



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 Etats

du 7 septembre 2017

Monsieur le Président,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons le projet d'une modification de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet d'acte ci-joint.

7 septembre 2017

Pour la commission:

Le président, Konrad Graber

Rapport

1 Genèse du projet

Le 18 octobre 2016, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) a constaté, dans un arrêt relatif à un cas lié à l'assurance-accident¹, qu'une base légale précise et détaillée régissant la surveillance des assurés faisait défaut en Suisse. A la suite de cet arrêt, les prestataires d'assurance-accident ont mis fin à la surveillance de leurs assurés². Le 8 novembre 2016, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) est parvenue à la conclusion qu'il était urgent de prendre des mesures, consistant notamment à créer, le plus rapidement possible, la base légale demandée par la CEDH. Etant donné qu'il ne semblait pas certain que les autres assurances sociales disposent d'une base légale suffisante pour satisfaire aux critères de la CEDH³, et afin de créer une base uniforme pour tous les types d'assurances sociales, la commission a décidé d'inscrire une telle disposition dans la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)⁴.

La CSSS-E – qui savait que le Conseil fédéral était sur le point d'ouvrir une procédure de consultation sur un projet de révision de la LPGA prévoyant justement la création d'une telle base légale – a décidé de déposer une initiative parlementaire afin que les assureurs puissent dès que possible recourir à nouveau à l'instrument d'enquête que constitue l'observation. Son intention était de séparer les dispositions relatives à l'observation des autres dispositions de la réforme de la LPGA au terme de la procédure de consultation et de les insérer directement dans le processus parlementaire au moyen d'une initiative de commission. La CSSS-E était en effet d'avis que l'objectif pourrait être mis en œuvre plus rapidement de cette manière que s'il était examiné dans le cadre de la réforme de la LPGA.

Le 12 janvier 2017, la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national (CSSS-N) a approuvé le dépôt d'une initiative de commission par 17 voix contre 0 et 6 abstentions.

Le Conseil fédéral a lancé la consultation sur la réforme de la LPGA le 22 février 2017. La CSSS-E a ensuite chargé son secrétariat, le 28 mars 2017, d'élaborer, en collaboration avec l'administration, un projet d'acte et de rapport en se fondant sur l'article relatif à l'observation contenu dans le projet mis en consultation. La procédure de consultation s'est achevée le 29 mai 2017.

Se référant à l'arrêt de la CEDH, le Tribunal fédéral est arrivé à la conclusion, dans une décision rendue le 14 juillet 2017, qu'une base légale régissant de manière entièrement claire et détaillée la surveillance secrète faisait défaut non seulement

¹ Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Vukota-Bojić c. Suisse (n° 61838/10, en anglais) du 18.10.2016

² Cf. communiqué de presse de la Suva du 20.10.2016 «Suspension des mandats de surveillance», peut être consulté sous: <https://www.suva.ch/fr-ch/la-suva/news-et-medias/medias/2016/10/19/keine-neuen-observationsauftraege> [état au 25.7.2017]

³ Cf. art. 59, al. 5, de la loi sur l'assurance-invalidité (LAI); RS 831.20

⁴ RS 830.1

dans le domaine de l'assurance-accident, mais aussi dans celui de l'assurance-invalidité⁵. La surveillance des assurés a donc également pris fin dans le domaine de l'assurance-invalidité.

Les 14 août et 7 septembre 2017, la CSSS-E a examiné le projet d'acte en se fondant sur les résultats concernant l'article relatif à l'observation qui avaient émergé de la consultation organisée par le Conseil fédéral au sujet de la réforme de la LPGA. Elle-même a renoncé à mener une consultation étant donné que les positions des milieux intéressés étaient connues⁶. Sur certains points, elle s'est écartée du projet du Conseil fédéral. Le 7 septembre 2017, la commission a adopté à l'intention de son conseil, par 5 voix contre 3, le projet d'acte ainsi que le présent rapport. Elle a simultanément transmis le projet au Conseil fédéral pour avis.

