n'aura pas permis de confirmer le soupçon de perception induue de prestations, ce qu'ils n'étaient pas tenus de faire jusqu'à présent. La charge administrative sera toutefois similaire à celle qu'entraîne n'importe quel autre dossier qui nécessite le prononcé d'une décision d'octroi. C'est pourquoi la modification n'a aucune incidence financière pour les assureurs et ne nécessite pas non plus de ressources en personnel supplémentaires.

2.2.2 Conséquences pour les assurés

La présente modification d'ordonnance n'aura pas de conséquences directes pour les assurés. Elle concrétise simplement les dispositions de procédure que la loi prévoit, et l'édition de dispositions d'exécution impératives renforce la sécurité du droit.

¹ FF 2018 1469

² RS 830.1

³ Voir www.bk.admin.ch > Droits politiques > Objets soumis au référendum facultatif > Demandes de référendum ayant abouti et FF 2018 4651

⁴ RS 830.11

⁵ Le terme d'assureurs est employé ici pour uniformiser la terminologie. Il n'est pas fait de distinction entre « assureurs » et « organes d'exécution » (voir art. 27 LPGA), étant donné que les différents termes figurant dans la LPGA et dans l'OPGA, tels qu'assureur, assurance sociale, organe d'exécution, etc., ne sont définis nulle part de manière univoque et que ni la loi ni l'ordonnance ne les utilisent non plus de manière uniforme et cohérente (voir à ce sujet Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genève 2015, Vorbemerkungen zum ATSG [remarques préliminaires] n^{os} 97 ss). C'est pourquoi il est impossible de les délimiter l'un par rapport à l'autre. Par assureur, on entend ainsi, selon le contexte, soit les différents organes d'exécution (tels que les offices AI), soit une ou plusieurs unités organisationnelles supérieures chargées de l'exécution d'une branche d'assurance particulière.

2.3 Conséquences sur les finances et sur l'état du personnel pour la Confédération

Des conséquences sur les finances et sur l'état du personnel de la Confédération sont attendues uniquement pour l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS), en lien avec la procédure d'autorisation visée à l'art. 7a OPGA, dont la mise en place occasionnera un certain coût ; ensuite, le traitement des demandes d'autorisation générera des frais réguliers. D'après une première estimation approximative, il faut tabler sur des charges supplémentaires de l'ordre de 144 000 francs au maximum. La perception d'émoluments vise à garantir que le financement des coûts soit assumé par ceux qui les occasionnent. Un émoluments de 700 francs par demande d'autorisation devrait couvrir les frais de traitement. S'il s'avère, après les premiers exercices comptables, que ce montant est trop élevé ou trop bas, il pourra être ajusté via une modification de l'ordonnance. Comme l'autorisation sera limitée à une durée de cinq ans, un réexamen de la disposition relative aux émoluments s'imposera environ quatre ans après son entrée en vigueur, en vue de l'adapter si nécessaire.

3 Partie spéciale : commentaire des dispositions

3.1 Modification du titre de la section 1 (après le titre du chapitre 2, précédant l'art. 7a)

À l'heure actuelle, l'OPGA ne contient pas de dispositions d'exécution relatives à la procédure d'instruction visée aux art. 43 à 45 LPGa.

Les nouvelles dispositions en la matière, particulièrement pour les observations, doivent être introduites, pour des raisons de systématique, dans les dispositions générales de procédure du chapitre 2. Or celui-ci commence, dans sa version actuelle, par la section consacrée à la consultation du dossier et à la notification des jugements et arrêts (art. 8 ss OPGA en relation avec les art. 47 et 48 LPGa).

Étant donné qu'il faut conserver dans l'ordonnance l'ordre systématique de la loi, le nouvel art. 7a OPGA concernant les spécialistes habilités à effectuer des observations pour les assureurs doit être placé avant les dispositions concernant la consultation des dossiers. En effet, sur le plan matériel, l'art. 7a concerne la procédure d'instruction. Le titre de la section 1 doit s'appeler désormais « Exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation ». La section 1 actuelle devient la section 2, et son titre est légèrement modifié (voir le commentaire de l'art. 7b, ch. 3.4).

