



CONSEIL D'ETAT

Château cantonal
1014 Lausanne

Office fédéral des assurances sociales
Service juridique
Effingerstrasse 20
3003 Berne

Par courriel uniquement :
Bereich.recht@bsv.admin.ch

Réf. : MFP/15024669

Lausanne, le 19 décembre 2018

Projet de modification de l'ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA) – surveillance des assurés

Madame, Monsieur,

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous remercie de l'avoir consulté sur le projet de modification de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après : OPGA) et vous fait part, ci-après, de ses déterminations.

A. Remarques générales

Tel que formulé dans le nouvel article 43a de la loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (ci-après : LPGA), le projet de loi nécessite l'introduction de certaines dispositions d'exécution dans l'ordonnance d'application de la LPGA. Elles portent en particulier sur les exigences fixées aux spécialistes auxquels sera confiée l'observation secrète d'un assuré. Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud relève qu'il faudrait en particulier instaurer la clarté sur les exigences à poser aux spécialistes qui sont mandatés pour effectuer les observations, ainsi que sur la manière dont il y a lieu de traiter les dossiers d'observation.

Le projet de modification prévoit également d'introduire des dispositions sur la teneur des dossiers de manière générale (gestion, conservation, sécurisation et élimination des données). Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud estime que la codification dans le projet d'ordonnance des principes généraux applicables aux dossiers des assurés vient renforcer l'importance des prescriptions jusqu'alors consignées dans des directives administratives régissant les différentes assurances sociales.

Cela étant précisé, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud vous transmet ci-après ses commentaires spécifiques sur les modifications légales proposées.

B. Commentaires sur les dispositions

Section 1 : Exigences à l'endroit des spécialistes des observations chargés de l'observation.

1. Art. 7a OPGA – Autorisation obligatoire

- Alinéa 1

L'obligation d'autorisation ne doit se rapporter qu'à des spécialistes qui exécutent des observations en Suisse. Pour des observations effectuées à l'étranger, en règle générale, il faut mandater un détective ou une entreprise de détectives correspondante domicilié(e) sur place. Les exigences formulées dans le projet de modification de l'OPGA sont toutefois très axées sur la Suisse. Des spécialistes étrangers en matière d'observations ne sont quasiment pas en mesure de satisfaire à ces exigences.

En outre, l'introduction de l'obligation d'autorisation ouvre un nouveau champ à des litiges. Aussi, les modalités d'octroi de l'autorisation doivent-elles être réglementées clairement et sans équivoque, exigence qui n'est pas remplie par la réglementation prévue (cf. remarques ad alinéa 3). Il faut s'attendre à ce que les nouvelles conditions préalables fassent l'objet de conflits juridiques ainsi qu'à une augmentation des frais occasionnés aux organes d'exécution en leur qualité de mandant et aux services responsables correspondants. Les personnes observées et leurs représentants légaux épuiseront toutes les possibilités de faire opposition pour cause de manque de clarté et d'irrégularités.

- Alinéa 2

Il est judicieux de prévoir une autorité uniforme chargée d'accorder des autorisations. Il n'y a rien à objecter à la désignation de l'OFAS en tant qu'autorité responsable de l'octroi des autorisations, d'autant plus que l'OFAS est déjà l'autorité de surveillance d'un grand nombre d'assurances sociales.

Il conviendrait alors de prévoir – si tel n'est pas déjà le cas - dans une base légale formelle au sens de l'article 17 de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, le droit pour l'OFAS de traiter les données sensibles dans le cadre des autorisations des spécialistes des observations. L'OFAS doit, en effet, selon le projet d'ordonnance, pouvoir traiter des données liées à d'éventuelles sanctions pénales (casier judiciaire).

- Alinéa 3

Les exigences posées aux requérants d'une autorisation ne sont pas en lien, ou du moins ne sont partiellement pas en lien, avec les types d'activités déployées dans le domaine des observations destinées aux assurances sociales. A ce sujet, il semble important d'attirer l'attention sur le fait que pour les assurances sociales, c'est la qualité des observations qui est décisive pour l'utilisation des résultats. Or cette qualité ne saurait être garantie par les exigences posées aux spécialistes, mais il faut au contraire l'évaluer au cas par cas, étant précisé que la qualité des observations est toujours soumise au contrôle judiciaire dans le cadre de la voie ouverte après l'adoption d'une décision. Il faut souligner que les organes d'exécution n'ont aucun intérêt à mandater

des spécialistes qui ne seraient pas au bénéfice d'un niveau de qualité élevé dans l'exercice de leurs activités puisque, dans le cadre de l'exploitation consécutive des résultats des observations, toute l'attention des personnes assurées est braquée sur ces derniers.