2 **Grandes lignes du projet**

2.1 **Contexte et réglementation proposée**

Ce projet vise à créer une base légale claire permettant aux organes des assurances sociales de prendre des mesures d'observation de leurs assurés, compte tenu notamment des exigences définies par la CEDH dans son arrêt du 18 octobre 2016⁷.

La CEDH est parvenue à la conclusion que les dispositions du droit suisse sur lesquelles se fondent les assureurs pour prendre leurs mesures d'observation ne satisfont pas à l'exigence de prévisibilité. Par conséquent, le projet doit en particulier définir les *conditions* auxquelles une personne peut être surveillée, les *mesures de surveillance* qui sont admissibles ainsi que les *lieux* où une telle surveillance peut se dérouler. Le projet prévoit de créer un art. 43a à cette fin.

L'al. 1 de ce nouvel article fixe les conditions devant être réunies pour qu'un assureur soit autorisé à procéder à l'observation de l'un de ses assurés. Il indique également que, lors d'une observation, des enregistrements sonores pourront être effectués en plus des enregistrements visuels, et que des instruments techniques visant à localiser l'assuré – tels qu'un émetteur GPS – pourront être utilisés. Le Conseil fédéral n'avait prévu aucune de ces deux mesures dans le projet qu'il a mis en consultation. La commission estime pourtant qu'elles sont opportunes, car elles permettront de lutter systématiquement et efficacement contre les abus en matière d'assurances sociales, lesquels occasionnent des coûts considérables. L'al. 2 spécifie les lieux où l'observation sera admissible.

Selon la CEDH, les dispositions en vigueur ne sont pas assez claires ni précises pour garantir que les mesures de surveillance ne fassent pas l'objet d'abus et que le matériel recueilli ne soit pas utilisé de manière abusive. La cour considère que le droit suisse des assurances sociales est lacunaire entre autres en matière de dispositions procédurales concernant l'injonction de prendre des mesures d'observation et la surveillance de ces dernières, la durée maximale de l'observation ainsi que la possi-

⁵ Cf. ATF 9C_806/2016, consid. 4

⁶ Art. 3a, al. 1, let. b, de la loi sur la consultation, RS 172.061

⁷ Cf. note de bas de page n° 1

bilité d'un examen judiciaire. Il en va de même pour les dispositions relatives à la conservation, à l'accès, à l'utilisation, à l'examen et à la destruction du matériel recueilli lors de l'observation, ainsi que pour celles concernant la communication à propos d'une observation effectuée ou encore la possibilité de recourir contre le résultat d'une observation.

Les al. 3 à 6 de l'art. 43a régissent la durée maximale de l'observation, le recours à des spécialistes externes, l'exploitation du matériel recueilli lors d'une observation réalisée par des tiers, la communication sur une observation effectuée ainsi que la possibilité de recours après la réalisation de l'observation. Ainsi, une disposition prévoit que l'observation durera 30 jours au maximum sur une période de six mois et qu'elle pourra être prolongée si des raisons valables le justifient. Avec cette mesure, la commission va plus loin que le Conseil fédéral qui, dans son projet, avait prévu une durée de 20 jours sur une période de trois mois, sans possibilité de prolongation. Elle considère que ce positionnement est nécessaire, là encore, afin de doter les assureurs des moyens requis pour lutter efficacement contre les abus.

L'al. 7 confère au Conseil fédéral la compétence de régler la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation, la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel recueilli lors de l'observation, la transmission aux autorités pénales, la conservation et la destruction du matériel recueilli ainsi que les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation.

Grâce au dispositif proposé, les mesures de lutte contre les abus autorisées lors d'une observation figurent dans la loi et sont prévisibles, ainsi que le demandait la CEDH dans son arrêt. Les règles relatives à la réalisation de l'observation garantissent la proportionnalité. Les mesures d'observation demandées ne peuvent être prises que si, sans elles, les mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

La commission est consciente du fait que les résultats d'une observation réalisée dans le cadre d'une procédure administrative risquent de ne pas pouvoir être exploités comme éléments de preuve lors d'une procédure pénale ultérieure dans laquelle l'observation serait réglée de manière plus restrictive.