3.2 Art. 7a Autorisation obligatoire

L'art. 7a définit les exigences visées à l'art. 43a, al. 9, let. c, LPGa qui seront imposées aux spécialistes chargés d'effectuer une observation. La Confédération n'a jusqu'à présent jamais fait usage de sa compétence législative dans le domaine des activités de détective. Une bonne moitié des cantons soumettent à autorisation ce type d'activité dans leurs lois de police ou d'autres règlements spécifiques. D'autres cantons connaissent une telle obligation uniquement pour les entreprises de sécurité. La désignation de détective (privé) n'est ni une appellation professionnelle protégée ni un titre professionnel reconnu, et il n'existe pas de prescriptions uniformes en matière de formation pour ce genre d'activité, à la différence des professions régies par la loi sur la formation professionnelle⁶. Il convient de relever que les exigences proposées dans l'OPGA ne s'appliquent qu'aux observations menées en Suisse.

Al. 1 : Aux termes de l'art. 43a, al. 9, let. c, LPGa, le Conseil fédéral règle les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation. Cette disposition soulève inévitablement la question de savoir qui vérifie le respect de ces exigences. En principe, deux acteurs entrent en considération : les assureurs eux-mêmes ou un organisme extérieur. Pour des raisons de bonne gouvernance d'entreprise et conformément aux mécanismes de contrôle qui en découlent, il est impératif que ce ne soit pas l'assureur, mais un autre organisme qui vérifie l'aptitude des personnes à être chargées de l'exécution des observations. C'est pourquoi il est prévu que ce type d'activité soit soumis à autorisation. L'autorisation ne sera accordée qu'à des personnes physiques, et à condition que celles-ci remplissent toutes les exigences fixées à l'al. 3 (voir ci-dessous). L'assureur social qui délivre un mandat d'observation à une entreprise devra lui-même veiller contractuellement à ce que l'observation soit effectuée uniquement par les employés de l'entreprise qui disposent d'une autorisation de l'OFAS.

Al. 2 : Chacune des assurances sociales régies par la LPGa a sa propre structure organisationnelle. Chacune est également soumise à la surveillance d'une autorité différente. Mais afin d'établir une pratique uniforme en matière d'autorisation, il est judicieux que les détectives agissant pour l'ensemble des assurances sociales soient soumis à l'autorisation d'une seule et même instance. Pour les assurances actives sur l'ensemble du territoire suisse, il convient également d'écarter toute différence entre les cantons. Comme la plupart des assurances sociales sont soumises à la surveillance de l'OFAS, il s'impose que cet office soit l'autorité qui délivre les autorisations. Les demandes d'autorisation devront lui être présentées par écrit.

Al. 3 : L'art. 3, let. a à e, définit les exigences que l'OFAS sera chargé d'examiner. L'examen des compétences et des connaissances professionnelles des requérants ainsi que des exigences visant leur personne doit permettre de garantir que les enquêteurs habilités à surveiller les assurés pour le compte des assureurs sociaux sont aptes et compétents (voir le commentaire de l'al. 4 au sujet des justificatifs exigés). Si les conditions requises sont remplies, l'autorisation sera notifiée sous la forme d'une décision.

Les exigences visant la personne du requérant (let. a et b) sont destinées à vérifier sa fiabilité personnelle. Les extraits du casier judiciaire et du registre des poursuites et faillites permettront de déterminer si, vu ses antécédents, celui-ci est apte à l'exécution consciencieuse de ses mandats et si l'on peut raisonnablement attendre de lui qu'il respecte les dispositions légales dans sa conduite future, en particulier dans l'exécution de ses mandats.

D'un point de vue professionnel (let. c à e), il est exigé, d'une part, qu'il possède les connaissances juridiques nécessaires à la bonne exécution de ses mandats (let. c). Il est en effet essentiel qu'il connaisse les droits des assurés et les dispositions du droit pénal relatives à la surveillance et qu'il ait une connaissance suffisante du système de sécurité sociale et du droit des assurances sociales suisses. Afin d'instruire les demandes de prestations, les assureurs sociaux ont en effet besoin de résultats d'observation clairement établis, tels que des enregistrements sans équivoque des déplacements effectués par les assurés en contradiction avec les limitations alléguées jusque-

⁶ Loi fédérale du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle (RS 412.10)

là sur le plan médical. Les enquêteurs sont en outre tenus d'effectuer les observations à tous égards de la manière la moins invasive et la plus ciblée possible. Tout requérant doit ainsi apporter la preuve des connaissances juridiques requises (voir al. 4 ci-dessous).

D'autre part, tout requérant doit avoir une formation de policier ou une formation équivalente lui permettant d'exercer de telles activités (let. d) et au moins deux ans d'expérience professionnelle en tant que détective ou enquêteur dans le domaine de la surveillance des personnes (let. e). La formation théorique peut s'inscrire dans le cadre de la formation de policier ou avoir lieu, par exemple, dans une école de détective. L'expérience professionnelle requise doit être consignée dans un curriculum vitae et attestée par des certificats de travail (voir commentaire de l'al. 4).

