



ARTIAS

Association romande et tessinoise
des institutions d'action sociale

Veille

Abus en matière d'assurances sociales : base légale en cours d'élaboration pour légitimer la surveillance

Par Florence Meyer, avocate

Novembre 2017

La perception induue de prestations sociales recouvre tant les abus que les fraudes au sens pénal (intentionnelles). Répondent à la notion d'abus la violation de l'obligation de renseigner ou l'omission non intentionnelle d'informations dans l'examen des prestations d'assurance sociale. Les statistiques en matière d'AI démontrent par exemple que les observations des offices conduisent dans certains cas à un réexamen des rentes versées¹ : en 2016, ces révisions ont permis d'économiser 8 millions de francs². Précisons que cette économie ne représente en réalité que 0.14 % de la somme de 5,4 milliards de francs pour les rentes de la même année³.

Ce chiffre démontre que, dans ce domaine, nous sommes très loin d'un abus généralisé. Toutefois, ces « oublis » entament la confiance en notre système de protection sociale et à ce titre sont contreproductifs. Dans cette perspective, les démarches engagées par les assurances sociales pour les débusquer sont nécessaires pour garantir la crédibilité du filet social.

A l'instar de toute activité étatique ayant des effets sur la sphère privée des individus, certaines mesures doivent figurer dans une loi qui en énonce le cadre précis et les modalités à respecter. Or, de l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), le droit suisse des assurances sociales est aujourd'hui lacunaire à ce sujet. Il y a une année, la CEDH estimait que la législation suisse en matière d'assurance accident ne contenait pas de base légale suffisante pour justifier le recours à une surveillance en cas de soupçon de prestations indues⁴. Cet été, le Tribunal fédéral adoptait une position identique pour l'assurance-invalidité (AI)⁵. Avec ces deux arrêts, les mesures de surveillance que mèneraient les assurances sociales ne sont pas utilisables, faute de fondement légal. Depuis lors, sur ordre de l'Office fédéral des assurances sociales, les offices AI n'engagent plus de telles mesures et ont suspendu celles en cours.

La Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil des Etats (CSSS-E) a réagi sans tarder: le 8 novembre 2016, elle déposait une initiative [\(16.479\)](#) visant à créer le plus rapidement possible la base légale exigée ; elle désirait que les assureurs puissent à brève échéance à nouveau procéder à des observations pour lutter contre les abus dans ce domaine. Elle devançait le Conseil fédéral sur le point d'ouvrir une consultation avec une réforme générale de la Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) qui devait justement comprendre une base légale. Dans le but de gagner du temps, elle a voulu traiter ce point de manière séparée : souhaitant que toutes les assurances sociales puissent en bénéficier, elle proposait, tout comme le Conseil fédéral d'ailleurs, une modification de la LPGA. En janvier 2017, la commission jumelle du Conseil national adoptait cette initiative. Le 7 septembre 2017, [la CSSS-E](#) déposait son rapport et le [Conseil fédéral](#) prenait position le 1^{er} novembre 2017.

¹ La lutte contre les abus dans l'AI du 14 septembre 2017 <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/iv/grundlagen-gesetze/versicherungsmisbrauch.html> consulté le 8 novembre 2017

² Soit 178 millions de francs selon l'OFS suite à une extrapolation sur la base du montant moyen d'une rente ordinaire de l'AI et de la durée de perception jusqu'à l'âge de la retraite

³ Statistiques de l'AI 2016 : https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/iv/statistiken/iv_stat_2016_d.pdf.download.pdf/Statistique%20de%20l'AI%202016.pdf

⁴ Arrêt de la CEDH Vukota-Bojic contre Suisse (n° 61838 en anglais) du 18 octobre 2016

⁵ Arrêt du Tribunal fédéral non publié 9C.806/2016 du 14 juillet 2017

Actuellement, le droit des assurances sociales contient déjà des dispositions qui règlent la procédure d'examen des faits ; des bénéficiaires de prestations peuvent être observés dans les lieux publics lorsque les assureurs sociaux ont des motifs sérieux de soupçonner que ceux-ci perçoivent des prestations auxquelles ils n'ont pas droit. L'arrêt de la Cour européenne a cependant considéré que ces dispositions sont insuffisantes : il manque une base légale claire et concrète énonçant les exigences et les modalités d'une telle mesure. Elle en a dès lors déduit qu'en l'état, l'observation porterait atteinte à la garantie du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et article 13 de la Constitution fédérale), et donc pas admissible. Seule une base légale conforme aux critères mentionnés dans l'arrêt de la CEDH permet de restreindre ce droit fondamental.

