



Document de synthèse

Connaissances juridiques requises de la part des spécialistes chargés d'observations au sens de la LPGA

Version 1

Etat : 6 août 2019

Sommaire

I	Introduction	3
II	Points essentiels sur le droit constitutionnel, le droit des assurances sociales et le droit du mandat	4
1	Droit constitutionnel suisse	4
1.1	Sources du droit.....	4
1.2	Évolution et principes fondamentaux de la Constitution fédérale.....	4
1.3	Lois fédérales et ordonnances.....	6
1.4	Distinction entre droit public et droit privé.....	7
2	Bases du droit des assurances sociales	8
2.1	Caractéristiques du système de sécurité sociale.....	8
2.2	L'instruction dans la procédure en matière d'assurances sociales.....	12
3	Les assureurs en tant que mandants	13
3.1	Les assurances sociales régies par la LPGA.....	13
3.2	Service compétent pour ordonner une observation.....	13
3.3	Obligation d'autorisation pour les spécialistes chargés de l'observation dans les assurances sociales.....	14
3.4	Durée de validité de l'autorisation, obligation d'informer et motifs de retrait de l'autorisation	15
3.5	Relation relevant du droit du mandat entre assureur et spécialiste en matière de surveillance de personnes.....	16
III	Les enjeux : des droits fondamentaux	17
1	Aperçu des différents droits fondamentaux	17
1.1	Libertés individuelles (ou fondamentales).....	17
1.2	Droits à l'égalité.....	17
1.3	Droits sociaux fondamentaux.....	18
1.4	Droits politiques.....	18
1.5	Droits procéduraux fondamentaux.....	18

2	La réalisation des droits fondamentaux	18
3	Restriction des libertés individuelles par l'État (art. 36 Cst.)	19
3.1	Conditions	19
3.2	Au sujet des observations ordonnées par les assurances sociales	20
IV	Cadre légal et limites posées à l'exécution d'observations	22
1	Introduction	22
2	Distinction par rapport au code de procédure pénale	22
3	Dispositions de la LPGA et de l'OPGA relatives aux observations	23
3.1	Conditions à remplir pour une observation	23
3.2	Lieu de l'observation	24
3.3	Moyens de l'observation	25
3.4	Durée de l'observation	27
3.5	Conservation et destruction du matériel recueilli	27
4	Protection de la personnalité au sens du droit constitutionnel et du code civil	27
4.1	Protection de la personnalité au sens du droit constitutionnel	28
4.2	Protection de la personnalité au sens du code civil	29
5	Dispositions pénales	30
5.1	Généralités	30
5.2	Infraction contre le domaine secret ou le domaine privé (art. 179 à 179 ^{novies} CP)	31
5.3	Crimes ou délits contre la liberté	32
5.4	Crimes ou délits contre l'administration de la justice (aperçu)	33
6	Protection des données, secret de fonction et obligation de garder le secret au sens de la LPGA	33
6.1	Bases légales de la protection des données en Suisse	33
6.2	Secret de fonction et obligation de garder le secret	35
6.3	Conclusion	36
V	Bibliographie	37

I Introduction

Le 16 mars 2018, le Parlement suisse a approuvé l'introduction, dans la loi du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)¹, de nouvelles bases légales pour la surveillance des assurés dans les assurances sociales (art. 43a et 43b LPGA)². En complément, le 7 juin 2019, le Conseil fédéral a édicté des dispositions d'exécution³ dans l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA)⁴ (art. 7a ss).

Les nouvelles dispositions de la loi et de l'ordonnance règlent les conditions et les modalités des observations (compétence décisionnelle, lieux et moyens admis, durée, etc.) dans les assurances sociales obligatoires auxquelles la LPGA s'applique. Elles définissent également les exigences posées aux spécialistes qui seront autorisés à effectuer des observations pour le compte des assureurs, en prévoyant notamment l'obligation, pour les spécialistes, d'obtenir une autorisation afin de pouvoir réaliser des observations (art. 7a OPGA)⁵. Les demandes d'autorisation seront examinées par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS).

L'une des conditions pour obtenir une autorisation exige du requérant qu'il ait acquis dans le cadre d'une formation initiale ou continue appropriée les connaissances juridiques indispensables à l'exécution d'une observation conforme au droit (art. 7b, al. 1, let. d, OPGA). Ces connaissances sont définies plus précisément dans les directives de l'OFAS concernant la procédure d'autorisation⁶.

Le présent document sert d'aide pour acquérir les connaissances juridiques en question. Il vise à montrer l'étendue et l'importance des différents domaines juridiques, au sens d'un guide. Soulignons qu'il ne décrit que brièvement les connaissances juridiques requises et les présente sous une forme résumée. Il ne prétend nullement être exhaustif ni dispenser les lecteurs d'une réflexion approfondie sur la question et sur la jurisprudence (actuelle et future).

Ce document renvoie à de nombreuses sources à consulter en complément. La littérature existante (par ex. manuels de droit, publications spécialisées ou arrêts du Tribunal fédéral) est tout indiquée pour qui s'interroge sur ce domaine.

Les spécialistes chargés d'observations doivent également se tenir en permanence au courant des dernières versions des lois, des ordonnances et du présent document ainsi que l'évolution de la situation. Les sources sont citées en note de bas de page, et il est recommandé de consulter régulièrement les pages du site Internet de l'OFAS dédiées à la question (voir liens des notes 3 et 5).

¹ RS 830.1

² <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20180029> > cliquer sur le lien du texte soumis au vote final : [Feuille fédérale FF 2018 1469](#).

³ Voir aussi www.ofas.admin.ch > Assurances sociales > Aperçu > Observation des assurés par les assurances sociales <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ueberblick/observationen.html>

⁴ RS 830.11

⁵ Pour plus d'informations sur la procédure d'autorisation et pour déposer une demande d'autorisation, voir le site Internet de l'OFAS : www.ofas.admin.ch > Assurances sociales > Aperçu > Observation des assurés par les assurances sociales > Spécialistes chargés d'observations <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ueberblick/observationen/observationspezialisten.html>.

⁶ https://www.bsv.admin.ch/dam/bsv/fr/dokumente/themenuebergreifend/Leitfaden_Bewilligungsverfahren_en_Observationsspezialisten.pdf.download.pdf/2019-06_Leitfaden_Bewilligung_Observationen_f.pdf Cf. lien dans la note de bas de page no 5.

II Points essentiels sur le droit constitutionnel, le droit des assurances sociales et le droit du mandat

Ce chapitre présente les principales bases du droit constitutionnel, du droit des assurances sociales et du droit du mandat en Suisse ainsi que les critères de délimitation entre droit public et droit privé.

1 Droit constitutionnel suisse

1.1 Sources du droit

Le droit constitutionnel suisse comprend toutes les normes juridiques relatives à l'accomplissement des tâches étatiques, à l'organisation et aux compétences de l'État, aux procédures régissant les autorités fédérales suprêmes ainsi qu'aux droits et aux devoirs fondamentaux des particuliers. Les normes fondamentales les plus importantes sont inscrites dans la Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.)⁷, qui règle les grandes lignes de l'ordre étatique, mais on les retrouve aussi dans les lois fédérales et les ordonnances, qui concrétisent et complètent les principes constitutionnels.

Le droit international public influence lui aussi l'ordre juridique suisse (par ex. la *Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*⁸). La jurisprudence du Tribunal fédéral fait évoluer le droit en concrétisant et en suscitant le développement de la Constitution. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH) est elle aussi importante en ce qui concerne les conventions relevant du droit international public que la Suisse a ratifiées.

1.2 Évolution et principes fondamentaux de la Constitution fédérale

Les principales normes fondamentales du droit public suisse sont inscrites dans la Constitution.

Celle-ci est divisée en plusieurs parties.

1.2.1 Principes fondamentaux de la Constitution fédérale

Le droit constitutionnel suisse repose sur les principes fondamentaux suivants (aussi appelés principes structurels), qui sont notamment inscrits dans le préambule et le premier titre de la Constitution :

- principe de l'État de droit,
- principe de la démocratie,
- principe de l'État fédéral,
- principe de l'État social.

Le **principe de l'État de droit** comprend les éléments qui suivent.

La *séparation des pouvoirs* : les pouvoirs de l'État sont séparés entre le législatif (organes fixant les règles de droit, Parlement), l'exécutif (organes appliquant le droit, gouvernement) et le judiciaire (organes faisant respecter le droit, tribunaux). Ces trois pouvoirs doivent être séparés et indépendants les uns des autres tant sur le plan de l'organisation que du personnel.

Le *principe de la légalité* : inscrit à l'art. 5 Cst., ce principe exige que toute activité de l'État repose sur une base légale valable et n'en dépasse pas le cadre. Cette base légale doit être une règle générale

⁷ RS 101

⁸ RS 0.101

et abstraite, mais suffisamment précise pour que les activités des organes de l'État soient prévisibles et vérifiables pour les particuliers. Les principales normes juridiques doivent être édictées « sous la forme d'une loi fédérale » (art. 164, al. 1, Cst.) pour être démocratiquement légitimées. La délégation, par le pouvoir législatif, de la compétence d'édicter des règles de droit par exemple au Conseil fédéral (exécutif) ne peut avoir lieu que sous certaines conditions (art. 164, al. 2, Cst.).

Le *respect des droits fondamentaux* : les organes chargés de fixer les règles de droit et ceux chargés de les faire appliquer sont directement liés par les droits fondamentaux. Plus d'informations à ce sujet au chap. III.

Les **principes de l'État de droit** sont la proportionnalité (art. 5 Cst.), la protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi (art. 9 Cst.) ainsi que l'égalité de droit (art. 8 Cst.).

- En vertu du principe de proportionnalité, toute mesure étatique doit être *appropriée, nécessaire et raisonnable* pour atteindre le but fixé (pour l'intérêt public). Cela signifie que la mesure doit être objectivement requise, ne pas dépasser l'objectif fixé et être limitée, dans le temps et dans l'espace, à ce qui est nécessaire. Il faut en outre qu'il ressorte de la pesée des intérêts privés et des intérêts publics que l'objectif poursuivi au moyen de la mesure soit proportionné à la restriction de l'intérêt privé qui en résulte.
- La protection contre l'arbitraire et la protection de la bonne foi signifient que toute personne a le droit d'être traitée de manière non arbitraire par l'État. Autrement dit, l'État n'a pas le droit de commettre une faute grave lors de la constatation des faits, d'enfreindre la loi ou d'ignorer les principes généraux du droit ou de faire une erreur d'appréciation (là où il dispose d'une marge d'appréciation), et il ne peut y avoir d'infraction grave au sentiment de justice. Les autorités doivent agir de façon fiable et n'ont pas le droit de se comporter de manière contradictoire ou abusive (par ex. en changeant d'avis sans raison objective).
- Égalité de droit : en vertu de ce principe, les situations semblables doivent être traitées semblablement et les situations différentes doivent être traitées différemment, tant dans la fixation des règles de droit que dans l'application du droit. En d'autres termes, il ne peut y avoir une différence de traitement juridique que lorsque les faits pertinents diffèrent grandement, donc lorsqu'il existe un motif raisonnable pour cela. Ce principe se manifeste concrètement à travers l'interdiction de discrimination et l'égalité entre les sexes visées à l'art. 8 Cst.

Le **principe de la démocratie** signifie que le pouvoir de l'État vient du peuple et est exercé dans l'intérêt de celui-ci. Concrètement :

- la Constitution est légitimée par le peuple ;
- les membres du Parlement (pouvoir législatif) sont choisis par le peuple lors d'élections ;
- les lois votées démocratiquement ont la priorité sur les ordonnances édictées par le pouvoir exécutif ;
- les citoyennes et citoyens peuvent avoir une influence sur les activités des organes étatiques (en formant des partis, des associations ou d'autres organisations) ;
- le Parlement élit les membres de l'exécutif et des tribunaux ; le peuple a ainsi une influence indirecte sur la composition des autorités fédérales suprêmes.

Dans une démocratie directe, le peuple exerce son droit de participation non seulement lors de l'élection périodique du Parlement, mais aussi à diverses autres occasions en vertu des droits de participation des citoyens aux décisions qui les concernent (voir le ch. 1.2.4).

Le **principe de l'État fédéral** signifie que la Suisse est organisée selon le principe du fédéralisme. Autrement dit, la Suisse est un État constitué de plusieurs entités fédérées (les cantons), la

souveraineté revenant à la Confédération et la répartition des compétences étant déterminées par la Constitution fédérale.

Le **principe de l'État social** trouve son expression dans les buts sociaux visés à l'art. 41 Cst., dont les assurances sociales découlent : en vertu de l'al. 2 de cet article, la Confédération et les cantons doivent s'engager à ce que toute personne soit assurée contre les conséquences économiques de l'âge, de l'invalidité, de la maladie, de l'accident, du chômage, de la maternité, de la condition d'orphelin et du veuvage. Le principe de l'État social se retrouve également dans les droits sociaux fondamentaux, dont découlent directement certains droits (droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse en vertu de l'art. 12 Cst., droit à un enseignement de base gratuit en vertu de l'art. 19 Cst.).

1.2.2 Droits fondamentaux

Le deuxième titre de la Constitution (art. 7 à 36) règle en particulier les droits fondamentaux. Les droits fondamentaux sont les droits essentiels des individus opposables à l'État, garantis par la Constitution et par les conventions internationales sur les droits humains. Ils protègent les individus contre les interventions injustifiées des autorités. Pour plus d'informations à ce sujet, voir le chap. III.

1.2.3 Organisation de l'État fédéral (Confédération, cantons, communes)

Le troisième titre (art. 42 à 135 Cst.) règle l'organisation sur trois niveaux de la Confédération suisse. Il porte principalement sur la répartition des tâches entre la Confédération et les cantons, et mentionne également l'autonomie des communes.

1.2.4 Droit de participation du peuple à l'élaboration de la Constitution et des lois (peuple et cantons)

Le quatrième titre (art. 136 à 142 Cst.) règle les droits politiques, en l'occurrence le droit de participation des citoyennes et citoyens aux processus constitutionnel et législatif (droit d'initiative et de référendum). Certaines dispositions relatives au processus législatif se trouvent sous le cinquième titre.

1.2.5 Organisation et procédure des trois autorités fédérales suprêmes

Le cinquième titre (art. 143 à 191c Cst.) règle l'organisation et la procédure des trois autorités fédérales suprêmes, à savoir l'Assemblée fédérale (Parlement), le Conseil fédéral et le Tribunal fédéral.

