

**Tribunal fédéral – 9C_806/2016
destiné à la publication**

Ile Cour de droit social
Arrêt du 14 juillet 2017

Résumé et analyse

Proposition de citation :

Dupont Anne-Sylvie, Assurance-invalidité : les observations illicites sont des preuves valables. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016, Newsletter rcassurances.ch septembre 2017

**Newsletter septembre
2017**

Assurance-invalidité ;
observations par un
détective privé ;
application de la
jurisprudence *Vukota-
Bojic*

**Art. 28 et 43 LPGA ;
8 CEDH ; 59 al. 5 LAI**



Assurance-invalidité : les observations illicites sont des preuves valables

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 9C_806/2016

ANNE-SYLVIE DUPONT

I. Objet de l'arrêt

L'arrêt commenté s'inscrit à la suite de l'arrêt rendu le 18 octobre 2016 par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Vukota-Bojic* contre la Suisse¹. Dans cette affaire, la Suisse avait été condamnée par les juges strasbourgeois, pour violation de l'art. 8 CEDH, faute de disposer d'une base légale suffisamment précise pour justifier, dans le contexte de l'assurance sociale, l'ingérence dans la vie privée que représente l'observation par un détective privé.

L'arrêt commenté répond à deux questions :

1. La jurisprudence *Vukota-Bojic* est-elle applicable dans le domaine de l'assurance-invalidité, nonobstant l'art. 59 al. 5 LAI, qui autorise les offices AI à faire appel à des spécialistes pour lutter contre la perception indue de prestations.
2. En cas de réponse positive à la première question, le rapport d'observation établi dans le cas concret sur mandat de l'office AI peut-il être utilisé pour établir l'état de fait ?

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

Une assurée touchait une demi-rente de l'assurance-invalidité, fondée sur un taux d'invalidité de 53 %, depuis février 2008. Elle avait en outre bénéficié de divers moyens auxiliaires. Entre le 9 et le 22 novembre 2010, l'office AI compétent l'avait faite observer durant quatre jours. Sur la base du rapport d'observation, il avait ensuite mis en œuvre une expertise psychiatrique, sur la base de laquelle il a supprimé le droit à la rente avec effet rétroactif, au 1^{er} février 2008, et réclamé les rentes versées à tort depuis cette date.

¹ Requête n° 61838/10. Cet arrêt n'est actuellement disponible qu'en anglais.

Après recours de l'assurée, admis par le tribunal administration du canton de Zoug, l'office AI a statué à nouveau, fixant la date de la suppression du droit à la rente AI à la fin du mois suivant celui de la notification de la décision (5 septembre 2015). Il a, en conséquence, versé rétroactivement une rente depuis le mois de mai 2011 jusqu'à la fin octobre 2015, ce qu'il a formalisé dans une seconde décision (22 septembre 2015).

L'assurée a recouru contre ces deux décisions auprès du tribunal administratif du canton de Zoug, qui a rejeté son recours.

B. Le droit

Le Tribunal fédéral se penche tout d'abord sur la question de l'application au domaine de l'assurance-invalidité de la jurisprudence *Vukota-Bojic*. Il rappelle l'analyse des juges strasbourgeois qui ont retenu, dans le cas d'espèce, l'insuffisance des art. 28 et 43 LPGA ainsi que 96 LAA, au regard des exigences posées par l'art. 8 al. 2 CEDH. Selon cette disposition, toute atteinte à la vie privée du citoyen doit reposer sur une base légale accessible à la personne concernée, et ses conséquences doivent être prévisibles pour cette dernière. La prévisibilité suppose que la loi soit suffisamment claire s'agissant des circonstances et des conditions qui autorisent l'Etat à s'immiscer dans la vie privée d'un administré. En raison du potentiel d'abus inhérent à toute observation cachée, une telle mesure doit reposer sur une base légale d'autant plus précise que les technologies à disposition sont avancées. La loi doit offrir une protection contre une atteinte arbitraire (c. 3).

Etudiant ensuite l'art. 59 al. 5 LAI au travers de la même grille d'analyse et à la lumière des circonstances du cas concret, le Tribunal fédéral parvient à la conclusion que cette disposition n'offrait pas non plus une base légale réglant de manière exhaustive, claire et précise, la surveillance de l'assurée. Il en conclut que l'observation par un détective, en l'espèce, était illicite (c. 4).

Le Tribunal fédéral se pose ensuite la question de savoir si, malgré le caractère illicite de la preuve, les résultats de l'observation peuvent être utilisés par l'office AI dans le cadre de l'instruction du dossier de l'assurée. Rappelant qu'il n'existe pas, fondamentalement, en droit des assurances sociales, d'interdiction d'utiliser des preuves recueillies illicitement, il en déduit que cette question dépend finalement du résultat d'une pondération entre intérêts privés et intérêt public (c. 5.1.1).