Les critères fixés à l'al. 3 sont dans l'intérêt des assurances sociales, car une observation efficace (et donc rentable) nécessite une certaine expérience de celui qui la mène. Les critères retenus sont également dans l'intérêt des assurés, car ils visent à garantir que seules seront autorisées à effectuer des observations les personnes personnellement et professionnellement aptes à choisir une approche qui respecte toutes les dispositions légales et surtout qui réduise autant que possible l'ingérence dans la sphère privée ainsi occasionnée.

Al. 4 : Outre le curriculum vitae présentant le parcours professionnel du requérant, la demande doit être accompagnée de tous les justificatifs attestant le respect des exigences énoncées à l'al. 3, et en particulier :

- un extrait du casier judiciaire ;
- un extrait du registre des poursuites et faillites ;
- un document prouvant que le requérant possède les connaissances juridiques nécessaires à l'exécution des mandats ;
- un diplôme attestant la formation de policier ou une formation équivalente ;
- des références professionnelles qui prouvent une activité pratique en tant que détective ou enquêteur, et en particulier une expérience professionnelle d'au moins deux ans dans la surveillance de personnes.

Les extraits mentionnés ci-dessus devront être très récents (datant, en règle générale, de moins de deux mois) et remis dans leur version originale.

Al. 5 : Étant donné que les conditions requises à l'al. 3, let. a et b, peuvent changer à tout moment, un réexamen périodique s'impose et l'autorisation doit être limitée dans le temps. L'échéance doit être proportionnée afin qu'elle n'occasionne pas des démarches administratives excessives. L'exigence selon laquelle une autorisation ne doit pas dater de plus de cinq ans, nécessitant ainsi régulièrement une nouvelle demande, devrait être appropriée et raisonnable tant pour les spécialistes de l'observation que pour les assureurs.

Al. 6 : Les titulaires d'une autorisation sont tenus d'informer l'OFAS sans délai de toute modification importante relative aux faits déterminants pour l'octroi de l'autorisation. C'est le seul moyen de garantir que l'OFAS puisse prendre les mesures appropriées et, si nécessaire, retirer son autorisation (voir al. 8).

Al. 7 : Cet alinéa précise que l'autorisation ne confère ni une appellation professionnelle reconnue ni un titre professionnel protégé ou d'autres avantages de ce genre. Elle ne donne pas non plus à son titulaire le droit de porter un titre tel que « détective en assurances sociales officiellement habilité (ou autorisé) » ou d'autres indications similaires, ni d'ajouter une qualification de ce type sur sa carte de visite ou son papier à en-tête. Il est certes permis au titulaire de s'identifier auprès des assureurs en présentant son autorisation, mais non d'en faire usage à des fins publicitaires.

Al. 8 : L'OFAS retire son autorisation si le titulaire ne remplit plus les conditions d'octroi ou si des faits en fonction desquels l'autorisation n'aurait pas dû être accordée sont constatés après coup. L'office peut aussi la retirer si le titulaire enfreint l'interdiction de publicité visée à l'al. 7. Afin de lever les soupçons ou de vérifier les indications selon lesquelles le titulaire d'une autorisation ne satisfait plus à toutes les exigences ou qu'il a enfreint l'interdiction de publicité, l'OFAS peut exiger du titulaire qu'il lui soumette les preuves ou les justificatifs nécessaires.

Al. 9 : L'OFAS tient à jour une liste des titulaires d'une autorisation, avec indication de leurs nom, prénom, société et adresse ainsi que de la date de délivrance de l'autorisation. Cette liste est accessible au public.

Al. 10 : Certains cantons exigent des enquêteurs une autorisation de police les habilitant à travailler comme détective privé sur leur territoire. La réglementation prévue de l'OPGA ne modifie en rien cela. Bien que l'autorisation visée à l'art. 7a permette à son titulaire d'effectuer des observations pour les assureurs sociaux conformément à la LPG, elle ne remplace nullement les autorisations que les cantons exigent pour admettre leur titulaire à mener cette activité sur leur territoire (comme c'est déjà le cas de certains d'entre eux). C'est pourquoi cet alinéa précise qu'une autorisation de l'OFAS ne dispense pas d'obtenir les autorisations exigées par les cantons. Cela signifie aussi qu'il appartient aux assureurs de veiller, lorsqu'ils commandent une surveillance auprès de spécialistes, à ne confier des observations qu'à des personnes qui, en plus d'une autorisation de l'OFAS, disposent également des autorisations cantonales requises.