1.2.6 Révision de la Constitution fédérale

Enfin, le sixième titre (art. 192 à 195 Cst.) contient les dispositions relatives à la procédure de révision de la Constitution.

1.3 Lois fédérales et ordonnances

La Constitution ne posant que les grandes lignes du droit constitutionnel, des dispositions plus précises doivent être édictées aux niveaux légal et réglementaire.

On peut citer comme exemples importants la loi du 17 décembre 1976 sur les droits politiques (LDP)⁹, qui fixe les détails relatifs au référendum, la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement (LParl)¹⁰, qui

⁹ RS 161.1

¹⁰ RS 171.10

régit la procédure législative, ou la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA)¹¹.

La plupart des normes inférieures sont réglées dans les ordonnances des autorités fédérales (en particulier dans les ordonnances du Conseil fédéral), auxquelles leur promulgation a été déléguée. Par exemple, l'ordonnance du 24 mai 1978 sur les droits politiques (ODP)¹² complète la réglementation de la loi éponyme précédemment mentionnée.

1.4 Distinction entre droit public et droit privé

Le droit public règle les relations entre les particuliers et l'État. L'État est souverain dans l'accomplissement de ses tâches publiques vis-à-vis des individus. Typiquement, il prend pour cela (de manière unilatérale) des décisions sur les droits et les obligations de ceux-ci. On peut citer comme exemples le droit constitutionnel, le droit administratif comme le droit fiscal ou le droit des assurances sociales, le droit procédural public ainsi que le droit pénal et le droit de procédure pénale. Le droit public est contraignant, ce qui signifie que des obligations concrètes découlent directement des lois : par exemple, l'assujettissement à l'impôt provient des lois sur la fiscalité, et l'obligation pour les assurés de payer des cotisations résulte de la loi du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS)¹³, de la loi du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI)¹⁴, de la loi 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA)¹⁵ et des ordonnances y relatives. Ces obligations sont indépendantes de la volonté des particuliers.

Le droit privé, quant à lui, règle les relations de droit entre les individus en tant que sujets égaux. On peut citer comme exemples le droit commercial et le droit des obligations (droit de la vente¹⁶, droit de bail¹⁷, droit du travail¹⁸ ou droit du mandat¹⁹), mais aussi le droit des assurances privées (voir la loi du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance, LCA²⁰). Le droit privé n'est pas contraignant et repose sur le principe de la liberté de contracter, quand bien même des normes de droit public s'appliquent dans certains domaines : on peut par exemple penser aux dispositions partiellement contraignantes du droit du travail et du droit de bail dans le code des obligations, dispositions dont les parties privées au contrat ne peuvent s'affranchir, ou aux prescriptions de la loi du 13 mars 1964 sur le travail (LTr)²¹ concernant la durée maximale de travail et le temps de repos.

En pratique, la distinction entre droit public et droit privé se fait selon les critères suivants :

- Théorie de la subordination : lorsque l'État se positionne en tant qu'autorité publique face à un individu, il y a un rapport de subordination.
- Théorie de l'intérêt : les normes juridiques édictées exclusivement ou principalement pour l'intérêt public relèvent du droit public.
- Théorie de la fonction : une norme qui sert à accomplir des tâches publiques ressort également du droit public (limite floue avec la théorie de l'intérêt).
- Théorie de la modalité : lorsque l'exécution ou la sanction (en cas d'infraction) d'une norme donnée reviennent à l'organe administratif, celle-ci relève du droit public.

¹¹ RS 172.010

¹² RS 161.11

¹³ RS 831.10

¹⁴ RS 831.20

¹⁵ RS 832.20

¹⁶ Art. 184 ss du code des obligations (CO ; RS 220)

¹⁷ Art. 253 ss CO

¹⁸ Art. 319 ss CO

¹⁹ Art. 394 ss CO

²⁰ RS 221.229.1

²¹ RS 822.11

Étant donné que la procédure qui s'impose change selon le droit dont relèvent les dispositions applicables, la distinction entre droit public et droit privé est d'autant plus importante : pour le premier, il existe des voies de recours de droit public en vertu du droit procédural de la Confédération et des cantons (contre les décisions, les décisions sur opposition ou les décisions sur recours d'une autorité) ; pour le deuxième, en cas de litige, des procédures de recours de droit privé peuvent être lancées devant les tribunaux civils, conformément au code de procédure civile (CPC)²².

Pour autant qu'un assureur soit soumis au droit public, c'est-à-dire assume des tâches de droit public (ce qui est le cas pour les assurances sociales obligatoires ; voir les ch. 2 et 3), toute observation demandée par cet assureur sur un assuré relève du droit public²³. Les entreprises privées spécialisées en matière de surveillance auxquelles les assureurs sociaux font appel sont également tenues de respecter les dispositions de droit public de la LPGA et de l'OPGA concernant l'observation.

Exemple : un office AI, un établissement cantonal d'assurances sociales ou un assureur-accidents agissant dans le domaine de l'assurance-accidents obligatoire attribue un mandat d'observation à un spécialiste (interne ou externe). Cette observation doit toujours se faire en vertu du droit public puisqu'elle est régie par la LPGA et l'OPGA. Le spécialiste externe mandaté agit en qualité d'« auxiliaire » pour l'assurance sociale. L'assuré peut contester la légalité de l'observation ordonnée par l'assureur en faisant valoir son droit de recours de droit public auprès d'un tribunal.

Par contre, la LPGA ne s'applique pas pour les assurances de droit privé. Ainsi, concernant par exemple les assurances non obligatoires d'indemnités journalières en cas de maladie ou les assurances responsabilité civile, les relations contractuelles de droit privé sont régies par la LCA. Une observation ordonnée dans ces domaines n'est pas soumise à la LPGA. Les litiges se règlent devant les tribunaux civils. (Il convient également de distinguer le droit régissant l'observation du droit du mandat, qui règle la relation contractuelle entre un assureur ayant commandé une observation et un spécialiste *externe* mandaté pour l'exécuter, qui consiste en une relation contractuelle de droit privé ; voir le chap. II, ch. 3.5).

2 Bases du droit des assurances sociales

2.1 Caractéristiques du système de sécurité sociale

La Suisse dispose d'un réseau d'assurances sociales ramifié qui protège celles et ceux qui y vivent et y travaillent ainsi que les membres de leur famille des risques « sociaux » de l'existence dont ils ne pourraient supporter seuls les conséquences financières.

De nombreux risques sociaux sont en lien avec l'état de santé (invalidité, accident, maladie, décès, âge, maternité). Le chômage, la réduction de l'horaire de travail, les intempéries, l'insolvabilité de l'employeur, le service militaire ainsi que l'entretien et l'éducation des enfants constituent des risques sociaux atypiques.

Les assurances sociales couvrent les risques par des prestations financières (sous forme de rentes, d'allocations pour perte de gain ou d'allocations familiales) ou par la prise en charge des coûts (en cas de maladie, de maternité ou d'accident).

²² RS 272

²³ L'inscription dans la LPGA des nouvelles dispositions relatives à l'observation signifie que cette réglementation s'applique non seulement à l'assurance-accidents et à l'assurance-invalidité, mais aussi à l'assurance-chômage, à l'assurance-maladie (hors assurance complémentaire), à l'assurance militaire, au régime des prestations complémentaires, au régime des allocations pour perte de gain en cas de service ou de maternité ainsi qu'à l'AVS (les articles sur l'observation n'ont toutefois pas la même importance pour toutes ces assurances : par le passé, seules l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents ont eu recours à des observations). Les dispositions de la LPGA ne sont pas applicables à la prévoyance professionnelle. Pour plus d'informations à ce sujet, voir le chap. II, ch. 2.1.10.

Les prestations des assurances sociales sont réparties en deux catégories : les prestations en nature et les prestations en espèces.

Les prestations en nature permettent de traiter ou d'influencer le risque qui s'est réalisé. Il s'agit notamment des traitements médicaux, des soins, des frais de transport, des mesures médicales, des mesures de réadaptation professionnelle et de la contribution d'assistance. Les moyens auxiliaires font partie de cette catégorie ; ils n'exercent certes pas d'influence sur le risque, mais ils pallient les conséquences de l'atteinte à la santé.

Les prestations en espèces visent à compenser une perte de revenu ou à absorber de nouvelles charges financières. Il s'agit notamment des rentes, des indemnités journalières, des indemnités de chômage, de l'allocation de maternité, de l'allocation pour impotent, des indemnités pour atteinte à l'intégrité, des allocations familiales et des prestations complémentaires. Les prestations en espèces sont en général des prestations périodiques, et il peut exceptionnellement s'agir d'une prestation unique (par ex. indemnité pour atteinte à l'intégrité).

2.1.1 Assurance-vieillesse et survivants

L'assurance-vieillesse et survivants (AVS) est le pilier principal de la prévoyance sociale suisse. Elle vise à compenser – du moins partiellement – la diminution ou la perte du revenu du travail due à l'âge ou au décès.

L'AVS est une assurance générale et obligatoire qui profite à toutes les personnes qui habitent ou travaillent en Suisse. Avec l'assurance-invalidité (voir le ch. suivant), elle constitue le premier pilier.

Prestations :

- Rentes (rente de vieillesse, rente pour enfant, rente de veuve ou de veuf, rente d'orphelin)
- Allocation pour impotent
- Moyens auxiliaires

2.1.2 Assurance-invalidité

L'assurance-invalidité (AI) est une assurance obligatoire qui vise à prévenir, à réduire ou à faire disparaître l'invalidité grâce à des mesures de réadaptation et à garantir les moyens d'existence aux personnes assurées devenues invalides grâce à des prestations en espèces.

Toute personne habitant ou travaillant en Suisse est assurée à l'AI.

Prestations :

- Mesures d'intervention précoce
- Mesures de détection précoce
- Mesures de réadaptation
- Indemnités journalières
- Prestations transitoires
- Allocation pour impotent
- Contribution d'assistance
- Rente d'invalidité
- Rente pour enfant

2.1.3 Prestations complémentaires

Les prestations complémentaires (PC) à l'AVS et à l'AI sont accordées lorsque les rentes et les autres revenus ne couvrent pas les besoins vitaux. Avec l'AVS et l'AI, les prestations complémentaires constituent un fondement majeur de notre État social.

Les personnes qui ont leur domicile et leur résidence habituelle en Suisse ont droit à des PC dès lors qu'elles perçoivent une rente de l'AVS ou de l'AI, une allocation pour impotent de l'AI ou une indemnité journalière de l'AI pendant six mois au moins.

Les ressortissants étrangers n'ont droit à des prestations complémentaires que s'ils séjournent de manière légale en Suisse. Ils doivent y avoir résidé de manière ininterrompue pendant les dix années précédant immédiatement la date à laquelle ils demandent la PC (délai de carence). Pour les réfugiés et les apatrides, le délai de carence est de cinq ans. Pour les ressortissants suisses et les ressortissants d'un État de l'UE ou de l'AELE (qui sont soumis au Règlement [CE] n° 883/2004), les PC sont octroyées, quelle que soit la durée de domicile ou de résidence en Suisse.

2.1.4 Assurance-maladie obligatoire

L'assurance-maladie (AMal) offre une couverture d'assurance en cas de maladie, de maternité ou d'accident en garantissant à chacun l'accès aux soins médicaux de base en cas de maladie.

Toute personne domiciliée en Suisse doit s'assurer ou se faire assurer pour les soins en cas de maladie dans les trois mois qui suivent sa prise de domicile ou sa naissance en Suisse.

L'assurance obligatoire des soins prend en charge les coûts des prestations qui servent à diagnostiquer ou à traiter une maladie et ses séquelles (par ex. traitements effectués par un médecin, médicaments, hospitalisations, mesures de prévention).

L'assurance facultative d'indemnités journalières couvre les pertes de salaire temporaires en cas d'incapacité de travail totale ou partielle due à une maladie, à une grossesse ou à un accident.

La loi du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal)²⁴ prévoit par ailleurs que les cantons accordent des réductions de primes aux assurés de condition économique modeste, avec le soutien de la Confédération.

2.1.5 Assurance-accidents et maladies professionnelles

L'assurance-accidents obligatoire (AA) est une assurance de personnes qui vise à couvrir les conséquences économiques d'accidents professionnels, d'accidents non professionnels et de maladies professionnelles. Par ses prestations, elle contribue à réparer les atteintes à la santé et à la capacité de gain que subissent les personnes assurées victimes d'accident ou souffrant d'une maladie professionnelle.

Toute personne salariée travaillant en Suisse est assurée à titre obligatoire.

Prestations :

- Prestations de soins et remboursements de frais
- Indemnités journalières
- Rente d'invalidité
- Indemnité pour atteinte à l'intégrité
- Rente de survivant
- Allocation pour impotent

2.1.6 Assurance militaire

L'assurance militaire (AM) garantit une protection d'assurance aux personnes qui effectuent un service.

²⁴ RS 832.10

Elle couvre les personnes qui font du service et les militaires à titre professionnel.

Prestations :

- Indemnités journalières
- Rente d'invalidité et rente de vieillesse
- Rente de survivant
- Rente pour atteinte à l'intégrité
- Réparation morale
- Indemnité funéraire
- Indemnisation des frais de formation professionnelle
- Traitements, y compris soins à domicile et cures
- Prise en charge des moyens auxiliaires
- Remboursement des frais de voyage et de sauvetage

2.1.7 Allocations pour perte de gain en cas de service et de maternité

Les allocations pour perte de gains (APG) visent à compenser la perte de gain consécutive à un service ou à une maternité.

Sont assurées à titre obligatoire toutes les personnes qui ont leur domicile en Suisse ou celles qui y travaillent.

Prestations :

- Allocation en cas de service
- Allocation de maternité

2.1.8 Allocations familiales

Les allocations familiales (AFam) compensent partiellement les frais occasionnés par l'éducation des enfants.

Sont assurées à titre obligatoire les personnes salariées, les personnes exerçant une activité lucrative indépendante, les personnes sans activité lucrative ayant un faible revenu et les personnes actives dans le domaine de l'agriculture.

Prestations :

- Allocation pour enfant
- Allocation de formation professionnelle
- (Les cantons peuvent verser en plus une allocation de naissance et une allocation d'adoption.)

2.1.9 Assurance-chômage

L'assurance-chômage (AC) offre une couverture d'assurance en cas de perte de travail.