Considérant que l'assurée n'a été observée que dans le domaine public, que la surveillance n'a duré que quatre jours (entre 5 et 9 heures par jour) durant un laps de temps de 14 jours, et que celle-ci a au surplus été mise en œuvre sur la base de soupçons sérieux quant à la légitimité des prestations versées, il n'est ici question ni d'une surveillance systématique, ni d'une surveillance permanente. Compte tenu de la faible importance de la violation de ses droits fondamentaux, l'intérêt public lourdement prépondérant (« *erheblich und gewichtig* ») à éviter les abus l'emporte. Le résultat de l'observation peut donc être pris en considération pour établir l'état de fait (c. 5.1.2), ce qui, en l'espèce, conduit à confirmer les décisions entreprises et la suppression du droit à la rente (c. 6).

III. Analyse

La réflexion du Tribunal fédéral appelle quelques commentaires, que nous formulerons en deux temps. Nous nous pencherons d'abord sur la question de l'exigence d'une base légale

suffisante pour les observations des personnes assurées par des détectives privés (A), avant d'ébaucher quelques réflexions sur la pondération des intérêts à laquelle le Tribunal fédéral a procédé en l'espèce (B).

A. L'exigence d'une base légale suffisante pour l'observation des personnes assurées

Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans l'arrêt commenté, le droit suisse des assurances sociales ne connaît pas, en l'état, de base légale suffisante pour permettre l'observation des personnes assurées par des détectives privés (1). Il est prévu de remédier à cette carence à l'occasion de la révision de la loi sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA) (2).

1. La situation actuelle

La protection de la sphère privée est garantie par l'art. 13 al. 1 Cst., qui prévoit que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications ». Elle fait également l'objet de l'art. 8 ch. 1 CEDH, qui dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Quelle que soit la norme de protection invoquée, l'ingérence de l'Etat dans l'exercice de ce droit suppose une base légale², cette notion s'entendant ici au sens large, seules les restrictions graves nécessitant une base légale au sens formel. La gravité d'une restriction doit être analysée de cas en cas.

L'arrêt *Vukota-Bojic*, qui concerne l'**assurance-accidents obligatoire**³, a rappelé l'interprétation faite par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'exigence de la condition de l'exigence d'une base légale, dans le contexte particulier de mesures secrètes de surveillance ordonnées par l'Etat (« *secret surveillance measures by State authorities* »⁴). Comme le Tribunal fédéral l'a rappelé dans l'arrêt commenté, les exigences sont les suivantes⁵ : la base légale doit être accessible à la personne concernée, et lui permettre de comprendre les conséquences pour lui de la mesure ordonnée par l'Etat⁶. Elle doit être suffisamment claire pour donner au citoyen des indications adéquates s'agissant des circonstances et des conditions qui autorisent l'Etat à mettre en œuvre une mesure de surveillance. La loi doit être particulièrement précise, d'autant plus que les moyens techniques disponibles sont de plus en plus sophistiqués. Elle doit finalement prévenir tout risque d'arbitraire, cette qualité étant jugée à l'aune de toutes les circonstances du cas d'espèce, en particulier la nature, le but et la durée de possibles mesures de surveillance, les raisons invoquées pour les mettre en œuvre, les autorités habilitées à les ordonner, à les conduire et à les surveiller, ainsi que les moyens

² Cf. art. 8 ch. 2 CEDH et 36 al. 1 Cst.

³ Dans la presse et dans certains comptes-rendus, il a souvent été affirmé, à tort, que l'arrêt *Vukota-Bojic* concernait les assureurs privés. Cette méprise découle de ce que l'assureur-accidents était ici une compagnie d'assurance privée autorisée à pratiquer l'assurance-accidents obligatoire, au sens des art. 68 ss LAA. A ce titre, elle intervenait dans le cas d'espèce en qualité d'assureur social.

⁴ Cf. arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse*, requête n° 61838/10, N 67.

⁵ Cf. arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse*, requête n° 61838/10, N 66 à 68.

⁶ La conséquence de la prévisibilité ne peut toutefois pas être comprise dans ce sens que l'administré doit pouvoir savoir quand les mesures seront exécutées pour pouvoir adapter son comportement en conséquence (cf. arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse*, requête n° 61838/10, N 67).

de droit prévus par le droit national.

En matière d'assurances-accidents, la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que la lecture conjointe des art. 43 et 28 LPGa ainsi que de l'art. 96 LAA ne permettait pas de conclure à l'existence d'une base légale répondant à ces exigences. Certes, ces bases légales sont accessibles aux personnes assurées, et il en résulte que lorsque l'une d'entre elles se soustrait à son obligation de renseigner, les assureurs sociaux sont habilités à prendre les mesures nécessaires pour se procurer autrement les informations désirées. En revanche, sous l'angle de la prévisibilité, la formulation de ces dispositions ne permet notamment pas de comprendre que des moyens techniques tels que des photographies ou des enregistrements vidéo sont susceptibles d'être utilisés⁷.