2.2 Propositions de minorité

La minorité (Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto) relative à la phrase introductive de l'al. 1 souhaite autoriser uniquement les enregistrements visuels, comme le prévoyait le projet mis en consultation; elle s'oppose à la réalisation d'enregistrements sonores et au recours à des instruments techniques visant à localiser l'assuré. La minorité estime que de tels instruments de surveillance étendue, qui sont utilisés lors d'activités policières classiques, ne doivent pas être autorisés dans le cadre d'une observation comprise comme une mesure administrative, qui relève davantage de la prévention et peut aussi être réalisée par des particuliers. Elle considère en particulier que le recours à des appareils techniques de surveillance devrait

au moins être soumis à l'approbation d'une instance indépendante, comme le prévoient le code de procédure pénale (CPP)⁸ et la loi fédérale sur le renseignement⁹.

La *minorité* (*Rechsteiner Paul, Stöckli, Zanetti Roberto*) relative à l'al. 1, let. c, demande de prévoir que les observations soient soumises à l'autorisation préalable d'un juge du tribunal cantonal des assurances compétent. Une telle mesure permettrait de garantir qu'une instance judiciaire indépendante de l'assureur examine si les conditions nécessaires à la réalisation d'une observation sont remplies. La minorité estime que cela est nécessaire, car il s'agit d'une surveillance secrète qui porte atteinte à la sphère privée, laquelle est protégée par l'art. 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁰ et par l'art. 13 de la Constitution fédérale (Cst.)¹¹. L'approbation d'un juge – mesure qui a fait ses preuves dans d'autres circonstances – s'impose d'autant plus s'agissant de la surveillance secrète que celle-ci est effectuée non seulement par des institutions publiques, mais également par des compagnies d'assurance privées.

La *minorité* (*Stöckli, Rechsteiner Paul, Zanetti Roberto*) relative à l'al. 2, let. b, souhaite garantir qu'un assuré ne puisse être observé que s'il se trouve dans un lieu librement accessible. Il s'agit de faire en sorte que l'assuré ne puisse pas être surveillé dans des locaux privés et d'éviter ainsi toute difficulté de délimitation. Du reste, la formulation proposée correspond à la norme de l'art. 282, al. 1, CPP relative à l'observation.

La *minorité* (*Stöckli, Rechsteiner Paul*) relative à l'al. 3 entend inscrire dans la loi une durée maximale d'observation sans accorder à l'assureur la possibilité de prolonger l'observation en question pour une durée indéterminée. Elle est d'avis que l'on ne doit pouvoir porter atteinte à la sphère privée d'une personne surveillée que sur une période clairement définie.

La *minorité* (*Eder, Dittli, Keller-Sutter*) relative à l'al. 7 souhaite que le Conseil fédéral règle uniquement la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation. Elle estime que la consultation du matériel recueilli lors de l'observation ainsi que sa conservation et sa destruction sont déjà réglées de manière satisfaisante par d'autres normes légales. Elle ne voit pas la nécessité non plus de réglementer les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation. Selon la minorité, il est superflu de prévoir une norme de délégation globale, norme qui risquerait au contraire d'entraîner une augmentation inutile de la charge administrative.

3 Résultats de la consultation

L'ensemble des participants à la consultation menée par le Conseil fédéral a accueilli très favorablement l'idée d'une réglementation légale relative à la réalisation

⁸ RS 312.0

⁹ RS 121

¹⁰ RS 0.101

¹¹ RS 101

d'observations d'assurés par les organes des assurances sociales. Les avis ont toutefois divergé sur les modalités concrètes.