Elle verse des prestations en cas de chômage, de suspension du travail due à des intempéries, de réduction de l'horaire de travail et d'insolvabilité de l'employeur. Elle finance également des mesures de réinsertion.

Les salariés travaillant en Suisse sont assurés.

Prestations :

- Indemnité de chômage
- Indemnité pour la participation à une mesure de marché du travail
- Indemnité en cas de réduction de l'horaire de travail

- Indemnité en cas d'intempéries
- Indemnité en cas d'insolvabilité de l'employeur

2.1.10 Prévoyance professionnelle

La prévoyance professionnelle (PP) joue un rôle important dans le système de prévoyance vieillesse, survivants et invalidité suisse, qui repose sur le principe des trois piliers. Le 1^{er} pilier est constitué de l'AVS et de l'AI. La prévoyance professionnelle forme le 2^e pilier, qui complète le premier. Le 3^e pilier est la prévoyance individuelle, mais ce point n'est pas développé dans le présent document.

Financée paritairement par les employeurs et les salariés, la PP octroie des prestations additionnelles à celles de l'AVS et de l'AI en cas de survenance d'un cas de prévoyance vieillesse, invalidité ou décès. Elle comprend ainsi l'ensemble des mesures prises sur une base collective pour permettre aux personnes âgées, aux survivants et aux invalides, avec les prestations conjointes de l'AVS et de l'AI, de maintenir leur niveau de vie de manière appropriée lorsqu'un risque de ce type survient.

Sont obligatoirement assurés à la PP les salariés qui touchent d'un même employeur un salaire annuel d'au moins 21 330 francs. L'affiliation des indépendants à la PP est facultative. La loi du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP)²⁵ fixe une prévoyance minimale obligatoire. Dans le cadre de la prévoyance surobligatoire, les caisses de pension peuvent dépasser le minimum prévu par la loi.

Prestations :

- Prestations de vieillesse (rente de vieillesse, rente pour enfant)
- Prestations de survivants (rente de veuve et de veuf, rente d'orphelin)
- Prestations d'invalidité (rente d'invalidité, rente pour enfant)

2.2 L'instruction dans la procédure en matière d'assurances sociales

Dans le domaine des assurances sociales, la procédure est régie par le principe inquisitoire, selon lequel les faits pertinents de la cause doivent être constatés d'office par l'assureur, qui prend les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin (art. 43, al. 1, LPGGA). Le devoir d'instruction s'étend jusqu'à ce que les faits nécessaires à l'examen des prétentions en cause soient suffisamment élucidés (arrêt du Tribunal fédéral 8C_364/2007 du 19 novembre 2007, consid. 3.2). Dans la conduite de la procédure, l'assureur dispose d'un large pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la nécessité, l'étendue et l'adéquation du fait de recueillir des preuves.

Pour éclaircir les faits déterminants, les assureurs peuvent demander des renseignements aux parties et à des tiers (par ex. employeurs, médecins) ou se procurer des documents, des rapports d'enquête ou des expertises (art. 28 LPGGA). Ils peuvent également procéder à une enquête sur place. La portée du principe inquisitoire est restreinte par l'obligation des parties de collaborer à l'instruction de l'affaire, qui comprend en particulier celle d'apporter, dans la mesure où cela peut être raisonnablement exigé d'elles, les preuves commandées par la nature du litige et des faits invoqués, faute de quoi elles risquent de devoir supporter les conséquences de l'absence de preuves (ATF 125 V 193, consid. 2 et références ; ATF 130 I 180, consid. 3.2).

Lorsqu'il existe des soupçons d'abus concernant l'obtention illicite de prestations, les assurances sociales doivent en premier lieu essayer d'éclaircir la situation en appliquant les mesures d'instruction usuelles : un examen médical, une visite inopinée au domicile de l'assuré, une vérification auprès de l'employeur, une collecte de données sur les revenus ou une enquête de voisinage (également sur Internet). Si, dans des cas exceptionnels, il n'est toutefois pas possible de lever des doutes sérieux de cette façon, le moyen qu'est l'observation est alors utilisé en dernier recours en vue de clarifier la situation et d'apporter la preuve pouvant contredire les déclarations, les rapports ou les expertises

²⁵ RS 831.40

figurant au dossier. En général, une observation entre en ligne de compte lorsqu'une prestation périodique en espèces est versée (par ex. prestation qui remplace le revenu de la personne).

3 Les assureurs en tant que mandants

3.1 Les assurances sociales régies par la LPGA

La réglementation de la LPGA s'applique aux assurances sociales de la Confédération (à l'exception de la prévoyance professionnelle), mais pas à l'aide sociale. Cette dernière relève de la compétence et de la responsabilité des cantons et des communes. Les autorités de l'aide sociale peuvent donc procéder à des observations si la législation cantonale ou communale applicable prévoit et encadre cette activité.

Les assurances privées qui mettent en œuvre une assurance sociale fédérale peuvent procéder à des observations dans le cadre des dispositions de la LPGA. C'est le cas de l'assurance-accidents et de l'assurance-maladie obligatoires.

Les assureurs-maladie peuvent également procéder à des observations pour vérifier si une personne est réellement malade ou si elle cherche à ne pas travailler. En effet, les nouvelles dispositions de la LPGA sur l'observation s'appliquent aussi aux assurances d'indemnités journalières régies par la LAMal, car cette dernière fait partie du champ d'application de la LPGA. Par contre, elles ne s'appliquent pas aux assurances complémentaires ni aux assurances perte de gain régies par LCA, qui constituent de loin la plus grande partie des assurances d'indemnités journalières.

Les dispositions de la LPGA sur l'observation ne s'appliquent pas aux autres rapports d'assurance, notamment l'assurance-maladie complémentaire, l'assurance-accidents complémentaire, l'assurance privée d'indemnités journalières en cas de maladie ou les assurances de dommages (assurance ménage, assurance automobile, assurance responsabilité civile).

Elles ne s'appliquent pas non plus à la prévoyance professionnelle obligatoire, car la LPP ne relève pas du champ d'application de la LPGA. Les institutions de prévoyance ne sont donc pas autorisées à procéder à des observations lorsque des prestations prévues par la LPP sont en jeu. Ce n'est de toute façon pas nécessaire, car l'AI et la prévoyance professionnelle obligatoire sont liées en ce qui concerne les décisions portant sur les rentes. Si l'AI octroie une rente, l'institution de prévoyance doit aussi verser une rente d'invalidité. Si l'AI réduit ou supprime une rente sur la base d'une observation, l'institution de prévoyance peut également réduire ou supprimer la rente d'invalidité qu'elle verse. C'est pourquoi les institutions de prévoyance n'ont pas besoin de procéder à des observations. Par contre, celles qui souhaiteraient procéder à des observations en lien avec des prestations de la prévoyance professionnelle surobligatoire ont besoin d'une base réglementaire claire pour le faire.

3.2 Service compétent pour ordonner une observation

En vertu de l'art. 43a, al. 2, LPGA, une personne assumant une fonction de direction, dans le domaine dont relève le cas à traiter ou dans le domaine des prestations de l'assureur, a la compétence *d'ordonner* l'observation.

Par ailleurs, dans les cas où il est nécessaire d'avoir recours à des instruments techniques pour localiser l'assuré, il faut aussi obtenir l'autorisation du tribunal compétent (art. 43a, al. 3, en lien avec l'art. 43b LPGA).

Autrement dit, lorsqu'un spécialiste se voit confier un mandat d'observation, il doit s'assurer que l'ordre a bien été donné par la personne compétente et, le cas échéant, que le tribunal compétent a également donné son autorisation.

Les conditions matérielles requises pour pouvoir ordonner une observation doivent également être remplies (voir le chap. IV). Cela relève certes de la responsabilité de l'assureur, mais le spécialiste chargé de l'observation devrait dans tous les cas vérifier qu'il a bien reçu de l'assureur la confirmation que ce dernier a veillé à ce que toutes les conditions matérielles soient remplies.

3.3 Obligation d'autorisation pour les spécialistes chargés de l'observation dans les assurances sociales

3.3.1 Octroi de l'autorisation

L'examen des conditions personnelles et professionnelles, des compétences et des connaissances des spécialistes dans le cadre d'une procédure d'autorisation vise à garantir que les observations dans le domaine des assurances sociales ne soient effectuées que par des personnes réellement aptes à le faire.

Les spécialistes chargés d'une observation peuvent être des collaborateurs de l'assureur, autrement dit des personnes liées à lui par un contrat de travail. Mais il peut aussi s'agir d'externes que l'assureur charge par contrat d'effectuer une observation (art. 43a, al. 6, LPGA). Les art. 43a et 43b LPGA règlent l'admissibilité de l'ordre et de la réalisation des observations par l'assureur, indépendamment du fait que ce dernier ait confié cette tâche à des spécialistes internes ou à des externes. Les exigences posées dans l'OPGA s'appliquent de la même manière à toutes les personnes qui effectuent des observations, l'observation des assurés étant un domaine très sensible. Aucune raison objective ne justifierait d'opérer une distinction entre spécialistes internes et spécialistes externes : il doit être garanti que toutes les personnes qui effectuent des observations remplissent les conditions personnelles et professionnelles requises pour les réaliser de façon adéquate et conforme au droit²⁶.

L'autorisation ne peut être accordée qu'à des personnes physiques. S'il attribue un mandat d'observation à une entreprise, l'assureur doit veiller lui-même par contrat à ce que l'observation ne soit effectuée que par des collaborateurs de l'entreprise qui disposent de l'autorisation de l'OFAS.

Plus d'informations sur la procédure d'autorisation, les exigences posées et l'outil en ligne de demande d'autorisation se trouvent sur le site Internet de l'OFAS :

www.ofas.admin.ch > Assurances sociales > Aperçu > Observation des assurés par les assurances sociales > Spécialistes chargés d'observations²⁷.

3.3.2 Obligation d'autorisation cantonale (cumulative)

Un certain nombre de cantons disposent d'une loi sur la police ou d'une autre réglementation spécifique qui soumet ce type d'activité à autorisation en vue de protéger les biens dits de police. D'autres cantons, toutefois, ne prévoient une telle obligation que pour les entreprises de sécurité.

La réglementation prévue dans la LPGA et dans l'OPGA ne change rien aux obligations découlant du droit cantonal. L'autorisation visée aux art. 7a ss OPGA permet certes à son titulaire d'effectuer pour un assureur des observations conformément à la LPGA, mais elle ne remplace pas les autorisations par lesquelles les cantons habilite les titulaires à exercer ce type d'activité sur leur territoire.

²⁶ Voir modification de l'OPGA, dispositions d'exécution relatives à l'observation des assurés, rapport explicatif du 7 juin 2019 (dans sa version adaptée à la suite de la consultation), disponible sous <http://www.ofas.admin.ch> > Assurances sociales > Aperçu > Observation des assurés par les assurances sociales.

²⁷ <https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/assurances-sociales/ueberblick/observationen/observationsspezialisten.html> (consulté le 24.7.2019)

En d'autres termes, l'autorisation de l'OFAS ne dispense pas ses titulaires de vérifier s'ils ont besoin d'autorisations cantonales ni, le cas échéant, d'en faire la demande lorsqu'elles sont nécessaires pour réaliser le mandat qui leur a été confié. De ce fait, il incombe toujours aux assureurs, lorsqu'ils attribuent un mandat d'observation, de ne le donner qu'à des spécialistes disposant des autorisations cantonales requises le cas échéant, en plus de l'autorisation de l'OFAS.

3.3.3 Protection du titre professionnel, interdiction de publicité

Qu'un spécialiste obtienne une autorisation ne signifie pas que son titre professionnel devient protégé ou reconnu (comme c'est par ex. le cas pour les professions tombant sous le coup de la loi du 13 décembre 2002 sur la formation professionnelle [LFP]²⁸). L'autorisation ne peut pas être mentionnée dans l'appellation professionnelle ni être utilisée à des fins publicitaires (art. 7d, al. 2, OPGA). En particulier, elle ne permet pas à son titulaire de porter ou d'inscrire sur sa carte de visite ou son papier à lettres un « titre » tel qu'« officiellement autorisé », « détective des assurances sociales officiellement autorisé » ou similaire.

Il est permis au spécialiste de se présenter à l'assureur en faisant état de l'autorisation. Par contre, il ne peut pas la *mentionner* dans sa publicité. Autrement dit, cette réglementation autorise le titulaire de l'autorisation de faire la publicité des *services qu'il propose*, mais elle lui interdit de faire mention de l'autorisation à cette occasion.

3.3.4 Observations à l'étranger

Les exigences posées dans la LPGA et dans l'OPGA ne s'appliqueront qu'aux observations effectuées en Suisse. À l'étranger, de manière générale, des enquêtes dans le contexte de la lutte contre les abus dans les assurances ne peuvent être menées que si la chose est prévue dans la convention de sécurité sociale conclue entre la Suisse et l'État concerné. Dans ce cas, la procédure est également régie par cette convention.

3.4 Durée de validité de l'autorisation, obligation d'informer et motifs de retrait de l'autorisation

L'autorisation est donnée sous forme de décision lorsque les conditions requises sont remplies. Elle est limitée à cinq ans (art. 7d OPGA). Comme les circonstances peuvent changer et que tant les bases légales déterminantes que les techniques d'observation évoluent, un réexamen périodique du respect de ces conditions et donc une limitation de la durée de validité de l'autorisation s'imposent. C'est pourquoi cette durée a été fixée à cinq ans. Au terme de la durée de validité de l'autorisation, son titulaire doit donc déposer une nouvelle demande d'autorisation.

En vertu de l'art. 7e, al. 1, OPGA, les titulaires d'autorisation sont tenus d'informer sans délai l'OFAS de toute modification importante relative aux faits déterminants pour l'octroi de l'autorisation. Cela vaut aussi en particulier lorsqu'ils sont impliqués dans une procédure pénale ou une procédure civile pour atteinte à la personnalité au sens des art. 28 à 28b CC faisant apparaître un lien avec l'activité soumise à autorisation et susceptible de porter atteinte à la garantie du bon déroulement de cette activité et à sa bonne réputation (et que cette procédure n'était pas pendante lorsque la personne a déposé sa demande d'autorisation ; elle doit donc renseigner dès le dépôt de la demande toutes les procédures closes ou pendantes la concernant).