En pratique, outre les exigences fixées à l'endroit des spécialistes, il importe que les assureurs définissent toujours clairement le mandat d'observation, qu'ils l'assortissent d'un avertissement juridique et qu'ils assurent un suivi étroit du mandat dans le cadre de la gestion des observations.

3.3 Art. 7b Émoluments pour l'examen d'une demande d'autorisation

La perception d'émoluments couvrant les coûts supplémentaires dus à la procédure d'autorisation visée à l'art. 7a se fonde sur le principe selon lequel il appartient aux personnes de payer les frais qu'elles occasionnent. Les frais de traitement d'une demande d'autorisation devraient s'élever à 700 francs (voir ci-dessus ch. 2.3).

3.4 Titre suivant l'art. 7b

Vu l'insertion d'une nouvelle section 1 « Exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation » dans le chapitre 2 (voir ci-dessus, ch. 3.1), la section 1 de la version actuelle est déplacée à la section 2. Et comme cette section 2 comprendra des dispositions

sur l'utilisation du matériel recueilli lors des observations – ce qui exige également un complément dans les dispositions générales concernant la gestion des dossiers –, il faut aussi modifier comme suit le titre de cette section 2 : « Gestion et consultation des dossiers et notification des jugements et arrêts ».

3.5 Dispositions concernant la gestion, la conservation et la consultation des dossiers, ainsi que la notification des jugements et arrêts

L'art. 46 LPGa prévoit que l'assureur enregistre de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants. Il est donc expressément prévu que les dossiers soient gérés de manière systématique et conservés dans leur intégralité. Or l'OPGA ne contient à ce jour aucune disposition d'exécution relative à la gestion des dossiers. Les modalités sont généralement précisées pour chaque assurance sociale dans les directives administratives correspondantes. La consultation des dossiers est actuellement réglée aux art. 8 et 9 OPGA. La nouvelle réglementation figurant à l'art. 43a, al. 9, let. a et b, LPGa sur le matériel recueilli lors d'une observation impose l'inscription dans l'OPGA de dispositions d'exécution concernant la gestion, la conservation, la consultation et la destruction des dossiers, les uns étant valables généralement, les autres uniquement pour le matériel recueilli.

3.5.1 Art. 7c Gestion des dossiers

Al. 1 : Une gestion systématique et exacte des dossiers s'impose tout à la fois comme un élément important garantissant le droit de consulter les dossiers et comme une condition pour que l'autorité compétente puisse prendre des décisions informées, en étant en mesure de constater et d'évaluer les faits sur la base de dossiers complets et correctement tenus.

C'est pourquoi l'al. 1 prévoit que les dossiers doivent être gérés avec soin, systématiquement et dans l'ordre chronologique. Ces principes sont incontestés ; le principe de diligence et l'ordre chronologique sont d'ores et déjà appliqués par les assureurs. Par contre, la pratique a montré que la gestion des dossiers n'est pas encore *systématiquement* garantie chez tous les assureurs. À cet égard, le Tribunal fédéral exige au moins une pagination continue et, en règle générale, un bordereau « qui indique la liste chronologique de toutes les pièces introduites dans le dossier au cours de la procédure. Pour chaque document, le bordereau doit indiquer un numéro de séquence, son nombre de pages, la date à laquelle il a été versé au dossier, un titre qui l'identifie et une brève description concernant son type ou son contenu »⁷.

Al. 2 : Alors que l'al. 1 énumère les principes de la tenue de dossiers, l'al. 2 précise les exigences auxquelles doit satisfaire le bordereau de chaque dossier. La gestion systématique et chronologique des dossiers garantit que ceux-ci soient classés selon une séquence logique, mais elle ne permet pas à elle seule une consultation rapide et sélective sur le plan du contenu.

Or les procédures complexes que connaissent aujourd'hui les différentes assurances sociales produisent souvent des dossiers très fournis, intégrant eux-mêmes le dossier d'autres assureurs. Au cours d'une procédure, il peut s'avérer nécessaire de verser plusieurs fois des pièces similaires au même dossier afin de s'assurer que les documents pertinents qu'il contient sont à jour. De là proviennent certaines redondances. Or, celles-ci ne sont pas immédiatement visibles lorsque le classement suit un ordre chronologique, et elles compliquent la recherche des documents déterminants. Afin d'éviter autant que possible ce type de difficulté faisant obstacle au repérage et au traitement des dossiers, les assureurs devront tenir un bordereau qui fournira non seulement des informations sur l'exhaustivité des dossiers, mais aussi et surtout des indications claires sur le contenu et le type des documents qui y sont conservés. Ce bordereau permettra aussi à l'assuré de consulter plus facilement son dossier et de trouver les différents documents. Il aidera surtout les autorités judiciaires et les experts à obtenir plus rapidement et de manière plus précise une vue d'ensemble de l'état du dossier.