En ce qui concerne l'al. 1 (conditions et moyens admissibles), la majorité des cantons, les associations représentant les organes d'exécution, la Suva, Assura, le PLR, l'Union des villes suisses (UVS), et l'Union suisse des arts et métiers (USAM) demandent une réglementation moins restrictive que celle du projet mis en consultation pour ce qui est, d'une part, des conditions devant être réunies pour qu'une observation puisse être effectuée et, d'autre part, des moyens pouvant être utilisés: ils souhaitent notamment que les enregistrements audio ainsi que les traceurs GPS figurent parmi les moyens autorisés. A l'inverse, le canton de Bâle-Ville, les associations de salariés¹², le PS et diverses autres organisations¹³ trouvent que cette disposition est formulée de manière (plutôt) trop vague, notamment en comparaison de l'art. 282 du CPP, et est incompatible avec le principe de proportionnalité. Ils estiment en particulier que les conditions auxquelles une observation est admissible devraient être définies plus précisément, voire être plus restrictives, et que la sphère privée des tiers devrait être garantie.

La plupart des participants à la consultation qui se sont exprimés au sujet de l'al. 2 (lieux où une observation est admissible) ont critiqué la disposition de la let. b du projet qui leur a été soumis (possibilité d'observer un assuré s'il se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible). Une partie d'entre eux craignent que cette disposition ne permette aux assureurs de s'immiscer dans la vie privée des assurés (en les observant même jusqu'à l'intérieur de leur logement). Ils demandent donc que les observations ne puissent avoir lieu que lorsque l'assuré se trouve dans un lieu librement accessible, tel que le prévoit la let. a.

Pour ce qui est de la durée maximale de l'observation, fixée à 20 jours au cours d'une période de trois mois à l'al. 3 du projet mis en consultation, tous les cantons s'étant explicitement exprimés à ce sujet, la plupart des organes d'exécution, l'UDC et l'USAM considèrent que cette limite est trop restrictive. Une partie d'entre eux demandent que ces observations puissent, à certaines conditions, être prolongées. L'Association suisse d'assurances et la Suva critiquent d'une manière générale le fait qu'il y ait une limite absolue, qu'elles trouvent inutile. Au contraire, SolidaritéS et le Syndicat des services publics (SSP) demandent une réduction de la durée maximale de l'observation, tant en ce qui concerne le nombre de jours que la période durant laquelle cette observation peut être exercée. Privatim¹⁴ demande que le nombre maximal de jours durant lesquels une observation est admissible soit revu à la baisse sur la base du principe de proportionnalité.

S'agissant de l'al. 4 (recours à des spécialistes), plusieurs participants à la consultation exigent que l'obligation de diligence et de garder le secret pour les spécialistes externes engagés par les assureurs soit inscrite dans la loi. Deux autres points font l'objet de critiques: le fait que les qualifications que doivent avoir les spécialistes en question et les exigences qu'ils doivent remplir ne soient pas définies plus précisé-

¹² Union syndicale suisse, Travail.suisse/Syna, et Syndicat suisse des services publics

¹³ JDS (Juristes démocrates de Suisse), Procap Suisse, FSP (Fédération suisse des psychologues), Avenir Social (Travail social suisse), Groupe sida Genève, AVIVO (association de défense et de détente des retraités), pro mente sana Suisse

¹⁴ Association des commissaires suisses à la protection des données

ment, et le fait que la disposition ne prévoit pas explicitement la possibilité, pour les assureurs, de recourir aussi à des spécialistes «externes».

En ce qui concerne les al. 5, 6 et 7, let. c, soumis à la consultation, les retours ont principalement porté sur la forme de communication et sur le sort réservé au matériel recueilli. Les cantons et les organes d'exécution, notamment, craignent que le fait que la communication ait lieu par voie de décision conformément à l'al. 6 n'engendre une charge de travail supplémentaire inutile et font valoir que la procédure prévue n'est pas pertinente. D'autres participants à la consultation demandent que la formulation de la disposition soit précisée pour ce qui est des modalités du droit d'être entendu. De nombreuses voix se sont par ailleurs élevées, pour différentes raisons, contre la destruction du matériel recueilli lors de l'observation dans les cas où cette dernière n'a pas permis de confirmer les indices qui avaient amené sa réalisation.

Par ailleurs, les avis divergent fortement sur la question de savoir qui doit être compétent pour ordonner les observations ainsi que sur celle de savoir s'il convient de légiférer pour définir cette compétence et, dans l'affirmative, si cette dernière doit être réglée au niveau de l'ordonnance ou à celui de la loi.