Seule une telle disposition peut garantir que l'OFAS puisse prendre les mesures appropriées et, au besoin, retirer l'autorisation (art. 7e, al. 2 et 3, OPGA). Le spécialiste doit également informer

²⁸ RS 412.10

l'assureur de toute modification relative aux faits déterminants intervenant pendant qu'il effectue pour lui une observation.

L'autorisation est retirée lorsque :

- l'une des conditions fixées à l'art. 7b n'est plus remplie ,
- l'obligation d'informer en vertu de l'art. 7e, al. 1, n'est pas respectée, ou
- des faits sont connus après coup sur la base desquels l'autorisation aurait dû être refusée, en particulier parce que l'affirmation visée à l'art. 7b, al. 1, let. b (concernant la procédure civile et la procédure pénale), s'avère fausse.

L'autorisation *peut*, sous réserve du principe de proportionnalité, être retirée lorsque son titulaire :

- enfreint l'interdiction de publicité visée à l'art. 7d, al. 2, ou
- réalise une observation de manière illicite.

Pour pouvoir vérifier le soupçon ou les indices de la présence d'un motif de retrait en vertu de l'art. 7e, al. 2 ou 3, OPGA, l'OFAS peut exiger de la personne concernée qu'elle fournisse des preuves ou des justificatifs actuels permettant une telle vérification. Il peut aussi recueillir des renseignements à ce sujet auprès de l'assureur responsable.

3.5 Relation relevant du droit du mandat entre assureur et spécialiste en matière de surveillance de personnes

Lorsqu'un spécialiste en matière de surveillance de personnes a un rapport juridique avec un assureur, mais qu'il ne s'agit pas d'une relation de travail, les deux parties sont alors typiquement liées par un mandat au sens des art. 394 ss CO.

Contrairement au contrat d'entreprise au sens des art. 363 ss CO, le mandat se caractérise par le fait que le mandataire ne s'engage pas à réaliser un objectif particulier, mais remplit ses obligations vis-à-vis du mandant lorsqu'il fournit ses services selon les règles de l'art (comme un avocat ou un médecin).

Concernant les spécialistes en matière de surveillance de personnes chargés d'effectuer une observation pour un assureur, cela signifie qu'ils doivent au mandant non pas la preuve d'un abus d'assurance, mais l'obtention des éléments de preuve relatifs à un soupçon envers la personne cible, peu importe que le soupçon soit confirmé ou non. L'assureur doit rembourser au spécialiste les frais engendrés par ce service et lui verser des honoraires calculés en fonction du temps passé à fournir le service.

Afin de garantir que les deux parties au mandat respectent leurs obligations et le cadre de leur collaboration, l'assureur couche le mandat par écrit et veille à indiquer *en particulier* :

- le nom de la personne cible et les informations à obtenir à son sujet au moyen de l'observation ;
- que les conditions de l'observation au sens des art. 43a et 43b LPGA sont remplies ;
- quels moyens seront (ou pourront être) mis en œuvre pour l'observation ;
- les conditions auxquelles le mandataire doit satisfaire.

Le mandat se caractérise également par la possibilité de le révoquer en tout temps (art. 404 CO) et, en particulier, par l'obligation du mandataire de rendre compte de son activité et de remettre tous les documents utilisés pour la fourniture du service.

III Les enjeux : des droits fondamentaux

L'activité d'observation met en jeu un certain nombre de biens juridiques. Une observation affecte notamment les droits fondamentaux que sont la liberté personnelle et le droit de la ou des personnes concernées à la protection de leur sphère privée, mais elle peut également porter atteinte à des droits procéduraux fondamentaux importants. Les assureurs soumis à la LPGA exercent une activité de droit public et sont tenus au respect des droits fondamentaux.

Le présent chapitre donne un aperçu des droits fondamentaux et du système de protection de ces droits qui prévalent en Suisse. (La protection constitutionnelle de la personnalité est traitée plus en détail au chap. IV, ch. 4.1.)

Les droits fondamentaux sont les garants des droits élémentaires de l'individu. Ils reflètent les aspects de l'existence humaine particulièrement vulnérables et qui, à ce titre, doivent être protégés. Est notamment concernée à cet égard la protection de la sphère privée contre l'ingérence de l'État, mais également l'égalité de traitement, les garanties de procédure et la justice sociale. Les droits politiques sont eux aussi compris dans la catégorie des droits fondamentaux, qui, pour la plupart, font partie des libertés individuelles.

1 Aperçu des différents droits fondamentaux

1.1 Libertés individuelles (ou fondamentales)

Les libertés individuelles protègent la personne de l'intrusion de l'État dans sa sphère privée. L'individu peut ainsi se défendre contre l'ingérence de l'État, lequel est tenu à une certaine « obligation de s'abstenir ou de tolérer ». Cette fonction défensive est la mission première des libertés individuelles. À titre d'exemple, citons la liberté personnelle (art. 10 Cst.), la protection de la sphère privée (art. 13 Cst.), la liberté d'opinion et d'information et la liberté des médias (art. 16 et 17 Cst.), le droit au mariage (art. 14 Cst.), la garantie de la propriété (art. 26 Cst.), la liberté de conscience et de croyance (art. 15 Cst.), la liberté de réunion (art. 22 Cst.) ou encore la liberté économique (art. 27 Cst.). Les libertés individuelles bénéficient d'une « sphère de protection » à laquelle sont associés certains droits : les titulaires du droit fondamental sont ainsi libres d'entreprendre certains actes (exercer une activité économique, réunir une assemblée) ou de s'abstenir – au sens d'une liberté négative – de certaines activités (ne pas travailler, ne pas appartenir à une communauté religieuse, ne pas prendre part à une manifestation, ne pas être membre d'une association). L'État n'a le droit de restreindre la sphère privée ainsi ménagée qu'à certaines conditions.

1.2 Droits à l'égalité

Tandis que les libertés individuelles protègent l'individu dans certains domaines de la vie, les droits à l'égalité garantissent un niveau minimum de traitement juste et égal à tous les niveaux d'action de l'État. Les droits à l'égalité typiques inscrits dans la Constitution fédérale sont l'égalité (art. 8, al. 1, Cst.) et l'interdiction des discriminations (art. 8, al. 2 et 3, Cst.). L'art. 8 Cst. est désigné comme le principe d'égalité. L'égalité visée par cet article confère le droit à un traitement égalitaire. Les droits à l'égalité obligent l'État à opérer une différenciation juste dans le traitement des individus. Il doit traiter de façon identique deux situations semblables, mais aussi traiter de façon différente des situations dissemblables « en fonction de leur différence ». Il existe aussi certains principes d'équité et certaines garanties de procédures essentiels qui sont des droits fondamentaux indépendants et qui, au sens plus large, constituent également des droits à l'égalité : tel est le cas par exemple du principe de l'interdiction de l'arbitraire et de la protection de la bonne foi (art. 9 Cst. ; voir ci-après à ce sujet). Les droits procéduraux fondamentaux visés aux art. 29 ss. Cst. sont également en étroite relation avec les droits à l'égalité, dans la mesure où ils garantissent des procédures équitables pour tous.

1.3 Droits sociaux fondamentaux

Les droits sociaux fondamentaux matérialisent le droit – inscrit dans la Constitution – à percevoir des prestations de l'État. Il est rare que la Constitution accorde à l'individu des droits directs sur les prestations de l'État. Généralement les droits sociaux fondamentaux ne peuvent être portés devant les tribunaux que si le législateur a réglé en détail les conditions d'octroi et l'étendue des prestations de l'État. Les trois droits sociaux fondamentaux suivants sont opposables: le droit d'obtenir de l'aide dans des situations de détresse (art. 12 Cst.), le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit (art. 19 Cst.) et le droit à l'assistance judiciaire gratuite (art. 29, al. 3, Cst.).

1.4 Droits politiques

Les droits politiques habilent l'individu à participer au processus de décision politique et à prendre activement part à la formation de la volonté étatique (élections et votations, initiatives et référendums). La libre formation de l'opinion politique des citoyens et des citoyennes et l'expression fidèle et sûre de leur volonté sont garanties à tous les niveaux de la collectivité publique (art. 34, al. 2, Cst.). En outre, « les droits politiques » sont ancrés d'une manière générale dans la Constitution à l'art. 34, al. 1. Cela signifie que les droits politiques dont la Constitution et la législation sont garantes au niveau de la Confédération, des cantons et des communes, sont protégés contre toute atteinte.

Les droits politiques ont également une dimension qui relève du droit de défense (droit à l'expression libre, fidèle et sûre de la volonté populaire) et qui implique des prestations de l'État (droit à la remise du matériel de vote) ; globalement, ils servent au bon fonctionnement d'un État démocratique.

1.5 Droits procéduraux fondamentaux

Les droits procéduraux fondamentaux sont un moyen d'assurer la protection d'autres droits. Les droits procéduraux fondamentaux typiques ancrés dans la Constitution sont le droit d'être entendu (art 29, al. 2, Cst.), la garantie d'être entendu par un juge indépendant et impartial (art. 30, al. 1, Cst.) ou encore le droit au contrôle judiciaire de la privation de liberté (art. 31 Cst.). Ces droits peuvent accorder une liberté de choix aux personnes concernées (droit de se faire représenter par un avocat choisi par soi-même, par ex.) ou exiger des prestations de la part de l'État (droit à l'assistance judiciaire gratuite si la personne concernée est n'a pas les moyens de payer un avocat). Les droits procéduraux fondamentaux garantissent que les personnes concernées par la procédure puissent participer à celle-ci et soient protégées contre tout traitement injuste. En effet, la légitimité des décisions de puissance publique (qui, partant, ont force obligatoire) repose pour l'essentiel sur l'équité du processus qui les précède. Les droits procéduraux fondamentaux jouent un rôle particulièrement important dans le cadre des privations de liberté ou des procédures pénales, par exemple.

2 La réalisation des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux sont applicables dans l'ensemble de l'ordre juridique (art. 35, al. 1, Cst.). Quiconque assume une tâche de l'État est tenu de respecter les droits fondamentaux et de contribuer à leur réalisation (art. 35, al. 2, Cst.).

Cela signifie, d'une part, qu'aucun domaine juridique n'échappe à l'obligation de respecter les droits fondamentaux. Les droits fondamentaux jouent un rôle non seulement en droit public, mais également au regard du droit privé et du droit pénal. D'autre part, cela implique que le législateur, tout comme celui qui est chargé d'appliquer le droit, est directement soumis au respect des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux doivent donc être respectés par le gouvernement et par les autorités administratives lors de l'application des lois, de l'examen d'un recours administratif, de la préparation des lois et de l'édition d'ordonnances. Le législateur doit veiller à ce que l'ordre juridique respecte les droits fondamentaux, y compris lorsqu'il n'a pas directement l'obligation (par les droits subjectifs des individus) de faire ou de s'abstenir. Les lois et les ordonnances doivent donc être conçues en tenant compte des buts visés par les droits fondamentaux et en permettant la pleine réalisation de ceux-ci.

Enfin, les tribunaux doivent eux aussi tenir compte des droits fondamentaux dans l'application du droit.

Ce n'est pas le type d'autorité ou d'organe qui est déterminant pour établir s'il y a soumission aux droits fondamentaux, mais la nature de l'exécution des tâches. Dans certaines conditions, les particuliers peuvent également être directement soumis aux droits fondamentaux s'ils agissent pour le compte de l'État. C'est notamment le cas lorsque l'État transfère l'exécution d'une tâche à un particulier. En effet, une tâche de l'État reste considérée comme telle même si elle n'est pas réalisée par l'État lui-même, mais qu'elle est transférée à un tiers.

Exemples : les compétences des forces de sécurité privées dans les stades de sport sont limitées par le monopole étatique de la violence légitime. Ainsi, si un concordat permet la fouille du public de manifestations sportives par des entreprises de sécurité privées, celles-ci accomplissent une tâche de l'État et sont donc tenues de respecter les droits fondamentaux (ATF 140 I 2, consid. 10.2.2) ; les caisses d'assurance-maladie doivent respecter les droits fondamentaux en matière d'assurance-maladie obligatoire, car elles assument des tâches de l'État dans ce domaine (ATF 141 V 557, consid. 5.2.)

3 Restriction des libertés individuelles par l'État (art. 36 Cst.)

3.1 Conditions

À l'exception des garanties de l'essence (ou de la substance) des droits fondamentaux, les actions défensives relevant des droits fondamentaux ne sont pas absolues au sens où un droit exigible serait octroyé à l'individu, quelles que soient les circonstances. Cela signifie que, dans certaines conditions, elles peuvent être restreintes. Néanmoins, *l'État est tenu de justifier toute restriction d'un droit fondamental ou d'une liberté individuelle.*

L'**art. 36 Cst.** énumère les conditions développées par la jurisprudence et la doctrine qui doivent être remplies de façon cumulative pour qu'un droit fondamental puisse être *restreint* :

- **une base légale,**
- **un intérêt public,**
- **la proportionnalité de la restriction au but visé,**
- **le respect de l'essence des droits fondamentaux.**

Si les conditions (ou ne serait-ce que l'une des conditions) fixées à l'art. 36 Cst. *ne sont pas* respectées, il y a *restriction ou ingérence illicite et, partant, violation* du droit fondamental.

La *base légale* permettant de justifier une atteinte aux droits fondamentaux doit pouvoir être fondée sur une loi ou une ordonnance et cette norme doit (aux fins de la sécurité juridique) aussi être suffisamment définie. Les restrictions graves doivent être prévues par une loi formelle, autrement dit par un acte adopté par le Parlement (et non par une ordonnance, édictée par le pouvoir exécutif, par ex.).

L'ingérence doit également être motivée par un *intérêt public*. Cet intérêt doit être déterminé sur la base des chapitres de la Constitution consacrés aux compétences. Font par exemple partie des intérêts publics la santé publique, la sécurité publique, les intérêts sociaux, les règles de bonne foi dans les relations commerciales ou encore l'ordre public.

La notion de *proportionnalité* (notion déjà abordée précédemment) implique que la mesure prise soit appropriée, nécessaire et raisonnable. Cela signifie qu'elle doit tout d'abord être propre à atteindre le but visé et qu'il ne doit pas exister de moyen *moins préjudiciable* qui soit aussi efficace que la mesure. Enfin, il convient de peser les intérêts en présence afin de vérifier si, en l'espèce, le but visé par l'ingérence est proportionné aux effets escomptés.