Les logiciels disponibles aujourd'hui pour la gestion d'entreprise permettent aux assureurs de créer des bordereaux intelligibles à peu de frais. Les assureurs devraient donc veiller à l'avenir (notamment en vue de la consultation des dossiers par les parties) à ce que des bordereaux correctement rédigés permettent de trouver facilement et rapidement les différents documents. Une période transitoire est prévue afin de permettre aux assureurs de s'adapter à la nouvelle disposition.

3.5.2 Art. 7d Conservation des dossiers

Dans sa version actuelle, l'OPGA ne contient pas non plus de dispositions d'exécution concernant la conservation des dossiers. C'est pourquoi la présente modification introduit ici des principes à ce sujet.

Al. 1 : Cet alinéa fixe les principes en fonction desquels les dossiers doivent être conservés. Il s'agit d'abord de garantir leur sécurité ou leur intégrité matérielle. Des mesures doivent être prises selon le type de dossier (papier ou numérique) pour que les dossiers soient conservés de manière sûre et appropriée. À cet égard, l'accent est mis notamment sur les mesures architecturales qui devraient protéger les dossiers des dommages dus par exemple à un incendie ou à des dégâts d'eau.

Al. 2 : L'alinéa prévoit que les dossiers soient protégés par des mesures architecturales, techniques et organisationnelles appropriées contre les accès non autorisés, les modifications non enregistrées et le risque de perte. Les assureurs devront ainsi veiller à ce que seules les personnes autorisées aient accès aux dossiers. Il faudra aussi prévoir des mesures pour écarter le risque que des modifications soient apportées aux dossiers sans être notifiées, et qu'elles ne soient plus repérables par la suite. Le principe est qu'aucun document ne puisse être supprimé ou remplacé sans que ces interventions, faute de notification, puissent être vérifiées (prévention de toute manipulation de dossier). Enfin, les assureurs devront également parer à toute perte de dossier par inadvertance.

3.5.3 Art. 8a Consultation du matériel recueilli lors d'une observation

Au niveau de la loi, c'est l'art. 47 LPGa qui règle le droit de consulter les dossiers (en tant qu'aspect du droit d'être entendu). Outre les dispositions d'exécution de l'art. 8 OPGA réglant la forme de la consultation du dossier, il s'agit de réglementer les modalités de la

⁷ Voir l'arrêt du Tribunal fédéral (8C.319/2010) du 15 décembre 2010, consid. 2.2.2.

consultation du matériel recueilli lors d'une observation ; c'est l'objet du nouvel art. 8a. Deux cas de figure sont possibles : soit le matériel recueilli est évoqué et présenté à l'assuré au cours d'un entretien dans les locaux de l'assureur, soit il fait l'objet d'un courrier dans lequel l'assureur informe l'assuré de la surveillance dont il a été l'objet et de l'existence de ce matériel.

Ces cas de figure renvoient aux situations, réglées par l'art. 43a, al. 7 et 8, LPGa, découlant du résultat de l'observation effectuée.

Al. 1 : Cet alinéa oblige l'assureur qui informe l'assuré de l'observation dans ses locaux de présenter à celui-ci l'intégralité du matériel recueilli, et de lui montrer en particulier les photographies et les films qui en font partie. L'assureur doit également indiquer à l'assuré qu'il peut en tout temps demander une copie de l'intégralité du matériel recueilli. Ainsi l'assuré est-il entièrement informé de l'existence de ce matériel et en situation de le consulter dans son intégralité.