Les organes d'exécution, certains cantons¹⁵ et l'USAM sont d'avis qu'il convient de ne pas réglementer cette compétence, estimant que cette procédure est déjà bien établie au sein des organes d'exécution et qu'il ne faut pas s'ingérer dans l'autonomie organisationnelle de ces derniers. Ils redoutent en outre une «suradministration».

A l'inverse, deux cantons¹⁶, l'UVS, le SSP et les JDS considèrent clairement qu'une réglementation au niveau de l'ordonnance serait insuffisante et que cette question doit être réglée au niveau de la loi.

Le PES, le PS, SolidaritéS, certaines associations de salariés¹⁷ et d'autres organisations intéressées¹⁸ considèrent (ou du moins s'interrogent à ce sujet) que l'examen consistant à vérifier si les conditions visées à l'al. 1 sont réunies – auquel cas une observation est admissible – ne devrait pas être réalisé par les assureurs eux-mêmes, mais par un organe étatique indépendant.

Au-delà des dispositions proposées, plusieurs participants à la consultation (dont notamment les cantons, les organes d'exécution et les assureurs) demandent que les bases légales règlent aussi explicitement la recevabilité de matériel d'observation fourni par des tiers (pour autant que ledit matériel satisfasse aux exigences définies dans les dispositions du projet).

¹⁵ Les Grisons, Appenzell Rhodes-Extérieures, le Valais et Zoug

¹⁶ Berne et Bâle-Campagne

¹⁷ Union syndicale suisse, TravailSuisse/Syna, SSP

¹⁸ Inclusion Handicap, Pro mente sana et JDS

4 Commentaire par article

4.1 Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales

Art. 43a

L'ajout de cet art. 43a vise à créer une base légale permettant à toutes les assurances sociales soumises à la LPGA de procéder à des observations. Il découle de l'arrêt de la CEDH que la disposition doit définir les circonstances justifiant une observation, sa durée maximale, la procédure d'autorisation, la communication, la conservation et la suppression des données, ainsi que l'accès de tiers à ces données.

L'art. 43a fait référence à tous ces critères.

Al. 1: cet alinéa règle les circonstances justifiant une observation. Il mentionne en particulier les conditions à remplir pour qu'une observation puisse avoir lieu et les moyens qui peuvent être utilisés.

Une observation présuppose premièrement la présence d'indices concrets laissant présumer que l'assuré bénéficie ou essaie de bénéficier indûment d'une prestation. La notion d'indices concrets est reprise de l'art. 282, al. 1, let. a, CPP ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral (ATF 137 I 327, consid. 5.4.2.1, et 136 III 410, consid. 4.2.1). Deuxièmement, il est indispensable de constater que, sans mesure d'observation, les mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

L'al. 1 vise les personnes qui bénéficient ou essaient de bénéficier indûment d'une prestation. Il correspond à une ancienne proposition relative à un art. 44a, al. 1, qui avait été soumise dans le cadre de la révision de la loi sur l'assurance-accident (LAA¹⁹, cf. FF 2008 4965).

Par observation, on entend la surveillance systématique des activités d'une personne pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats en vue de leur utilisation dans le cadre de la procédure d'instruction. Sont autorisés, en plus des enregistrements visuels, les enregistrements sonores et l'utilisation d'instruments techniques permettant de localiser l'assuré (tels que le système de positionnement global [GPS]).

Toute mesure d'observation constitue une atteinte aux droits fondamentaux de l'assuré (droit au respect de la vie privée prévu à l'art. 13 Cst.). Pour cette raison et conformément au principe de proportionnalité, les assureurs doivent être certains, avant de réaliser l'observation, que d'autres mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles. Cette règle s'inspire de l'art. 282, al. 1, let. b, CPP.