Exemple : selon un arrêt du Tribunal fédéral²⁹, exiger de passer un *examen de naturopathie* pour obtenir une *autorisation de pratiquer l'acupuncture* dans un certain canton est certes *approprié* pour protéger la collectivité d'acupuncteurs insuffisamment formés (l'examen permettant notamment d'acquérir des connaissances de base qui sont aussi importantes pour cette spécialité), mais *n'est pas nécessaire* pour atteindre cet objectif, car l'examen s'étend à plusieurs domaines qui *n'ont absolument aucun rapport* avec la profession d'acupuncteur. Exiger de passer cet examen n'est donc pas le moyen approprié le « moins préjudiciable » pour atteindre le but visé. Dans ce cas, l'atteinte au droit fondamental qu'est la liberté économique est jugée illicite.

Essence des droits fondamentaux : L'essence des droits fondamentaux est *inviolable*. Elle ne doit en aucun cas être restreinte, car elle incarne le principe essentiel de tout droit fondamental. Exemple : l'essence de la liberté personnelle est l'interdiction de la peine de mort ; celle de la liberté de croyance est l'interdiction des sanctions fondées sur des opinions religieuses et de l'obligation d'appartenir à une communauté religieuse, de pratiquer des actes de culte ou de suivre un enseignement religieux.

3.2 Au sujet des observations ordonnées par les assurances sociales

Le fait d'ordonner une observation et d'en exploiter les résultats touche le bien protégé par le droit fondamental à la protection de la sphère privée (art. 13, al. 1, Cst.). Comme indiqué, cette protection n'est pas absolue puisqu'une restriction des droits fondamentaux est possible dans le cadre des conditions énoncées à l'art. 36 Cst.

Le Tribunal fédéral a retenu qu'une observation conduite en bonne et due forme au sujet d'un assuré, en particulier si elle n'a lieu que dans l'espace public, constitue une atteinte relativement minime aux droits fondamentaux de la personne observée et qu'elle n'est pas de nature à affecter *l'essence des droits fondamentaux visée à l'art. 13 Cst.* (ATF 135 I 169, consid. 5.4.2).

Une condition nécessaire pour qu'une observation ordonnée par une autorité publique soit autorisée est en premier lieu l'existence d'une base légale. Ainsi, la base légale qui permet à la police et au ministère public de réaliser les observations nécessaires à l'instruction des infractions pénales est l'art. 282 du code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP)³⁰. Dans **le domaine des assurances sociales**, ce sont les art. 43a et 43b LPGa ainsi que les dispositions correspondantes de l'OPGA qui forment la *base légale* pour les observations ordonnées par les assureurs soumis à la LPGa.

Dans le même arrêt déjà cité (consid. 5.5 ss), le Tribunal fédéral a retenu également que *l'intérêt public* justifiant une restriction de la protection de la sphère privée par une observation consiste en ce que les assurances sociales n'octroient pas de prestations indues, de sorte que le collectif des assurés ne subisse pas de préjudice. Le droit des assurances sociales a lui aussi pour intérêt de lutter efficacement contre les abus en identifiant ou en prévenant toute fraude à l'assurance.

Dans chaque cas d'espèce, soulignons-le, il faut procéder à une pesée entre les intérêts publics et les intérêts privés concernés, étant entendu qu'une atteinte aux droits fondamentaux ne peut se justifier que si les intérêts publics sont prépondérants.

Enfin, en vertu du *principe de proportionnalité*, la restriction d'un droit fondamental doit être appropriée et nécessaire pour atteindre le but visé, et ce dernier doit être dans un rapport raisonnable avec les moyens utilisés (à savoir la façon dont les libertés sont concrètement restreintes). Une telle évaluation doit également avoir lieu pour chaque observation particulière.

Le Tribunal fédéral a jugé, toujours à propos de la même affaire, qu'il était approprié et nécessaire d'ordonner une observation pour atteindre le but visé (à savoir lutter efficacement contre les abus),

²⁹ Arrêt du Tribunal fédéral du 17.5.2002, in ZBI 104 (2003) 322.

³⁰ RS 312.0

étant donné que seuls les moyens de preuve obtenus par ce moyen pouvaient rendre directement compte des constatations effectuées sur le terrain (lorsque, par ex., l'assurance dispose d'indices manifestes que l'assuré est encore en capacité de travailler). Le Tribunal fédéral a également pris en considération « la proportionnalité au sens étroit du terme », estimant qu'il fallait examiner, eu égard à la possibilité de mener des examens médicaux supplémentaires en lieu et place d'une observation, que de tels examens, pour autant qu'ils soient vraiment appropriés, n'en représenteraient pas moins une atteinte non négligeable à l'endroit de l'assuré sur le plan des droits fondamentaux.

Cet arrêt est antérieur aux nouvelles dispositions de la LPGA sur les observations et à l'arrêt de la CourEDH de 2016, qui a constaté l'absence de base légale suffisante pour effectuer des observations.

IV Cadre légal et limites posées à l'exécution d'observations

1 Introduction

L'activité de spécialiste chargé d'effectuer des observations selon la LPGA et l'OPGA ne peut être exercée que dans des limites juridiques clairement définies. Ces limites sont notamment dictées par les droits fondamentaux traités au chapitre précédent, mais elles découlent également d'autres domaines juridiques.

Le présent chapitre introduit des connaissances sur les autres conditions et limites juridiques qui jouent un rôle central dans l'activité d'observation :

- Dispositions de la LPGA et de l'OPGA relatives à l'observation (y compris distinction entre l'observation au sens du droit des assurances sociales et l'activité des autorités pénales au sens du CPP)
- Protection de la personnalité au sens du droit constitutionnel et du code civil
- Limites pénales
- Droit de la protection des données, secret de fonction et obligation de garder le secret au sens du droit des assurances sociales

Il est impératif que les spécialistes chargés d'effectuer les observations agissent dans le respect des normes légales. Ils évoluent dans un domaine extrêmement sensible ; des activités illicites non seulement léseraient les biens juridiques des personnes concernées, mais porteraient également atteinte aux intérêts des assurances sociales. Parallèlement, l'exploitation de « preuves » obtenues illégalement n'est pas non plus permise.

2 Distinction par rapport au code de procédure pénale

L'activité des spécialistes chargés d'effectuer des observations selon la LPGA doit être clairement différenciée de l'activité des autorités étatiques d'investigation telles que la police ou le ministère public. Comme ces spécialistes ne sont pas des organes de poursuite ou de justice pénale, ils ne possèdent naturellement pas les compétences dévolues à la police ou au ministère public.

Les spécialistes chargés d'effectuer des observations selon la LPGA ne bénéficient généralement pas de privilèges par rapport aux autres particuliers et sont soumis aux mêmes normes juridiques que ceux-ci. Leur statut se différencie de ces personnes uniquement du fait qu'ils sont autorisés à effectuer des observations au sens du droit des assurances sociales, dans des conditions données, et pour autant qu'ils soient en possession d'une autorisation valable conformément à la LPGA. Leurs actes doivent toutefois se limiter à ceux prescrits par la LPGA et l'OPGA.

En effet, le but visé est en fin de compte *l'établissement, par les assureurs sociaux, en tant qu'autorités administratives, des prétentions relevant du droit des assurances sociales*. Les assureurs sociaux (ainsi que les tierces personnes, telles que les spécialistes chargés d'effectuer des observations, auxquelles ils ont recours) ne sont jamais compétents pour les *recherches pénales*, même si l'obtention illicite de prestations d'assurance sociale peut également réaliser une *infraction* au sens du code pénal (art. 148a du code pénal [CP]³¹) et si, par exemple, le matériel recueilli par un assureur social lors d'une observation effectuée dans le cadre d'une procédure relevant des assurances sociales peut, selon les circonstances, faire l'objet d'une procédure pénale.

En revanche, le *droit de la procédure pénale* s'applique aux procédures qui ont pour but l'application d'actions pénales (droit pénal). Seules les autorités (de poursuite) pénales sont compétentes à cet effet ; le principe du monopole de la justice de l'État exclut les procédures pénales privées. Pour les

³¹ RS 311.0

autorités de poursuite pénale, c'est la maxime de l'instruction qui s'applique ; elles doivent poursuivre d'office les éventuelles infractions. En pratique, elles ne peuvent le faire que si elles ont connaissance de telles infractions et s'appuient donc pour ce faire sur des indices. Les autorités pénales sont soumises à l'obligation de dénoncer, obligation qui n'existe pas pour les particuliers (voir art. 301, al. 1, et 302, al. 2, CPP). Il est possible de prévoir une obligation de dénoncer pour d'autres autorités, qui doit être réglée spécifiquement par la Confédération et les cantons (art. 302, al. 2 et 3, CPP). Les autorités de poursuite pénale doivent analyser les circonstances qui peuvent être à la charge du prévenu avec le même soin que celles pouvant être à sa décharge (art. 6, al. 2, CPP). En ce qui concerne le prévenu, la règle est qu'il n'est pas tenu d'entreprendre quoi que ce soit pour faire avancer la procédure pénale à son encontre. L'interdiction de l'obligation à s'incriminer soi-même s'applique, autrement dit, le droit du prévenu de garder le silence et de ne pas devoir fournir d'éléments à sa charge. Du fait de la présomption d'innocence, il incombe aux seules autorités pénales de prouver toutes les circonstances nécessaires en vue de la condamnation ou de la sanction pénale. Une condamnation ne peut intervenir que si la faute est établie avec un degré de certitude suffisant.

En règle générale, les *procédures administratives* obéissent elles aussi à la maxime inquisitoire (l'autorité constate les faits d'office), mais ce principe est régulièrement nuancé par l'obligation de collaborer qui incombe aux parties. Cela signifie que les parties sont tenues – et ce également au regard du droit des assurances sociales – de collaborer à la constatation des faits, ce qui constitue une différence de taille par rapport à la procédure pénale.

3 Dispositions de la LPGA et de l'OPGA relatives aux observations

Les prescriptions concrètes relatives à l'ordonnance et à l'exécution d'observations par les assurances sociales se trouvent dans la LPGA (art. 43a et 43b) et dans l'OPGA (art. 7a ss).

Une vaste documentation sur les travaux préparatoires de ces nouvelles dispositions a été publiée sur les sites Internet de l'OFAS et du Parlement³².

Par observation, on entend la surveillance systématique des activités effectuées par une personne pendant un certain temps et l'enregistrement des résultats de cette surveillance en vue de leur utilisation dans le cadre de la procédure d'instruction.

3.1 Conditions à remplir pour une observation

Aux termes de l'art. 43a, al. 1, LPGA, l'assureur peut observer secrètement un assuré :

- s'il dispose d'indices concrets laissant présumer que cette personne perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations (let. a), et
- si, sans mesure d'observation, les mesures d'instruction n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles (let. b).

Ces conditions établissent clairement que les mesures d'observation ne peuvent être prises – dans le respect du principe de proportionnalité – qu'en dernier recours.

³² <http://www.ofas.admin.ch> > Assurances sociales > Aperçu > Observation des assurés par les assurances sociales ;
<http://www.parlament.ch> > Saisir le numéro d'objet 16.479 dans le champ Recherche > Initiative parlementaire Base légale pour la surveillance des assurés (*consultés le 24.7.2019*)

La notion d'indices concrets laissant présumer que l'assuré perçoit ou tente de percevoir indûment des prestations est reprise de l'art. 282, al. 1, let. a, du code de procédure pénale (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).

3.2 Lieu de l'observation

Aux termes de l'art. 43a, al. 4, LPGA, l'assuré ne peut être observé que :

- s'il se trouve dans un lieu librement accessible (let. a), ou
- s'il se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible (let. b).

Ces notions sont précisées à l'art. 7h OPGA ainsi que dans le commentaire du Conseil fédéral :

L'art. 7h, al. 1, OPGA, définit comme lieu accessible au public tout espace public ou privé dont il est généralement toléré que la collectivité y ait accès.

Cela signifie que, selon la LPGA, la personne visée peut être observée lorsqu'elle se trouve dans un lieu accessible au public. Ce peut être dans l'espace public, c'est-à-dire dans un lieu en propriété des collectivités publiques (commune, canton, Confédération) ; mais ce peut aussi être une propriété privée dont l'accès au public est autorisé en règle générale ou même souhaité, par exemple un magasin. L'accès à des lieux privés est généralement toléré si ceux-ci ne sont pas réservés à un cercle restreint de personnes.

L'art. 7h, al. 2, OPGA, précise que *n'est pas considéré comme librement visible depuis un lieu accessible au public* tout lieu relevant de la sphère privée de la personne à observer, en particulier :

- l'intérieur d'un logement, y compris les pièces visibles de l'extérieur par une fenêtre (al. 2, let. a) ;
- les places, cours et jardins clos appartenant directement à une maison, qui ne sont ordinairement pas visibles de l'extérieur (al. 2, let. b).

La phrase introductive est délibérément formulée sous forme de liste non exhaustive (« en particulier ») des lieux non considérés comme librement visibles, et la définition « tout lieu relevant de la sphère privée de la personne à observer » précise clairement qu'il faut toujours se référer à la sphère privée. Autrement dit :

Il faut tout d'abord que le lieu ne soit pas protégé du regard par une palissade, ni séparé par une façade ou même une vitre. L'observation n'est en aucun cas admissible si la personne se trouve dans un lieu faisant partie de la sphère privée, par exemple un endroit ou une pièce fermés, à l'abri des regards extérieurs. Font partie de la sphère privée, *en particulier*, l'intérieur d'un logement, y compris les pièces visibles de l'extérieur à travers une fenêtre (let. a), ainsi que les places, cours et jardins clos appartenant directement à une maison, qui ne sont normalement pas visibles de l'extérieur (let. b).

Mais même si l'endroit protégé est momentanément exposé aux regards extérieurs, il ne devient pas pour autant « librement visible » (par exemple, si la porte d'un garage, habituellement fermée, est momentanément ouverte, l'intérieur du garage n'est pas réputé librement visible). Le degré d'efficacité de la protection visuelle n'est pas non plus déterminant. Ce qui compte, c'est que des mesures aient été prises dans le but manifeste de protéger l'intimité. Il ne serait par exemple pas admissible de filmer à travers une haie, même si un vide le permettait, car l'élément déterminant n'est pas l'absence de vide, mais l'intention manifeste de protéger l'endroit du regard. Un jardin clos, privé, fait partie de la sphère privée. L'endroit doit en outre être librement visible depuis un lieu accessible au public *sans qu'il soit nécessaire* de franchir des « barrières morales ou juridiques » pour procéder à l'observation.