Pour satisfaire à cette exigence, tant le Conseil fédéral que la CSSS-E introduisent un nouvel article 43a LPGa. Cet article aborde ainsi les six aspects d'une surveillance : qui peut l'ordonner et l'exercer, dans quelles circonstances, qui est visé, dans quel endroit, pour combien de temps, comment et quelles en sont les conséquences.

Ainsi, avec cet article, l'assurance peut ordonner des mesures de surveillance s'il existe des indices concrets présument qu'un assuré perçoit ou a tenté de percevoir indûment des prestations. Ces mesures d'investigation sont subsidiaires : il faut prouver que les moyens ordinaires n'ont aucune chance de réussir ou sont excessivement difficiles à réaliser. Avec ces deux conditions cumulatives, l'observation reste donc l'ultima ratio. Sont visés ici les enregistrements sonores (sans augmentation des capacités de perception auditive naturelles) et visuels. Des écoutes téléphoniques, la lecture de la correspondance ou l'utilisation des microphones directionnels et amplificateurs de sons ne font pas partie de l'éventail des moyens à disposition pour documenter le dossier de l'assuré présumé abuseur. Compte tenu de la gravité de l'atteinte à la sphère privée, seule une autorité judiciaire peut autoriser ces modes de surveillance, de surcroît aux conditions strictes de la surveillance par poste et télécommunication⁶. Le Conseil fédéral refuse également l'utilisation d'instruments visant à localiser l'assuré (par exemple via un GPS) souhaitée par la majorité⁷ de la commission : pour lui, l'examen des faits n'en est guère amélioré, si bien qu'ils ne se justifient pas. Prenant position le 14 novembre 2017, la CSSS-E maintient sa position.

Ces mesures de surveillance ne peuvent pas être ordonnées n'importe où (art. 42a al. 2). L'assuré doit être dans un endroit librement accessible (litt. a) ou dans un lieu qui est visible depuis un emplacement librement accessible (lit. b). Pour la commission, il s'agit d'un lieu visible par tout un chacun, soit un lieu où l'activité qui y est exercée peut être distinguée à l'œil nu au moment en question de la journée⁸. Devraient ainsi répondre à cette notion les espaces publics, comme les parcs, les places, les restaurants, et même les balcons en référence à la jurisprudence du Tribunal fédéral⁹. En revanche, l'intérieur d'un bâtiment dans lequel habite l'assuré (cage d'escalier, buanderie, etc.) ne répond pas à cette exigence ; il n'est donc pas

⁶ Art. 269 et ss du code de procédure pénale (RS 312.0) ce qui ne pourrait être admis qu'en cas de fraude à l'assurance au sens pénal au sens de l'article 148a du code pénal (RS 310.0)

⁷ Une proposition minoritaire souhaite en revanche que ces mesures se limitent aux enregistrements visuels.

⁸ Selon les termes mêmes de la commission p. 9

⁹ ATF 137 I 327

licite d'y effectuer des observations. Si tel était néanmoins le cas, ces faits ne seraient pas recevables. Le Conseil fédéral ne donne pas suite à une minorité qui demandait la suppression de la lettre b ; selon lui, un tel lieu est admissible au regard de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

Combien de temps peut durer une telle surveillance ? Pour la CEDH, la durée maximale d'observations doit être clairement définie dans la loi et connue de l'assuré. A l'article 43a al. 3, la commission prescrit une période de 30 jours sur six mois à compter du premier jour d'observation, durée pouvant être prolongée s'il existe des raisons valables¹⁰. Le Conseil fédéral adhère à cette réglementation, mais limite la prolongation à six mois au maximum. La CSSS-E se rallie également à cette limitation.

Le projet du Conseil fédéral ajoute une exigence supplémentaire qu'admet la CSSS-E : seule la direction de l'assurance peut ordonner cette surveillance et non pas n'importe quel collaborateur. Comme le pratiquent d'ailleurs les offices AI, cette surveillance peut être confiée à des spécialistes externes, comme des détectives (art. 43a al. 4) qui ont notamment l'obligation de garder le secret. Le Conseil fédéral admet également cette délégation, tout comme la possibilité d'exploiter des données recueillies par des tiers, pour autant toutefois qu'elles respectent les exigences spatiales et temporelles mentionnées à l'alinéa 1.