Al. 2: la personne peut être observée dans des lieux librement accessibles et dans des lieux visibles depuis des lieux librement accessibles. Selon l'ATF 137 I 327, «des enregistrements vidéo de la personne assurée qui la montrent occupée à des activités quotidiennes (travaux du ménage) sur le balcon visible librement» sont licites²⁰. De

¹⁹ RS 832.20

²⁰ ATF 137 I 327, regeste

plus, indique l'arrêt, on peut présumer que, lorsqu'une personne est filmée dans un lieu visible par tout un chacun alors qu'elle exerce volontairement des activités quotidiennes observables à l'œil nu, elle a renoncé sur ce point à la protection de sa sphère privée, exposant celle-ci, dans la mesure considérée, au public²¹. Un lieu «visible par tout un chacun» est un lieu où l'activité qui y est exercée peut être distinguée à l'œil nu au moment en question de la journée. L'intérieur du bâtiment où habite l'assuré ne constitue pas un espace aisément visible par tout un chacun et il n'est pas licite d'y réaliser une observation: une surveillance effectuée dans une cage d'escalier ou dans la buanderie, par exemple, n'est pas admise (voir l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2011 du 9.3.2012, consid. 8.4).

Al. 3: une observation peut se dérouler sur 30 jours civils consécutifs ou isolés au maximum. Peu importe la durée quotidienne de l'observation. Ces 30 jours s'entendent pour un mandat d'observation et doivent avoir lieu dans les six mois qui suivent le premier jour d'observation. Le délai de six mois peut être prolongé pour des raisons valables.

Al. 4: la formulation de l'al. 4 permet aux assureurs de mandater des spécialistes externes (déetectives), mais aussi de faire appel à leurs propres collaborateurs ayant les compétences nécessaires. Les spécialistes externes sont soumis à la même obligation de diligence et de garder le secret que les assureurs qui les ont mandatés. Cette disposition correspond à la pratique actuelle des offices AI.

Si un tiers a recueilli du matériel d'observation aux conditions et dans les limites prévues par cet article, le matériel en question peut aussi être exploité par l'assureur.

Al. 5: en cas d'observation, le droit d'être entendu doit être garanti à l'assuré après que l'observation a eu lieu, mais avant que l'assurance ait rendu la décision concernant la prestation mise en question. L'assuré doit être mis au courant de la motivation, de la nature et de la durée de la surveillance. Si l'information se fait dans le cadre d'un entretien, un résumé de l'entretien devra être porté au dossier. Il n'est pas nécessaire d'informer l'assuré immédiatement après le déroulement de l'observation, mais ce doit être fait au plus tard avant que la décision relative à la prestation soit rendue. Si une expertise médicale est ordonnée à la suite de l'observation, l'assuré doit être informé de la réalisation de l'observation avant que l'expertise ne soit confiée à la personne ad hoc. Ceci correspond également à la pratique actuelle des offices AI. Quant à savoir si cette information est comparable à une décision incidente, la question peut rester ouverte.

Cette règle s'inspire aussi de l'art. 283, al. 1, CPP et de l'art. 44a, al. 6, P-LPGA proposé en 2006 dans le cadre de la révision de la LAA (FF 2008 4947, p. 4966).

L'assuré a la possibilité de contester la présence des conditions permettant une observation devant le tribunal cantonal compétent ou devant le Tribunal administratif fédéral (art. 56 à 58) dans le cadre de l'examen de la décision matérielle concernant le droit à la prestation.

Conformément à l'art. 47, al. 1, let. a, l'assuré a en outre le droit de consulter son dossier. Le matériel d'observation pourra être consulté après que l'assureur aura communiqué à l'assuré qu'il a fait l'objet d'une observation.

²¹ ATF 137 I 327 consid. 6.1

L'art. 46 règle la gestion des documents dans les assurances sociales. Il prévoit que tous les documents qui peuvent être pertinents pour la prise de décision doivent être enregistrés dans le dossier de l'assuré. Le matériel d'observation qui permet de contribuer à la preuve que l'assuré obtient ou a essayé d'obtenir des prestations de manière indue doit être inclus dans son dossier.