Al. 2 : Cet alinéa règle la consultation du dossier dans le cas où l'assureur informe l'assuré de l'observation par écrit, ce qui est une obligation dans les cas prévus à l'art. 43a, al. 8, LPGa, puisque l'assureur doit alors rendre une décision concernant l'observation. Dans ce cas, l'assureur doit aussi offrir à l'assuré la possibilité de consulter dans ses locaux l'intégralité du matériel recueilli – cette option peut s'avérer pertinente lorsque l'assuré ne dispose pas des moyens techniques nécessaires (disque dur suffisant ou lecteur de DVD, par exemple) – ou d'en demander en tout temps une copie complète, le cas échéant avec l'ensemble de son dossier. En revanche, une remise automatique, non sollicitée, du matériel d'observation ne semble pas judicieuse, car on ne peut exclure qu'un assuré se sente dépassé par le contenu de ces documents ou qu'il n'ait aucun intérêt à les recevoir, par exemple parce que le matériel recueilli n'a pas pu confirmer le soupçon qu'il percevait indûment des prestations.

Au surplus, la réglementation existante et la jurisprudence concernant la consultation des dossiers restent déterminantes en droit des assurances sociales, y compris lorsque l'assuré renonce à ce droit. En conséquence, les décisions relatives à la consultation des dossiers constituent des décisions intermédiaires, lesquelles peuvent faire l'objet d'un recours, mais seulement si la condition du « préjudice irréparable » est remplie⁸.

3.5.4 Art. 8b Destruction des dossiers

La question de la destruction des dossiers ne concerne pas seulement le matériel recueilli lors d'une observation, mais tout dossier en général. Il est déjà prévu que les dossiers sans intérêt archivistique soient détruits passé le délai de conservation nécessaire fixé dans la législation.

Al. 1 : Ce principe sera désormais inscrit expressément dans la législation. Une précision doit être mentionnée ici pour le « cas spécial » que représente le *matériel résultant d'une observation qui n'a pas permis de confirmer les indices* laissant présumer qu'un assuré percevait ou tentait de percevoir indûment des prestations. L'art. 43a, al. 8, LPGa prévoit en effet que, dans ce cas, l'assureur doit (let. a) rendre une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation effectuée et (let. b) *détruire le matériel recueilli lors de l'observation après l'entrée en force de la décision* à moins que l'assuré ait expressément demandé que celui-ci soit conservé dans le dossier.

Al. 2 : Cet alinéa prévoit, lui aussi d'une manière générale, que la destruction des dossiers soit effectuée de manière contrôlée. Ce principe s'applique indépendamment du type de dossier considéré (il concerne donc aussi bien la destruction de dossiers « normaux » que celle du matériel recueilli lors d'une observation) et de la forme du dossier. L'assureur doit avoir un plan valant aussi bien pour l'élimination de dossiers papier que pour celle de dossiers enregistrés sur des supports de données. Peu importe également que cette destruction soit effectuée par le personnel de l'assurance ou confiée à un tiers. L'assureur doit aussi garantir que le processus de destruction soit toujours réalisé dans le respect de la confidentialité de toutes les informations que les dossiers contiennent. Autrement dit, cette règle ne porte pas seulement sur la destruction des dossiers, mais aussi sur leur acheminement à l'endroit où ils sont éliminés, de sorte qu'ils ne tombent jamais entre de mauvaises mains. Il est par conséquent exigé des assureurs qu'ils présentent un concept d'élimination et de destruction des dossiers ou des supports de données donnant toutes les garanties de sécurité à chaque étape du processus.

Al. 3 : Cet alinéa prescrit que le processus de destruction fait l'objet d'un procès-verbal. Il y sera mentionné qui a procédé à cette destruction, quand et de quelle manière.

3.6 Titre précédant l'art. 10

Vu les ajustements effectués plus haut dans les titres, il faut modifier la numérotation de la section 2 du texte en vigueur ; celle-ci devient la section 3. Sur le fond, la teneur de cette section consacrée à la procédure d'opposition reste inchangée.

3.7 Art. 14

La modification est purement d'ordre rédactionnel. La révision est en effet l'occasion de remplacer l'ancienne appellation (office fédéral) utilisée dans cet article par l'acronyme OFAS, introduit à l'art. 7a. La disposition ne subit toutefois aucune modification matérielle.

4 Entrée en vigueur

La présente modification de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales devrait entrer en vigueur dans le courant de l'année 2019, en même temps que la modification de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales adoptée le 16 mars 2018 par l'Assemblée fédérale (Base légale pour la surveillance des assurés), sous réserve de l'approbation de la majorité du peuple

⁸ Voir les références utiles dans Ueli Kieser. *op. cit.* (note 5), art. 52, n° 47, et art. 56, n° 16.

lors de la votation du 25 novembre 2018. Ainsi, les assureurs pourront recourir de nouveau et dans les meilleurs délais à la surveillance en tant que moyen permettant d'établir les faits en cas de présomption de perception illicite de prestations.