S'il est nécessaire de franchir des barrières physiques, morales ou juridiques pour enregistrer des faits qui se passent dans la sphère privée au sens strict, ces faits n'ont pas lieu dans un endroit librement accessible à chacun. On considère comme un obstacle juridique et moral une limite qui,

selon les us et coutumes généralement admis, ne serait pas franchie sans le consentement de la personne concernée (ATF 137 I 327, consid. 6.1, avec renvoi à l'ATF 118 IV 41, consid. 4e, p. 49 s.).

L'espace aérien, par exemple, ne constitue pas un lieu accessible au public. S'il fallait se servir de moyens tels qu'une échelle pour pouvoir filmer l'assuré, cela ne serait pas admis. L'intérieur d'un bâtiment d'habitation ne constitue pas un espace aisément visible par tout un chacun et il n'est pas admissible d'y effectuer une observation, c'est pourquoi il n'est pas permis de procéder à une surveillance, par exemple, dans une cage d'escalier ou une buanderie (voir aussi l'arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2011 du 9 mars 2012, consid. 8.4). Façades et fenêtres constituent des barrières, qui restent des barrières même si, par exemple, la fenêtre est ouverte. Un jardin d'hiver fait lui aussi partie de l'intérieur d'un logement. Si l'intérieur d'un logement fait *expressément* partie de la sphère privée, cela ne signifie pas ipso facto que l'intérieur de tout autre bâtiment soit protégé ; en particulier, l'intérieur de bâtiments accessibles à un large public (par ex. piscines, gares, commerces) ne l'est pas.

L'arrêt dit du « cas du balcon » (Cour de droit social du Tribunal fédéral, ATF 137 I 327, datant de 2011) retient qu'un enregistrement vidéo montrant l'assurée vaquant à des tâches quotidiennes (travaux du ménage) sur son balcon librement visible est admissible, et que « si une personne est filmée en train d'accomplir volontairement, dans un espace visible par quiconque, des actes de la vie quotidienne observables à l'œil nu, il est permis de supposer qu'elle a renoncé en l'occurrence à la protection de sa sphère privée et qu'elle a, dans ces limites, exposé au public sa sphère privée. » Il est ajouté qu'il s'agissait certes là d'actes relevant du domaine privé, mais que ceux-ci étaient *de facto* visibles sans autre par tout un chacun, sans qu'il soit nécessaire pour cela de franchir un obstacle physique ou psychologique. Par ailleurs, selon cet arrêt, il ne s'agissait pas non plus de scènes touchant particulièrement au droit de la personnalité, mais d'actes de la vie quotidienne accomplis volontairement ; les filmer ne constituait donc pas une atteinte à la sphère privée et l'observation n'enfreignait par conséquent pas l'art. 179^{quater} CP.

Dans des arrêts de sa Cour de droit pénal, le Tribunal fédéral a relevé à propos du domaine secret ou privé au sens de l'art. 179^{quater} CP que cet article *protège aussi le domaine immédiatement attenant à un immeuble, et cela indépendamment du fait qu'il s'agisse ou non d'un espace clos au sens de l'art. 186 CP ou, s'il y a clôture, que celle-ci permette de voir sans peine, ou au contraire en franchissant un obstacle physique, ce qui se passe de l'autre côté*. Autrement dit, le domaine privé au sens strict comprend non seulement ce qui se trouve à l'intérieur de la maison, mais aussi ce qui est dans les environs immédiats et que les habitants de la maison ou des tiers occupent ou reconnaissent sans autre comme un espace faisant encore de fait partie de l'immeuble (arrêts du Tribunal fédéral 6B_569/2018 du 20 mars 2019, consid. 3.3, 6B_1149/2013 du 13 novembre 2014, consid. 1.2f. et ATF 118 IV 41, consid. 4f.; voir, pour plus de détails à ce sujet, ch. 5.2 ci-dessous).

Quant à savoir où exactement se situent les obstacles ou barrières dans ces cas-là, ce sera en particulier à la jurisprudence future des tribunaux de le préciser.

3.3 Moyens de l'observation

Des enregistrements visuels et sonores simples peuvent être réalisés lors de l'observation au sens de la LPGA. Des instruments techniques servant à déterminer la localisation peuvent également être utilisés, moyennant l'accord de l'autorité judiciaire.

S'agissant des moyens admis, l'art. 7i OPGA prévoit ceci :

Moyens de l'observation

Al. 1 : L'utilisation d'instruments permettant des enregistrements visuels qui améliorent considérablement les capacités de perception humaine, tels que des lunettes de vision nocturne, est interdite.

Al. 2 : L'utilisation d'instruments permettant des enregistrements sonores qui améliorent les capacités de perception humaine, tels que puces, micros directionnels ou amplificateurs de son, est interdite. Il est interdit d'exploiter l'enregistrement de propos non publics ; si ces enregistrements sont contenus dans des enregistrements vidéo, ils sont néanmoins exploitables sans les enregistrements sonores.

Al. 3 : Pour déterminer la localisation, seuls peuvent être utilisés les instruments qui servent à cette fin conformément à leur usage, comme les appareils de localisation par satellite. L'utilisation d'aéronefs est interdite.

Il est interdit de faire des enregistrements visuels au moyen d'instruments qui améliorent considérablement les capacités de perception humaine. Ainsi, tous les appareils qui rendent visible quelque chose qu'une personne douée d'une acuité visuelle moyenne ne pourrait voir de cet endroit et à ce moment de la journée sont interdits, par exemple les lunettes de vision nocturne, qui sont mentionnées explicitement. Ne seraient pas admissibles, par exemple, des téléobjectifs puissants permettant de faire des prises de vue d'une personne qui ne serait pas reconnaissable à l'œil nu à cette distance. Il n'est pas non plus permis de procéder à des prises de vue au moyen d'aéronefs, de drones par exemple. L'adverbe « considérablement » est toutefois là pour signifier que des instruments qui n'agrandissent que légèrement sont admissibles.

Pour les enregistrements sonores également, les mêmes moyens sont admissibles que ceux entrant dans le champ d'application de l'art. 282 CPP. Par conséquent, l'utilisation d'instruments d'enregistrement sonore qui améliorent les capacités de perception humaine, tels que puces, micros directionnels, appareils d'écoute ou amplificateurs de son, est interdite. L'utilisation d'aéronefs est là aussi interdite. Les propos qui ne sont pas tenus en public ne peuvent pas non plus être utilisés. Pour distinguer les propos publics des propos non publics, on se référera à la jurisprudence relative à l'art. 179^{bis} CP. Le caractère public ou non d'une conversation dépend essentiellement du fait que celle-ci ait lieu dans un endroit accessible au public ou au contraire dans un cadre privé. Que le cadre soit privé ou public peut dépendre aussi bien de l'endroit où la conversation a lieu que du cercle des personnes qui la tiennent.

S'il est reconnu qu'une conversation enregistrée n'avait pas un caractère public, les propos enregistrés ne peuvent pas être utilisés. Cependant, si ces propos non publics ont été enregistrés en même temps que des prises de vue (licites), l'impossibilité de les utiliser ne compromet pas la possibilité d'utiliser ces dernières.

Enfin, peuvent être utilisés comme instruments techniques servant à déterminer la localisation les instruments explicitement prévus à cette fin, par exemple les appareils liés aux systèmes satellitaires mondiaux (GPS, GLONASS, Galileo, etc.), qui peuvent recevoir des données de géolocalisation et de temps et qui sont communément appelés traceurs GPS. La localisation ne doit pas être déterminée au moyen d'appareils (drones par exemple) permettant notamment de localiser aussi une personne ou un objet, par la saisie de données de téléphones mobiles (par ex. IMSI-Catcher) ou encore par l'appariement de données.

Comme indiqué plus haut, les instruments techniques servant à déterminer la localisation ne peuvent être utilisés qu'avec l'accord de l'autorité judiciaire. La procédure d'autorisation est régie en détail à l'art. 43b LPGA. Il est ainsi garanti qu'une instance juridique extérieure à l'assureur vérifie que les conditions requises pour la réalisation d'une observation sont remplies. Cela s'impose, car il s'agit là d'une surveillance secrète qui empiète sur la sphère privée protégée par la Constitution. Cette procédure d'autorisation est d'autant plus nécessaire que les surveillances ou observations seront réalisées non seulement par des institutions publiques, mais aussi par des compagnies d'assurance privées.

3.4 Durée de l'observation

Aux termes de l'art. 43a, al. 5, LPGA, 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 période peut être prolongée de six mois au maximum si des raisons valables le justifient. Autrement dit, selon les circonstances, le délai de six mois peut être prolongé de six autres mois, à condition que l'observation ne soit pas effectuée sur plus de 30 jours au total.

Cette définition claire de la durée de l'observation répond aux exigences de prévisibilité et de proportionnalité requises.

À titre de comparaison, l'observation, en procédure pénale, peut durer au maximum un mois et sa prolongation requiert l'approbation du ministère public (art. 282, al. 2, CPP). Et dans la loi du 18 mars 2005 sur les douanes³³, la poursuite d'une observation après 30 jours nécessite l'approbation de la Direction générale des douanes.

3.5 Conservation et destruction du matériel recueilli

Le domaine des assurances sociales est soumis à une obligation générale de garder le secret, et le droit de la protection des données comprend lui aussi des prescriptions strictes concernant l'utilisation des données personnelles. (Pour plus de détails, voir le ch. 6 du présent chapitre.)

Si l'assureur confie une observation à un ou une spécialiste externe, il doit s'assurer par contrat que cette personne traitera (c.-à-d. aussi conservera) de façon conforme au droit de la protection des données toutes les données obtenues et respectera l'obligation de garder le secret. Il importe également de garantir qu'après l'exécution ou la fin du mandat, le ou la spécialiste externe remette à l'assureur l'ensemble du matériel (brut) recueilli et n'en conserve pas de copie, et de régler cette question dans le contrat.

Il faut aussi savoir que, si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices de perception induite de prestations, l'art. 43a, al. 8, LPGA précise que le matériel recueilli doit être détruit (dans un délai donné, et à moins que l'assuré n'ait pas expressément exigé le contraire). Il n'est pas admissible que l'assureur conserve dans le dossier du matériel d'observation qui, immédiatement après l'observation, n'a pas pu servir de preuve justifiant une modification des prestations, pas même, par exemple, pour pouvoir procéder ultérieurement à des comparaisons. La totalité du matériel recueilli lors de l'observation, c'est-à-dire tous les enregistrements visuels et sonores ainsi que les enregistrements des appareils de géolocalisation, doit être détruite.

Si en revanche, à la suite de l'observation, l'assureur rend une décision qui porte sur la prestation, le matériel recueilli est déterminant pour cette procédure et l'assureur doit l'enregistrer de manière systématique conformément à l'art. 46 LPGA.

4 Protection de la personnalité au sens du droit constitutionnel et du code civil

Un grand nombre d'activités effectuées dans le cadre d'une observation peuvent entraîner une violation des droits de la personnalité des personnes concernées. La présente partie donne des explications relatives à la notion de protection de la personnalité.

³³ RS 631.0

4.1 Protection de la personnalité au sens du droit constitutionnel

La Constitution, en premier lieu, garantit la protection de la personnalité aux articles 10 (droit à la liberté personnelle) et 13 (droit à la protection de la sphère privée).

Le droit à la *liberté personnelle* (art. 10) recouvre les droits à l'*intégrité physique et psychique*, à la *liberté de mouvement* et à la *garantie des manifestations élémentaires* de la personnalité. Ces droits sont par exemple touchés en cas d'arrestation, de couvre-feu, de prise de sang ou de prélèvement de salive ordonnés dans le cadre d'une procédure pénale, lorsqu'une médication forcée est prescrite pour un détenu, lorsqu'un détenu est interdit de promenade à l'air libre, ou lorsqu'il ne lui est pas permis de décider, de son vivant, de l'usage qui sera fait de son propre corps après sa mort (type d'obsèques ou prélèvement d'organes). Font partie de l'essence de ce droit fondamental le droit à la vie, qui se traduit par l'interdiction de l'homicide volontaire par l'État (la peine de mort), l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants ainsi que l'interdiction de l'expulsion en cas de menace de torture ou de traitements inhumains ou dégradants.

La *protection de la sphère privée* (art. 13 Cst.) englobe les droits au *respect de la vie privée et familiale*, au *respect du domicile et de la correspondance* ainsi que le *droit à la maîtrise de ses données personnelles*.

La licéité des ingérences dans les domaines protégés se fonde ici aussi sur l'art. 36 Cst. Les mesures d'investigation secrètes (appliquées dans la police ou dans le cadre de procédures pénales, et précisément aussi dans le cadre des observations prévues par le droit des assurances sociales) doivent obéir à des exigences particulières, car l'État évolue alors sur un terrain particulièrement sensible du point de vue des droits fondamentaux.

Le droit au *respect de la vie privée* assure à l'individu un domaine personnel dans lequel l'État doit le laisser en paix. Cela recouvre non seulement les sphères privées, voire intimes, mais également les actes qui se déroulent dans l'espace public. La surveillance vidéo de lieux publics, les recherches de véhicules par localisation GPS ou la saisie d'un journal intime sont des exemples de restrictions de ce droit. La possibilité pour l'individu de se déplacer en public et dans la sphère privée en dehors de la surveillance des organes de l'État relève de la vie privée³⁴.

Le *droit au respect de la vie familiale* garantit à l'individu la possibilité de vivre avec sa famille et d'entretenir des relations personnelles avec les membres de sa famille.

L'ordre de quitter le pays est un exemple de restriction de ce droit lorsque cette mesure a pour conséquence la séparation de la famille.

Les *droits au respect du domicile et de la correspondance* protègent l'individu contre l'intrusion, l'espionnage et l'interrogation dans les lieux privés ainsi que l'interception des communications par l'État. Cela permet de protéger la sphère privée la plus intime de l'individu. Est considéré comme domicile à ce titre toute pièce à caractère privé, y compris les balcons, abris de jardin, cours intérieures, jardins clôturés, les chambres d'hôtel et, dans des cas exceptionnels, des locaux commerciaux (tels que les études d'avocats ou les cabinets médicaux). En ce qui concerne la communication, on considère que le droit mentionné ci-dessus est en jeu par exemple dans le cas d'une écoute téléphonique, d'une interception du courrier ou d'une surveillance des communications par téléphone mobile ou par messagerie électronique.