Al. 6: lorsque le matériel d'observation (photographies, supports vidéo, rapport de surveillance, etc.) n'apporte pas la preuve d'une perception indue de la prestation ou d'une tentative de percevoir indûment la prestation, l'assureur doit rendre une décision qui précise le motif, la nature et la durée de l'observation. L'assuré a ainsi la possibilité de contester la licéité de l'ordonnance ou de l'exécution de l'observation. Conformément au droit d'être entendu, l'assuré a le droit de consulter son dossier et la possibilité d'examiner le matériel recueilli lors de l'observation. Le matériel d'observation doit être détruit ultérieurement. En vertu de l'al. 7, le Conseil fédéral règle les modalités concernant le sort des dossiers.

Al. 7: cette disposition délègue au Conseil fédéral la compétence d'édicter les ordonnances d'exécution requises (cf. aussi chap. 7.2).

Let. a: le Conseil fédéral règle la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation. En raison des grandes différences qui existent entre les structures organisationnelles des divers assureurs, une réglementation au niveau de l'ordonnance est la solution la plus appropriée pour permettre la prise en compte des conditions concrètes.

Let. b: le Conseil fédéral règle la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation. Il est prévu que l'assureur rende une décision tant dans les cas couverts par l'al. 5 de l'art. 43a (décision portant sur les prestations) que dans ceux couverts par l'al. 6 (décision visant à informer formellement de l'observation), ce qui garantit la possibilité de consulter le dossier conformément à l'art. 47, al. 1, let. c. L'art. 43a, al. 7, let. b, confère au Conseil fédéral la compétence de régler les modalités exactes de la consultation du dossier par l'assuré.

Let. c: le Conseil fédéral règle également la transmission aux autorités pénales, la conservation et la destruction du matériel recueilli lors de l'observation.

Les art. 32, 33 et 47 LPGA en particulier, mais aussi les articles de lois spéciales (l'art. 50a de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants²², par ex.) définissent de manière exhaustive, pour le domaine des assurances sociales, la règle qu'est l'obligation de garder le secret et l'exception que constitue la transmission de données. Les informations concernées étant très sensibles (données médicales, économiques, etc.), leur transmission à des tiers est réglée de manière très restrictive: la plupart du temps, cette procédure ne peut se faire que sur demande écrite et motivée et elle doit se limiter aux données qui sont nécessaires pour le but visé. Néanmoins, s'agissant de la transmission de matériel d'observation aux autorités pénales et de l'exploitation de ce matériel par ces dernières, il convient de prévoir spécifiquement, à l'al. 7, let. c, du présent projet, que le Conseil fédéral règle lui-même les modalités de cette procédure.

Dans les cas où l'observation n'a pas permis de confirmer les indices concrets visés à l'art. 43a, al. 1, let. a, l'al. 6 de ce même article dispose que le matériel recueilli lors de l'observation doit être détruit. En revanche, si l'observation donne lieu à une décision portant sur les prestations, le matériel recueilli est déterminant pour la procédure en question et doit être enregistré de manière systématique conformément à l'art. 46.

Les dispositions concernant la transmission aux autorités pénales, la conservation et la destruction du matériel recueilli seraient trop précises pour figurer dans la loi, raison pour laquelle l'art. 43a, al. 7, let. c, délègue le pouvoir de légiférer à ce sujet au Conseil fédéral.

Let. d: enfin, le Conseil fédéral règle également les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation, étant donné que les dispositions en question seraient elles aussi trop précises pour figurer dans la loi.

5 Conséquences

5.1 Conséquences financières et effet sur l'état du personnel

L'observation doit constituer l'instrument de dernier recours pour les assureurs soucieux d'éviter que certains assurés ne perçoivent indûment des prestations: il s'agit de mesures de surveillance visant à révéler les cas de personnes qui le font ou tentent de le faire. Ces mesures peuvent être exécutées par des experts internes ou externes. Elles génèrent donc des charges du côté des assureurs, aussi bien en matière de finances que de ressources humaines.

Les charges financières sont toutefois compensées par les économies réalisées au niveau des prestations qui, grâce aux mesures d'observation, ne sont pas ou plus versées indûment (cf. indications de l'AI à l'annexe I).