En outre, une autre question demeure peu claire aux yeux du Conseil d'Etat du Canton de Vaud, celle de savoir quelle sera la conséquence de ces dispositions pour d'éventuels matériaux d'observation qui ont été établis par d'autres organismes d'assurance (assureurs privés), conformément à l'article 43a, alinéa 6 LPGA.

S'agissant des conditions nécessaires pour l'octroi de l'autorisation, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud formule les remarques suivantes.

- Lettre a. La réponse à la question de savoir quels types de délits ont un lien avec l'activité professionnelle exercés en tant que spécialiste en matière d'observations demeure ouverte et on laisse manifestement le soin à la pratique d'en juger. Ce point pourrait donner lieu à des conflits judiciaires sur la question de savoir quelles sont les conditions préalables licites à la pratique des observations.

Ainsi, il est dès lors recommandé de dresser un catalogue des délits concernés.

- Lettre b. Il est relevé qu'en l'absence d'un registre des poursuites et faillites valable pour toute la Suisse, le requérant qui dépose une demande d'autorisation sera tenu de fournir à l'OFAS des extraits de registres de l'ensemble de domiciles de ses dix dernières années. Par conséquent, à nos yeux, il appartient à l'OFAS de mettre en place les procédures nécessaires qui lui permettront de garantir le respect de cette condition avant de délivrer l'autorisation concernée.
- Lettre c. Puisque les spécialistes agissent sur mandat des organes des assurances sociales, ils assument donc également la responsabilité quant au respect des lois, ce qui doit se faire, comme jusqu'à présent, par le biais d'un avertissement dans ce sens figurant dans la lettre de mandat. Le contrôle de la pertinence au regard du droit matériel des assurances sociales incombe aux organes d'exécution qui sont aussi tenus de veiller à l'instruction correcte des spécialistes.

Les exigences posées aux connaissances juridiques de ces spécialistes ne doivent pas être d'un niveau spécialement élevé. Le projet de modification de l'OPGA laisse ouverte la question de savoir quels types de connaissances juridiques sont nécessaires pour pouvoir exécuter le mandat de manière irréprochable (droit de la protection de la personnalité, droit constitutionnel, législation sur la police, droit pénal, droit des assurances sociales, etc. ?).

Outre le fait qu'avec la présente proposition de texte, celui qui demande l'autorisation ignore ce qu'on exige de lui, puisque cette proposition de texte a été formulée de manière extrêmement ouverte, elle donne à nouveau l'occasion de contester la manière dont les exigences ont été remplies et, partant, de contester également le caractère exploitable des documents d'observation.

- Lettre d. Il est vrai que de nombreux spécialistes disposent effectivement d'une formation de police. Toutefois, cela ne change rien au fait que même des spécialistes qui ne sont pas au bénéfice d'une formation de police fournissent un

travail d'un bon niveau de qualité. Dans ces dispositions, on ne définit pas ce qu'il faut entendre par l'expression « formation équivalente à une formation de police ».

Cela doit être corrigé afin d'éviter que ce manque de clarté ne provoque pas le lancement de procédures contestant le caractère exploitable des documents d'observation.

- Lettre e. Que faut-il comprendre par expérience professionnelle? Dans quel domaine?

Dans la formulation de cette exigence, l'autorité chargée d'octroyer les autorisations semble disposer d'une marge de manœuvre considérable. Ici également, il faut redouter que ne soient déposés, dans le cadre de procédures, des recours portant sur l'exploitation de documents d'observation, et que des observations coûteuses ne soient déclarées illicites par les tribunaux, de sorte que les organes d'exécution seront simultanément tenus de continuer de verser des prestations aux personnes assurées.

Les organes d'exécution se fieront aux décisions d'autorisation de l'OFAS et s'en remettront à ces dernières. Il faudra donc contrôler lesdites autorisations en faisant preuve du niveau de diligence élevé correspondant.

Si les exigences posées aux spécialistes ne sont pas remplies de manière irréprochable, ce sont les organes d'exécution qui se verront contraints de s'occuper des procédures judiciaires pour cause d'observations illicites. Ce report de charge engendrera certainement des coûts supplémentaires. En outre, il faudra s'attendre à verser des prestations qui sont certes manifestement sans fondement, mais dont le versement ne pourra pas être suspendu uniquement parce que des erreurs d'ordre formel auront été commises.

Le Conseil d'Etat du Canton de Vaud estime qu'il est impératif que les exigences posées aux spécialistes soient formulées sans le moindre équivoque, afin d'exclure toute marge d'interprétation. Dans ce sens, il propose que les exigences figurant à l'article 7a, alinéa 3 OPGA soient précisées.