Le *droit à la maîtrise de ses données personnelles*, quant à lui, garantit la protection de l'individu contre l'usage abusif de ses données personnelles, mais également le droit de déterminer lui-même quelles données personnelles sont mises à la disposition des autorités. Ce droit englobe toute forme de traitement des données personnelles. Il confère à l'individu le droit d'être informé du traitement qui

³⁴ Voir notamment à ce sujet l'arrêt de la CourEDH dans la cause Vukota-Bojic contre la Suisse (n° 61838/10) du 18 octobre 2016 (n° 52) et ATF 143 I 477, consid. 3.1 ainsi que ATF 143 IV 387, consid. 4.1.

est fait des données le concernant, du droit à la rectification des données qui n'ont pas été saisies correctement et du droit à la suppression des données acquises de manière illicite. Toute utilisation de données personnelles doit satisfaire aux exigences des dispositions de l'art. 36 Cst., c'est-à-dire qu'elle doit notamment être fondée sur une base légale, être nécessaire et proportionnée au but visé (voir aussi le droit de la protection des données, qui complète la protection de la personnalité, traitée au ch. 6). Parmi les cas qui touchent le droit à la maîtrise de ses données personnelles, citons le recueil de données, la création de banques de données et de profils d'ADN, la transmission de dossiers médicaux et les enregistrements vidéo de personnes identifiables individuellement.

4.2 Protection de la personnalité au sens du code civil

La protection de la personnalité est également inscrite dans le code civil, aux art. 28 ss du code civil (CC)³⁵. Le but de ces dispositions est la protection des personnes morales et physiques contre les atteintes (de fait) portées à la personnalité par des tiers.

La protection de la personnalité de droit privé est complétée par la protection de droit public et par la protection pénale.

Dans les rapports de droit public, il n'est toutefois pas possible de se réclamer des articles du CC ; pour faire valoir ses droits, il faut donc invoquer la violation des droits fondamentaux (en ce qui concerne la distinction entre les deux régimes de droit, voir par ex. l'ATF 134 I 229). Exemple : le patient d'un hôpital privé peut se prévaloir de l'art. 28 CC, mais pas celui d'un hôpital public (ATF 122 III 101, consid. 1). La distinction peut être difficile à établir en fonction des cas, mais est nécessaire eu égard à la voie de droit à suivre.

Certains domaines relevant du droit de la personnalité sont de surcroît protégés par des dispositions du droit pénal (voir ch. 5).

La doctrine et la jurisprudence ont reconnu comme « biens de la personnalité » diverses caractéristiques de la personnalité, laquelle fait l'objet d'une protection étendue en droit civil. Ces caractéristiques peuvent être classifiées comme suit :

- la personnalité physique (vie et intégrité corporelle),
- la personnalité émotionnelle et affective (intégrité psychique),
- l'honneur (y c. la considération professionnelle et sociale), le caractère privé des informations, qui englobe les domaines suivants :
 - o le droit à l'image, à la voix et à la parole,
 - o le droit à la maîtrise de ses données personnelles (protection des données),
 - o le droit au respect de la sphère privée (domaine secret, domaine privé et domaine public).

Ci-après, nous nous intéressons plus en détail au dernier point, le respect de la sphère privée. Selon la « théorie des sphères », l'existence humaine recouvre trois domaines : le domaine secret, le domaine privé et le domaine public (ATF 97 II 97, consid. 2 ; 118 IV 41, consid. 4 ; 119 II 222).

- Le *domaine secret* englobe les faits et gestes de la vie qu'un individu ne souhaite partager avec personne ou seulement avec un cercle bien défini de personnes (voir ATF 118 IV 41, consid. 4.). Exemple : données personnelles enregistrées sur une carte patients, état psychique d'une personne.
- Le *domaine privé* englobe les faits et gestes de la vie qu'un individu ne souhaite partager qu'avec des personnes proches (voir ATF 118 IV 41, consid. 4.). Ces faits et gestes sont protégés contre toute publication. Le logement d'un individu, son orientation politique ou sa

³⁵ RS 210

situation financière en font partie (voir ATF 97 II 97 ; 138 II 346, regeste, consid. 10.7 et 14.3 [affaire Google Street View]).

- Quant aux faits qui relèvent du *domaine public*, ils peuvent être accessibles à la connaissance de tout un chacun et être diffusés sans plus de formalités. En font notamment partie l'adresse ou la profession d'une personne ou des faits qui sont inscrits dans un registre public.

Toute atteinte à la personnalité ne constitue pas d'emblée une violation au sens juridique du terme. Pour être illicite, l'atteinte à la personnalité doit survenir avec une certaine *intensité* (voir ATF 125 III 70 et 129 III 715). Les atteintes sans gravité (« socialement admissibles ») qui résultent nécessairement des conditions de base de la coexistence humaine ne sont pas des violations de la personnalité au sens défini par la loi.

La violation de la personnalité s'établit selon un *critère de référence objectif*, et non sur la base du ressenti subjectif de l'intéressé (ATF 105 II 161, consid. 2). Dans le contexte de publication de faits dans la presse, par exemple, cela signifie qu'il faut systématiquement vérifier si, pour un lecteur moyen, la considération sociale d'une personne semble touchée (ATF 105 II 161, consid. 2).

On distingue différents types de cas en relation avec cet aspect, tels que l'observation non autorisée de la vie privée par surveillance du salarié à son poste de travail, la pratique consistant à écouter aux portes des voisins, l'écoute de conversations privées au moyen de dispositifs d'écoute cachés, l'enregistrement de scènes de la vie privée au moyen de supports de son ou d'images, le fait de fouiller la situation personnelle d'un individu au moyen de questionnaires (par exemple avant la signature d'un contrat). La diffusion non autorisée de faits concernant un individu ou l'enregistrement de données « sensibles » liées à la personnalité peuvent également constituer des violations illicites de la personnalité.

Une atteinte à la personnalité est jugée illicite lorsqu'elle contrevient aux principes ou interdictions écrits ou non écrits de l'ordre juridique qui servent à protéger le bien juridique lésé (ATF 107 II 1, consid. 2). L'existence ou non d'un comportement illicite ne peut souvent être établie qu'en pesant les intérêts antagonistes (ATF 97 II 97, consid. 4).

En principe, toute atteinte à la personnalité est illicite, car les droits de la personnalité sont des droits absolus. Une atteinte aux droits de la personnalité est toutefois licite lorsqu'elle est fondée sur un *motif justificatif*. Sont considérés comme des motifs justificatifs le *consentement de l'intéressé*, un *intérêt prépondérant privé ou public* ou une *base légale* (voir art. 28, al. 2, CC).

La légitime défense (art. 52, al. 1, CO), l'exercice d'un mandat conformément à ses obligations ou l'obligation de se prêter et de collaborer aux examens nécessaires à l'établissement de la filiation dans le cadre d'une procédure juridique (art. 296, al. 2, CPC) sont des exemples de motifs justificatifs légaux.

En ce qui concerne les prises de vue effectuées dans le cadre d'une observation ordonnée par un assureur social, elles trouvent leur justification dans les dispositions légales de la LPGA et dans les dispositions d'application correspondantes de l'OPGA. Par contre, pour justifier une observation ordonnée par exemple par une assurance responsabilité civile privée, il faudra invoquer un intérêt privé ou public prépondérant (ATF 136 III 410, consid. 4.1).

5 Dispositions pénales

5.1 Généralités

Dans le droit suisse, la sphère privée est également protégée par le droit pénal. Sous le titre « Infractions contre l'honneur et contre le domaine secret ou le domaine privé », le législateur a prévu des sanctions punissant toute une série d'actes ou de comportements qui représentent une atteinte

excessive à la sphère privée de la personne touchée. Pour les personnes qui réalisent des observations pour les assurances sociales, il est important de connaître en particulier les atteintes au domaine secret ou au domaine privé qui sont punissables (art. 179 à 179^{novies} CP), par exemple l'écoute et l'enregistrement de conversations entre d'autres personnes ou la violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues.

Les dispositions du droit des assurances sociales relatives aux observations sont comme enchâssées dans les dispositions pénales. Alors que ces dernières définissent ce qui est interdit, les articles de la LPGA et de l'OPGA relatifs aux observations règlent du point de vue du droit positif ce qui peut être observé, où et de quelle manière.

Les infractions que sont la violation de domicile (art. 186 CP) voire, le cas échéant, les menaces (art. 180 CP) et la contrainte (art. 181 CP), ainsi que les crimes ou délits contre l'administration de la justice (art. 303 à 309 CP) sont également pertinentes en relation avec les observations au sens du droit des assurances sociales.

5.2 Infraction contre le domaine secret ou le domaine privé (art. 179 à 179^{novies} CP)

5.2.1 Écoute et enregistrement de conversations entre d'autres personnes (art. 179^{bis} CP) et enregistrement non autorisé de conversations (art. 179^{ter} CP)

En vertu de l'art. 179^{bis} CP, il est interdit d'écouter à l'aide d'un appareil ou d'enregistrer sur un porteur de son une conversation non publique entre d'autres personnes sans avoir obtenu le consentement de tous les participants. Une conversation a lieu « entre d'autres personnes » lorsque celui qui l'écoute ou l'enregistre n'y prend pas part.

Mais le législateur prévoit aussi, à l'art. 179^{ter} CP, que l'enregistrement d'une conversation est interdit lorsqu'il est fait sans le consentement des autres interlocuteurs, c'est-à-dire même si celui qui l'effectue prend lui-même part à la conversation. Toutefois, étant donné que le spécialiste qui procède à des observations pour les assurances sociales ne peut pas entrer en contact dans ce cadre avec l'assuré, cet article ne devrait pas le concerner.

Il est plus difficile de répondre à la question de savoir quand une conversation est publique ou ne l'est pas. Une conversation est non publique lorsque ceux qui y prennent part ont de bonnes raisons de s'attendre à ce que, sans se servir d'un appareil d'écoute, il soit impossible de l'écouter. Cette attente peut être fondée aussi bien sur l'endroit où la conversation a lieu que sur le groupe des personnes qui y prennent part. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir si ce groupe est limité dans sa composition ou du point de vue matériel, ou s'il est ouvert à tous. Le caractère public ou non d'une conversation dépend donc essentiellement du fait que celle-ci ait lieu dans un endroit accessible au public ou au contraire dans un cadre privé (ATF 133 IV 253). Le fait que, sous l'angle du droit réel, l'endroit où la chose a lieu soit un endroit public ou privé ne suffit donc pas pour juger si la conversation est publique ou non.

5.2.2 Violation du domaine secret ou du domaine privé au moyen d'un appareil de prise de vues (art. 179^{quater} CP)

L'art. 179^{quater} CP protège les faits qui relèvent du domaine secret ou font partie du domaine privé d'une personne et ne sont pas accessibles sans autre à tout un chacun. Celui qui, sans le consentement de la personne intéressée, aura observé avec un appareil de prise de vues ou fixé sur un porteur d'images un tel fait est punissable.

Le domaine secret d'une personne comprend sa sphère intime ainsi que tous les moments vécus qu'une personne entend soustraire à la perception et à la connaissance des autres personnes ou ne

partager qu'avec un cercle très restreint d'entre elles. Les faits qui relèvent du domaine secret d'une personne sont protégés et il est interdit d'en faire des prises de vues.

Il n'est pas non plus permis de faire des prises de vues de faits qui relèvent du domaine privé d'une personne et ne sont pas accessibles sans autre, et qui font donc partie de sa sphère privée protégée. Une distinction s'impose entre la sphère privée protégée et la sphère privée non protégée.

La sphère privée protégée comprend en principe tous les événements qui se déroulent dans des locaux ou des endroits fermés, protégés des regards extérieurs (ATF 137 I 335), ainsi que les endroits où peut se produire une violation de domicile (voir art. 186 CP). L'intérieur du bâtiment où habite l'assuré ne constitue pas un espace aisément visible par tout un chacun (arrêt du Tribunal fédéral 8C_829/2011 du 9 mars 2012). Le Tribunal fédéral ne se fonde toutefois pas uniquement sur le franchissement de barrières physiques. La sphère privée protégée comprend aussi des endroits où des prises de vues ne peuvent être faites de ce qui s'y passe qu'en franchissant des barrières juridiques ou morales. On considère comme un obstacle juridique et moral une limite qui, selon les us et coutumes généralement admis, ne serait pas franchie sans le consentement de la personne concernée (ATF 137 I 327).

Dans son arrêt 6B_569/2018 du 20 mars 2019 (qui se réfère aussi à l'ATF 118 IV 41), le Tribunal fédéral retient ceci : un élément important pour délimiter la sphère privée au sens strict des autres domaines est la question de savoir s'il est possible de prendre connaissance des événements concernés sans autre, c'est-à-dire sans devoir pour cela franchir des obstacles physiques ou juridiques et moraux. Cette sphère privée au sens strict comprend aussi le domaine privé qui est protégé contre l'infraction de violation de domicile (art. 186 CP), autrement dit une maison, un appartement, un espace fermé à l'intérieur d'une maison, ou encore une place, une cour ou un jardin clos, directement attenants à une maison.

Si quelqu'un pénètre physiquement dans le domaine privé protégé par l'art. 186 CP pour y observer un fait avec un appareil de prise de vues ou le fixer sur un porteur d'images, il se rend coupable de l'infraction de violation du domaine secret ou du domaine privé au sens de l'art. 179^{quater} CP. Selon l'esprit et l'objectif de cette disposition, l'observation ou la prise de vues d'un fait qui se passe dans le domaine protégé contre la violation de domicile est punissable *même si* l'auteur de l'infraction *ne doit pas* pour cela franchir physiquement la limite concrète de ce domaine protégé. L'art. 179^{quater} CP protège aussi le domaine immédiatement attenant à un immeuble, et cela indépendamment du fait qu'il s'agisse ou non d'un espace clos au sens de l'art. 186 CP ou, s'il y a clôture, que celle-ci permette de voir sans peine, ou au contraire en franchissant un obstacle physique, ce qui se passe de l'autre côté. Autrement dit, le domaine privé au sens strict comprend non seulement ce qui se trouve à l'intérieur de la maison, mais aussi ce qui est dans les environs immédiats et que les habitants de la maison ou des tiers occupent ou reconnaissent sans autre comme un espace faisant encore de fait partie de l'immeuble. Les environs immédiats comprennent en particulier l'espace qui se trouve directement devant la porte d'entrée d'une maison. L'habitant de cette maison qui franchit le seuil de cette porte pour, par exemple, prendre un objet qui a été déposé là ou retirer son courrier, n'entre pas pour autant dans le domaine privé public, mais reste dans la sphère privée au sens strict, qui est en tous les cas protégée par l'art. 179^{quater} CP. Il en va de même pour l'habitant de cette maison qui franchit le seuil de la porte d'entrée pour saluer quelqu'un ou l'accueillir.