Quoi qu'il en soit, cette nouvelle disposition ne crée aucun coût supplémentaire puisqu'il s'agit uniquement de créer une base légale pour les observations auxquelles les assureurs procèdent déjà.

5.2 Mise en œuvre

Les organes des assurances sociales pratiquent déjà l'observation depuis plusieurs années en se fondant sur les bases légales fédérales en vigueur. La pratique et la jurisprudence du Tribunal fédéral montrent que cette mesure est tout à fait réalisable.

5.3 Autres conséquences

Le fait de combler cette lacune juridique accroîtra la sécurité du droit tant pour les assureurs que pour les assurés. En permettant de découvrir les cas dans lesquels des assurés perçoivent indûment des prestations sociales et en empêchant d'autres de le

faire, le législateur renforce la confiance des assurés qui perçoivent des prestations à juste titre et de la population en général envers les assurances sociales.

6 Relation avec le droit européen

Dans son arrêt n° 61838/19 dans l'affaire Vukota-Bojić contre la Suisse, la CEDH a constaté que la Suisse ne disposait pas, dans la LAA et la LPGA, des bases légales suffisantes pour permettre aux assureurs de réaliser des observations. Le projet d'acte permet de tenir compte de cet arrêt en comblant cette lacune dans la LPGA et, ainsi, pour toutes les assurances sociales auxquelles elle s'applique. La disposition proposée par la commission englobe tous les critères cités dans l'arrêt.

7 Bases légales

7.1 Constitutionnalité et légalité

La LPGA comprend des dispositions qui, par principe, s'appliquent à toutes les branches des assurances sociales (à l'exception de la prévoyance professionnelle). La présente révision de la LPGA s'appuie notamment sur les art. 112, al. 1, 114, al. 1, et 117, al. 1, de la Constitution fédérale, qui confèrent à la Confédération la compétence de légiférer sur les différentes assurances sociales.

7.2 Délégation de compétences législatives

L'art. 43a, al. 7, du projet confère au Conseil fédéral la compétence d'édicter des ordonnances d'exécution de la loi. Cette délégation de compétences est justifiée et nécessaire dans la mesure où elle concerne des dispositions qui seraient trop précises pour figurer dans la loi. Les lignes directrices définies dans l'article de loi déterminent suffisamment le pouvoir de légiférer du Conseil fédéral.

L'art. 43a, al. 7, prévoit ainsi que le Conseil fédéral règle la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation, la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel complet recueilli lors de l'observation, la transmission du matériel d'observation aux autorités pénales, sa conservation et sa destruction, ainsi que les exigences à l'endroit des spécialistes chargés de l'observation.

7.3 Forme de l'acte

Conformément à l'art. 164, al. 1, Cst., toutes les dispositions importantes qui fixent des règles de droit, en particulier celles qui restreignent les droits constitutionnels (let. b), doivent être édictées sous la forme d'une loi fédérale. Par conséquent, cette modification de la LPGA s'inscrit dans le cadre de la procédure législative ordinaire.

Lutte contre les abus dans l'AI: vue d'ensemble

	2016		2015		2014		2013		2012	
	Total	dont avec observation	Total	dont avec observation	Total	Dont avec observation	Total	dont avec observation	Total	dont avec observation
Cas liquidés	1950	270	1940	220	2310	260	2540	220	2020	220
Soupçon confirmé (nombre de cas)	650	180	540	140	540	140	570	130	400	70
Rentes non octroyées, supprimées ou réduites (calculées en rentes entières)	470	160	410	120	390	120	420	110	300	60
Economies réalisées par an (en millions de francs)	11,7	4,0	10,0	2,9	9,5	2,9	10,8	2,8	7,6	1,5
Prestations de rentes économisées (extrapolation, en millions de francs)	environ 178	environ 60	environ 154	environ 45	environ 144	environ 44	environ 173	environ 45,6	environ 120	environ 23,8

Les réductions de prestations complémentaires à l'AI ou de rentes d'invalidité du deuxième pilier ne sont pas prises en compte dans les économies susmentionnées.