Une fois l'observation terminée, l'assureur doit donner à l'assuré la possibilité de se prononcer sur les faits découlant des mesures d'observation : soit les motifs qui ont conduit aux mesures de surveillance, leur nature et leur durée (art. 43a al. 5 et 6). Dans certains cas, ce droit d'être entendu précèdera la décision modifiant ou supprimant la prestation. C'est dans ce cadre-là que l'assuré pourra consulter son dossier qui comprendra le résultat de l'observation ; le cas échéant, il pourra contester les mesures de surveillance (comme le non-respect des conditions énoncées précédemment). Si le résultat de l'observation ne confirme pas les indices à l'origine de la surveillance, l'assurance doit informer l'assuré des mesures qui ont été ordonnées en rendant une décision. L'assuré pourra alors remettre en cause la licéité de l'observation ou des mesures adoptées. Dans ce cas précis, que devient alors le matériel constitué ? Dans son projet, la commission en prescrit la destruction, de manière à ce qu'il ne reste pas au dossier. Le Conseil fédéral s'écarte quelque peu de cette prescription ; se basant sur le résultat de la consultation¹¹, il reconnaît que l'assuré peut avoir un intérêt à ce que ledit matériel y soit conservé, comme qu'il atteste de l'existence d'une limitation physique. Dès lors, le projet de loi en prévoit la destruction d'office à l'entrée en force de la décision, à moins que l'assuré en ait expressément demandé la conservation. Enfin, des dispositions d'exécution du niveau d'une ordonnance complètent la LPGA ; elles portent sur la procédure de consultation par l'assuré du matériel recueilli, de la conservation et la destruction de ce dernier et des exigences à satisfaire par les spécialistes chargés de l'observation.

Comme énoncé en préambule, si le principe de la lutte contre les abus ne saurait être remis en cause, il doit s'inscrire dans un cadre légal respectueux des droits fondamentaux et accorder à la protection de la sphère privée des assurés toute

¹⁰ Cette prolongation est contestée par une minorité

¹¹ Avis du Conseil fédéral du 1^{er} novembre 2017. p. 7

l'importance qui lui revient. L'arsenal à disposition doit également être en adéquation avec le but à atteindre.

On peut s'interroger : les mesures de surveillance ne devraient-elles pas être complétées par des programmes de sensibilisation par exemple ou s'inscrire dans un examen plus global des abus ? Ou encore mieux pratiquer le bâton et la carotte ? Les autorités fédérales ont choisi d'agir de manière sectorielle sans élargir le champ d'action à d'autres politiques publiques comme la fiscalité et les abus dans le domaine des prestations sociales qui sont également pénalisées par du travail non déclaré. Sous cet angle, le projet mené par le canton de Neuchâtel, intitulé [Réglo, la campagne de lutte contre les abus](#) illustre cette interdépendance et l'avantage de créer une collaboration interinstitutionnelle ; la transversalité de l'approche permet ainsi un traitement complet de la situation.

Qu'en est-il du recours à des détectives à qui l'observation serait confiée? Est-ce souhaitable ? Interrogé, le préposé cantonal valaisan à la protection des données¹² (qui ne conteste pas du tout la nécessité de lutter contre les abus) émet des doutes. Il craint deux choses : un non-respect des normes découlant de la protection des données qui sont accrues en matière d'assurances sociales¹³ et le risque encouru par la collectivité qui ne peut se dégager de sa responsabilité en cas de défaillance dans l'exécution du mandat. Il marque clairement sa préférence pour des collaborateurs assermentés. Par ailleurs, il estime que le contrôle dans la sphère privée des gens n'est pas la seule solution : il évoque le renforcement de la collaboration à mener entre services concernés dans le respect de la protection des données.

Enfin, le bénéficiaire de l'assurance sociale doit pouvoir non seulement décider de la conservation du matériel récolté (comme le prévoit d'ailleurs le projet), mais également exiger que son dossier mentionne le fait que des mesures d'observation aient été ordonnées, lesquelles se sont révélées sans fondement. Cette trace rappellerait à l'assurance l'insuccès d'une observation. Le projet devrait donc être complété sur ce point.

Liens vers les prises de position (en français) des cantons sur le projet de modification de la LPGA :

- [Canton de Neuchâtel](#)
- [Canton de Vaud](#)
- [Canton de Fribourg](#)
- [Canton de Genève](#)
- [Canton du Jura](#)¹⁴

* * *

¹² M. Sébastien Fanti, avocat et préposé cantonal valaisan à la protection des données
<https://www.rts.ch/info/suisse/9050582-suivre-les-fraudeurs-a-l-aide-sociale-le-recours-a-des-detectives-controverse.html>

¹³ Et qui seront renforcées en 2019 avec le droit européen

¹⁴ Renvoi à la prise de position de tous les cantons publiés par l'OFAS