5.3 Crimes ou délits contre la liberté

5.3.1 Menaces (art. 180 CP) et contrainte (art. 181 CP)

Il est interdit d'alarmer ou d'effrayer une personne par une menace grave, ou d'user de violence envers elle, de la menacer d'un dommage sérieux ou de l'entraver de quelque autre manière dans sa liberté d'action pour l'obliger à faire, à ne pas faire ou à laisser faire un acte.

Empêcher longtemps quelqu'un de repartir, bloquer certaines voies de circulation ou s'approcher de façon insistante et dangereuse avec son véhicule du véhicule précédent dans un tunnel peut ainsi constituer un acte de contrainte.

5.3.2 Violation de domicile (art. 186 CP)

La notion de violation de domicile protège le droit « de ne pas être dérangé dans des espaces donnés et de pouvoir y agir librement suivant sa propre volonté » (ATF 112 IV 33). Elle protège la sphère privée de la personne contre la volonté de laquelle il n'est pas permis de pénétrer dans l'endroit protégé. Il suffit, par exemple, que la personne dont on ne souhaite pas la présence mette un pied dans l'espace protégé pour qu'il y ait déjà intrusion dans cet endroit (ATF 87 IV 121 s.).

Sont ainsi protégés les logements et les locaux fermés, même s'ils ne sont pas fermés à clé (ATF 90 IV 77). Les environs immédiats de la maison sont aussi protégés lorsque le jardin ou la place sont « clos » et ainsi visiblement délimités de l'espace public.

Il peut aussi y avoir violation de domicile lorsque quelqu'un s'attarde dans un bâtiment public à des fins autres que celles prévues, si l'interdiction de pénétrer dans ces locaux ou l'ordre d'en sortir ne sont pas arbitraires ou disproportionnés.

5.4 Crimes ou délits contre l'administration de la justice (aperçu)

Par souci d'exhaustivité, il faut aussi relever que les infractions contre l'administration de la justice sont également punissables. Dans le contexte qui nous occupe, entrent notamment en ligne de compte la dénonciation calomnieuse (art. 303 CP), l'induction de la justice en erreur (art. 304 CP), l'entrave à l'action pénale (art. 305 CP), la fausse déclaration d'une partie en justice (art. 306 CP) et le faux témoignage, le faux rapport et la fausse traduction en justice (art. 307 CP).

6 Protection des données, secret de fonction et obligation de garder le secret au sens de la LPGA

Comme les données de sécurité sociale sont en règle générale des données sensibles, leur utilisation et donc aussi la communication à des tiers sont réglées de manière restrictive. Dans la majorité des cas, ces données ne peuvent être communiquées que sur demande écrite et motivée, à condition qu'il existe une base légale, et uniquement si elles sont indispensables au but visé.

6.1 Bases légales de la protection des données en Suisse

6.1.1 But et champ d'application

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)³⁶ vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données (personnelles). Elle vise donc notamment à empêcher que ces données personnelles soient exposées au risque d'utilisation abusive par des tiers, ou qu'il existe des données inexactes. Le traitement de données par des autorités publiques nécessite toujours une base qui le justifie (en règle générale une base légale, mais ce peut aussi être, par exemple, l'autorisation de la personne concernée) et il est soumis à des conditions très strictes.

La LPD régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales **effectué par des personnes privées** ou des **organes fédéraux** (art. 2 LPD).

³⁶ RS 235.1

6.1.2 Bases et notions

Outre la loi fédérale, il existe aussi des lois et des dispositions sur la protection des données au niveau cantonal. Certaines lois spéciales peuvent également contenir des dispositions relatives à la protection des données pour leur objet spécifique. Le présent document se concentre sur les normes existant au niveau fédéral. Les principales bases légales se trouvent dans la LPD, dans l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD)³⁷ et dans la LPGA.

La LPD et l'OLPD sont rédigées de façon simple et aisément compréhensible. Il est hautement recommandé de les lire intégralement. Nous nous contenterons d'en relever ici quelques points essentiels.

Certaines notions sont très importantes dans le droit de la protection des données et il faut en connaître la définition, notamment pour celles qui suivent.

Les données personnelles sont toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable. Elles peuvent se rapporter à une personne physique (par ex. Jean Dubois) ou à une personne morale (par ex. une entreprise) (voir notamment art. 3, let. a et b, LPD).

Les données sensibles comprennent notamment les données personnelles sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, sur des mesures d'aide sociale, ou sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales (voir art. 3, let. c, LPD) ; leur traitement est donc soumis à des exigences légales plus strictes.

Le traitement des données désigne toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés. En font notamment partie la collecte, la conservation, l'exploitation, la communication ou la destruction de données (voir art. 3, let. e et f, LPD). Il requiert la garantie en tout temps de la sécurité des données (voir notamment art. 7 LPD).

Un profil de la personnalité est un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique. Il constitue lui aussi un ensemble de données sensibles, même s'il ne contient pas de données relatives à la santé (voir notamment art. 3, let. d, LPD).

Est appelé fichier tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée (voir notamment art. 3, let. g, LPD). Celui-ci doit obligatoirement être déclaré par le maître du fichier (voir notamment art. 11a LPD). Toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées (art. 8 LPD).

6.1.3 Principes

Plusieurs principes doivent être respectés lors du traitement de routine de données personnelles. Les principes de la licéité, de la bonne foi, de la proportionnalité, de l'adéquation au but du traitement des données et de la perceptibilité des finalités du traitement (voir art. 4 LPD) ainsi que de l'exactitude des données (voir art. 5 LPD) sont essentiels.

6.1.4 Traitement de données par des tiers

Si leur traitement est confié à des tiers, les données ne doivent, là non plus, pas être traitées autrement que le mandant n'est lui-même autorisé à le faire. En pratique, cela signifie que le ou la spécialiste à qui un assureur-accidents confie un mandat d'observation ne peut procéder qu'au

³⁷ RS 235.11

traitement de données auquel l'assureur-accidents lui-même est habilité en vertu de la loi (voir art. 10a LPD).

6.1.5 Droits des personnes concernées et sanctions prévues

S'il est porté atteinte aux droits des personnes concernées, celles-ci peuvent se défendre. La loi sur la protection des données comprend ainsi des dispositions pénales concernant la violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer (art. 34) et la violation du devoir de discrétion (art. 35). Les sanctions prévues sont fonction de la gravité de l'infraction et prennent généralement la forme d'une amende. La personne concernée a également la possibilité d'intenter une action en protection de la personnalité selon le code civil. Elle peut en particulier demander par ce moyen l'interdiction du traitement des données, et notamment de la communication à des tiers, ainsi que la rectification ou la destruction des données personnelles (voir art. 15 LPD).

6.2 Secret de fonction et obligation de garder le secret

Le secret de fonction protégé par le droit pénal (art. 320 CP) et l'obligation de garder le secret régie (dans le droit des assurances sociales) par la LPGA (art. 33) visent eux aussi la protection des données. Cela inclut, d'une part, les données personnelles dont il vient d'être question, mais ces dispositions vont plus loin et protègent aussi, d'autre part, *de nombreux autres faits ou informations*.

6.2.1 Secret de fonction (CP)

L'art. 320 CP prévoit que celui qui aura révélé un secret à lui confié en sa qualité de membre d'une autorité ou de fonctionnaire, ou dont il avait eu connaissance à raison de sa charge ou de son emploi, sera puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. La révélation demeure punissable alors même que la charge ou l'emploi a pris fin. La révélation n'est pas punissable si elle a été faite avec le consentement écrit de l'autorité supérieure.

Il y a *secret de fonction* lorsque la loi déterminante pour l'exercice d'une fonction prévoit une obligation de garder le secret et qu'il s'agit matériellement d'un secret. Le secret se réfère à des faits qui ne sont pas connus de tous ou accessibles à tous, mais confiés seulement à un cercle restreint de personnes, faits dont l'ayant droit (le maître du secret) ne veut pas qu'ils soient communiqués et pour lesquels il a un intérêt objectif à ce qu'ils restent secrets. Le fait qu'un cercle restreint de personnes en aient connaissance n'enlève pas au secret son caractère de secret.

Pour qu'il y ait violation du secret de fonction au sens du code pénal, il faut que l'auteur de l'infraction sache que le secret existe et qu'il le communique intentionnellement à des personnes non autorisées.

6.2.2 Obligation de garder le secret (LPGA)

L'art. 33 LPGA prévoit que les personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance sont tenues de garder le secret à l'égard des tiers.

L'obligation de garder le secret concerne donc un cercle très large de personnes. Il suffit qu'une personne participe simplement à l'exercice d'une des fonctions mentionnées pour qu'elle soit soumise à cette obligation. Celle-ci s'applique aussi, en particulier, aux *externes* auxquels recourent les assurances sociales. C'est ce qu'énonce expressément le nouvel art. 43a, al. 6, LPGA : « *L'assureur peut confier l'observation à des spécialistes externes. Ces derniers sont soumis au devoir de garder le secret conformément à l'art. 33 et ont l'interdiction d'utiliser à d'autres fins les informations recueillies dans le cadre de leur mandat. [...].* »

L'obligation de garder le secret porte sur *tout ce qui vient à la connaissance* de la personne concernée dans le cadre de son activité, que ce soit par les documents consultés, les investigations faites ou de

toute autre manière. Le secret doit être gardé à l'égard de tous les tiers, et cette obligation s'applique aussi aux assureurs sociaux dans leurs rapports avec un autre assureur qui leur est lié juridiquement ou dans les faits (par ex. une assurance complémentaire ou une assurance responsabilité civile). L'obligation de garder le secret doit en principe être observée également au sein même d'une autorité (pour autant que cela ne rende pas impossible l'application de l'assurance sociale), car, là aussi, il s'agit de protéger la personnalité des personnes concernées.

Les exceptions à l'obligation de garder le secret doivent être prévues par la loi. Constituent ainsi de telles exceptions l'assistance administrative au sens de l'art. 32 LPGA, la consultation du dossier au sens de l'art. 47 LPGA, l'autorisation de donner des renseignements fournie par l'assuré en vertu de l'art. 28, al. 3, LPGA et surtout de *nombreuses dispositions des lois spécifiques* (LAVS, LAI, LAA, etc.) ou d'autres lois fédérales qui règlent avec précision qui peut communiquer quoi, à qui et à quelles conditions.

6.3 Conclusion

Tout cela signifie notamment, en pratique, que les spécialistes de l'observation ne doivent communiquer à qui que ce soit quelque renseignement que ce soit concernant les mandats ou les investigations qui leur ont été confiés. Tous les faits dont ils prennent connaissance lors de l'attribution ou de l'exécution du mandat doivent être traités de façon strictement confidentielle et sont soumis à un secret absolu. En outre, tous les documents rassemblés et les données recueillies doivent être traités avec le plus grand soin et surtout être conservés de façon sûre (jusqu'au moment où ils doivent être rendus ou remis au mandant).

V Bibliographie

AEBI-MÜLLER, REGINA, in: BREITSCHMID PETER/JUNGO, ALEXANDRA (HRSG.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Band I: Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz [Art. 1-456 ZGB und PartG], 3. Auflage, Zürich 2016 (*Kommentar zu Artikel 28 ZGB*)

BIAGGINI, GIOVANNI (HRSG.), Kommentar Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2., überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich 2017

BOLLIER, GERTRUD/CONRAD, BEAT, Leitfaden schweizerische Sozialversicherung, Band II, 15., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (herausgegeben vom Verein Zürcher Gemeindeschreiber und Verwaltungsfachleute)

BÜCHLER, ANDREA, in: KREN KOSTKIEWICZ, JOLANTA/WOLF, STEPHAN/AMSTUTZ, MARC/FANKHAUSER, ROLAND (HRSG.), Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3., überarbeitete Auflage, Zürich 2016 (*Kommentar zu Artikel 28 ZGB*)

DONATSCH, ANDREAS, in: DONATSCH, ANDREAS (HRSG.), STGB/JStG Kommentar, 20., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (*Kommentar zu Artikel 186 StGB*)

DUPONT, ANNE-SYLVIE/MOSER-SZELESS, MARGIT (HRSG.), Commentaire romand, Loi sur la partie générale des assurances sociales, Bâle 2018 (*Kommentar zu Artikel 14 ATSG*)

FREI, LAURA S., Grundlagen und Grenzen der Observation, Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Masterarbeit Universität Zürich 2018

HÄFELIN, ULRICH/HALLER, WALTER/KELLER, HELEN/THURNHERR, DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 9., vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Zürich/Basel/Genf 2016

HÄNER, ISABELLE/TÖNDURY-ALBRECHT SABINA/KEUSEN, ULRICH/LANZ KNEISSLER KATHRIN, Repetitorium Verwaltungsrecht. 3., überarbeitete Auflage, Zürich 2012

ISENRING BERNHARD, in: DONATSCH, ANDREAS (HRSG.), STGB/JStG Kommentar, 20., überarbeitete Auflage, Zürich 2018 (*Kommentar zu Artikel 320 StGB*)

JOSITSCH, DANIEL, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 2017

KAYSER, MARTIN, Repetitorium Staatsrecht, 2., überarbeitete Auflage, Zürich 2012

KIENER, REGINA/KÄLIN, WALTER/WYTTENBACH, JUDITH, Grundrechte, 3. Auflage, Bern 2018

KIESER, UELI, ATSG Kommentar, 3. Auflage, Bern/St. Gallen/Zürich, 2015

RAMEL, RAFFAEL/VOGELANG, ANDRÉ, in: NIGGLI, ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER, HANS (HRSG.), Basler Kommentar Strafrecht, Band II, 4. Auflage, Basel 2019 (*Kommentar zu Art. 179^{bis} und 179^{quater} StGB*)

SCHAUB, ROLAND, Der Privatdetektiv im Schweizerischen Recht, Zürich/St. Gallen 2011

TEICHMANN FABIAN/WEISS, MARCO, Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV 155/2019, S. 137ff.