Il y a lieu en particulier de :

- dresser un catalogue des délits incompatibles avec l'octroi d'une autorisation (lettre a) ;
 - définir avec précision les types de connaissances juridiques que les spécialistes sont tenus de maîtriser (lettre c) ;
 - spécifier ce que doit être le contenu d'une formation de police équivalente (lettre d) ;
 - spécifier les domaines d'activité qui seront reconnus comme expérience professionnelle (lettre e).
- Alinéa 4

Les exigences relatives aux annexes que le requérant d'une autorisation est tenu de déposer à l'appui de sa requête sont formulées en des termes relativement ouverts. Il

paraît évident que le requérant devra joindre à sa demande l'extrait du casier judiciaire et l'extrait du registre des poursuites et faillites, étant précisé que les registres des poursuites et faillites n'ont qu'une importance locale. Ainsi, avec ces documents, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud estime qu'il n'est pas possible d'apporter la preuve que les spécialistes concernés n'ont pas fait l'objet d'une saisie ou d'une faillite au cours des dix dernières années.

- Alinéas 5 à 7.

Pas de remarque.

- Alinéa 8

Retirer son autorisation de pratiquer au spécialiste concerné s'il s'avère ultérieurement qu'il ne remplit pas les conditions préalables requises est une mesure logique. Mais il n'est pas autorisé de contourner la limite prévue du délai de validité de l'autorisation à cinq ans en demandant de procéder, dans l'intervalle, à des examens ultérieurs. Le soupçon selon lequel certaines conditions préalables ne sont plus remplies doit être dûment étayé et ne saurait déclencher un nouvel examen simplement sur la base d'une allégation d'une personne assurée qui fait l'objet d'une observation, respectivement sur la base d'une allégation de son avocat.

- Alinéa 9

L'observation doit avoir lieu de manière cachée (art. 43a, al. 1 LPGa). Si l'on publie les noms des spécialistes au bénéfice d'une autorisation de pratiquer, cela irait à l'encontre du but inhérent à une observation cachée. Le métier d'enquêteur ou de détective faisant appel à la discrétion de par sa nature, cette mesure de publicité sans restriction n'apparaît pas souhaitable et ne répond, à première vue, à aucun besoin expressément exprimé dans le rapport explicatif de la mise en consultation.

Ainsi, l'on pourrait se demander s'il ne serait pas préférable que le requérant rende vraisemblable son intérêt légitime à connaître le statut de l'autorisation d'un enquêteur auprès de l'OFAS pour y avoir accès.

Dès lors, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud propose que l'article 7a, alinéa 9 OPGA soit modifié dans le sens précité.

- Alinéa 10

L'autorisation donne le droit de pratiquer des observations dans le domaine des assurances sociales et doit être considéré comme un label de qualité. On ne comprend pas tout à fait pourquoi, sur le plan cantonal, ces standards peuvent encore être complétés par différents standards supplémentaires, d'autant plus que la Confédération se dit satisfaite lorsque les spécialistes remplissent les conditions préalables selon l'alinéa 3. Bien entendu, il va de soi que les autorisations cantonales doivent être applicables dans la mesure où des spécialistes exécutent des observations pour le compte d'autres mandats que les assurances sociales.

2. Art. 7b OPGA – Emoluments relatifs aux tâches de contrôle inhérentes à la demande d'autorisation

Pas de remarque.

Section 2 : gestion, conservation et consultation des dossiers ainsi que notification des jugements et arrêts.

Comme relevé précédemment, la gestion, conservation et consultation des dossiers sont déjà réglementées aujourd'hui, à travers la LPGA, la jurisprudence et les directives administratives régissant les différentes assurances sociales. En revanche, il faut tenir compte du fait que la plupart des services des assurances sociales gèrent aujourd'hui les dossiers sous forme électronique. Dans tous les cas, il y a lieu de coordonner entre elles, dans le but de transposer les principes déjà applicables à ce jour, dans des processus clairement définis et d'adapter les réglementations existantes figurant dans les directives.

3. Art. 7c OPGA – Gestion des dossiers

- Alinéa 1

Il est relevé que, pour certains assureurs, l'acquisition de logiciels sera nécessaire afin de répondre à l'exigence de tenir un bordereau chronologique mentionnant toutes les pièces versées au dossier et explicitant brièvement leur contenu.

- Alinéa 2

Pas de remarque.

4. Art. 7d OPGA – Conservation des dossiers

- Alinéa 1

Pas de remarque.

- Alinéa 2

Les spécialistes en matière d'observations fournissent aux assurances sociales qui les mandatent des rapports mis au net et des films qui ont fait l'objet d'un montage duquel les scènes inutiles ont été coupées. Mais à ce jour, les documents-sources (fichiers « bruts », par exemple, films non coupés ou photos non utilisées dans le rapport final) restent chez les détectives. Les organes d'exécution assument toutefois la responsabilité de l'ensemble des dossiers d'observation existants, et non seulement du produit fini remis à l'assurance.

Pour régler cette problématique, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud propose que l'ordonnance stipule que ces fichiers doivent être remis intégralement aux organes d'exécution par les détectives. De cette manière, les organes d'exécution pourront garantir un traitement des dossiers – et leur destruction le cas échéant - en conformité avec les dispositions légales.

5. Art. 8a OPGA – Consultation du matériel recueilli lors d'une observation

- Alinéas 1 et 2

En outre, l'expression «en tout temps» induit le public en erreur. Si les dossiers sont détruits conformément à l'art. 43a, al. 8 let. b LPGA ou à l'art. 8b OPGA, ils ne peuvent plus être consultés. Nous proposons que dans l'art. 8a, al. 1 et 2 OPGA, l'expression «en tout temps» soit supprimée.

Par ailleurs, l'art. 8a OPGA précise également le devoir de l'assureur d'informer l'assuré de son droit de consulter le matériel recueilli lors d'une observation et d'en obtenir une copie. Posée en ces termes, l'invitation implicite faite à l'assuré de requérir une copie du matériel d'observation devrait s'accompagner d'une disposition non équivoque sur la gratuité de la demande de copie ou sur la possibilité de percevoir un émolument au sens de l'article 26 de la loi du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles, notamment pour la reproduction des enregistrements sur un support numérique (CD-ROM, DVD).

6. Art. 8b OPGA – Destruction des dossiers

- Alinéa 1

Dans certaines branches des assurances sociales, comme dans l'assurance-invalidité, les dossiers peuvent demeurer pertinents pendant longtemps parce qu'ils documentent, par exemple, l'évolution de l'état de santé d'une personne assurée.

Si l'on introduit une obligation de détruire les dossiers qui ne sont pas dignes d'être archivés, il faut alors décrire de manière plus précise le critère définissant si un dossier est «digne ou non d'être archivé». La tâche consistant à séparer les dossiers dignes d'être archivés des dossiers qui n'en sont pas dignes, devrait entraîner une charge de travail extrêmement lourde, et c'est une tâche qui ne saurait incomber aux organes d'exécution.

En cas de doute, l'organe d'exécution aura tendance à considérer que le dossier concerné est «digne d'être archivé» puisque sinon, il pourrait se rendre coupable d'avoir éliminé des dossiers pertinents.

- Alinéa 2

Pas de remarque.

- Alinéa 3

Il y a lieu de dresser un procès-verbal relatif au contrôle de la destruction des dossiers.

Toutefois, de cette façon, des indices portant sur des dossiers détruits, et certainement également sur leur contenu, subsisteront aussi dans le dossier de la personne assurée. Également, lorsqu'on consigne la destruction de documents d'observation n'ayant pas donné lieu à une confirmation de ces indices, cela a pour effet qu'une observation qui a été effectuée une seule fois reste néanmoins connue.

Au final, la clarté requise qui serait nécessaire à une destruction complète des dossiers - et ciblée avec précision de manière conforme à l'objectif - fait défaut dans la disposition sur la destruction des dossiers. Force est de constater qu'une destruction de documents ne peut pas être exécutée de manière telle que les pièces détruites (notamment, le matériel d'observation) ne laissent aucune trace dans le dossier.

En outre, il conviendrait de préciser quels sont les délais de conservation mentionnés dans l'art. 8b, al. 1 OPGA au-delà desquels les dossiers sans intérêt archivistique sont détruits. S'agit-il des délais de conservation prévus dans les différentes lois d'assurances sociales ?

7. Art. 14 OPGA – Exercice du recours de l'AVS/AI

Pas de remarque.

8. Art. 20 OPGA – Disposition transitoire relative à la modification du ... 2019

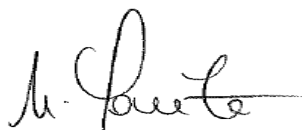
Le délai de trois ans à respecter pour la tenue du répertoire des pièces des dossiers est un délai minimal. Si, à l'avenir, conformément à l'art. 7c, al. 2 OPGA, l'on vient à exiger la tenue d'un répertoire spécifique des pièces des dossiers, les organes d'assurances sociales seront tributaires d'adaptations à apporter à leurs systèmes informatiques pour être en mesure de satisfaire à cette exigence, ce qui engendrera des coûts et une importante charge de travail.

En conclusion, et moyennant la prise en compte des remarques émises dans la présente prise de position, le Conseil d'Etat du Canton de Vaud est favorable au projet de modification de l'ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA).

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente, nous vous prions de croire, Madame, Monsieur, à l'assurance de notre haute considération.

AU NOM DU CONSEIL D'ETAT

LA PRESIDENTE



Nuria Gorrite

LE CHANCELIER



Vincent Grandjean

Copies

- OAE
- SASH