Les art. 28 ss CC et l'art. 179^{quater} CP, mis en avant par le Gouvernement helvétique comme garde-fous à tout abus de la part des autorités, sont jugés insuffisants par la Cour européenne des droits de l'Homme. Il est en particulier reproché à la législation helvétique de ne pas indiquer la procédure à suivre pour autoriser une surveillance dans le contexte particulier des assurances sociales. Elle ne contient en outre aucune indication quant à la durée maximale des mesures de surveillance, ou la possibilité de les contester en justice. La Cour en conclut que les assureurs sociaux disposent ici d'une large marge de manœuvre qui n'est pas compatible avec la Convention⁸. Il est finalement reproché à la législation helvétique de ne prévoir aucune procédure pour stocker les données récoltées, pour y accéder, pour les consulter, pour en faire usage, pour les communiquer ou pour les détruire.

Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral a repris cette analyse en matière d'**assurance-invalidité**, pour admettre que l'art. 59 al. 5 LAI ne constituait pas non plus de base légale suffisante, au sens de l'art. 8 ch. 2 CEDH, pour rendre licites des mesures de surveillances ordonnées à l'encontre d'un assuré.

Les **autres lois en matière d'assurances sociales** ne prévoient pas de disposition légale spécifique concernant la question de la surveillance des personnes assurées. Elles contiennent en revanche presque toutes⁹ une disposition relative au traitement des données, formulée dans des termes similaires à l'art. 96 LAA¹⁰. Le raisonnement conduit dans l'arrêt *Vukota-Bojic* serait ainsi le même, *mutatis mutandis*, dans une affaire concernant leur mise en œuvre.

2. La proposition de révision de la LPGa

Dans le cadre de la révision de la LPGa, qui a fait l'objet d'une procédure de consultation entre le 22 février et le 29 mai 2017, le Conseil fédéral a notamment¹¹ proposé d'introduire dans la loi générale une disposition encadrant les mesures de surveillances ordonnées par les

⁷ Cf. Arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse*, requête n° 61838/10, N 71.

⁸ Cf. Arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse*, requête n° 61838/10, N 73 et 74.

⁹ L'assurance-maladie connaît un système un peu différent, avec l'institution du médecin-conseil (cf. art. 57 LAMal).

¹⁰ Cf. art. 49a LAVS (également applicable aux prestations complémentaires par renvoi de l'art. 26 LPC, à l'assurance perte de gain en cas de service et de maternité par renvoi de l'art. 29 LAPG et aux allocations familiales par renvoi de l'art. 25 let. a LAFam) ; art. 96b LACI ; art. 85a LPP.

¹¹ Pour un aperçu des autres points sur lesquels porte cette révision, et pour une analyse, cf. DUPONT ANNE-SYLVIE, Assurances sociales : quelques actualités, in : Fuhrer (éd.), Annales SDRCA 2017, p. 143 ss, p. 145 ss. Cf. également la prise de position officielle de la Société suisse de droit de la responsabilité civile et des assurances, dans le même ouvrage, p. 248 ss.

assureurs sociaux.

Cette disposition est libellée dans les termes suivants¹² :

Art. 43a Observation

¹ L'assureur peut observer secrètement un assuré en effectuant des enregistrements visuels aux conditions suivantes :

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

² L'assuré ne peut être observé que dans les cas suivants :

- a. il se trouve dans un lieu librement accessible ;
- b. il se trouve dans un lieu qui est visible depuis un lieu librement accessible

³ Une observation peut avoir lieu sur 20 jours au maximum au cours d'une période de trois mois à compter du premier jour d'observation.

⁴ L'assureur peut confier l'observation à des spécialistes.

⁵ L'assureur informe la personne concernée du motif, de la nature et de la durée de l'observation, et cela avant de rendre la décision qui porte sur la prestation.

⁶ Si l'observation n'a pas permis de confirmer les indices visés à l'al. 1, let. a, l'assureur rend une décision concernant le motif, la nature et la durée de l'observation effectuée. Il détruit le matériel recueilli lors de l'observation après l'entrée en force de la décision.

⁷ Le Conseil fédéral règle :

- a. la procédure déterminant la compétence d'un assureur d'ordonner une observation;
- b. la procédure selon laquelle l'assuré peut consulter le matériel recueilli lors de l'observation;
- c. la conservation et la destruction du matériel recueilli.

Sur le principe, la proposition d'encadrer la surveillance des assurés doit être saluée. Dans un climat actuel empreint de méfiance à l'égard des assurés¹³, il faut légitimement s'attendre à ce que les assureurs sociaux ne renoncent pas à faire observer les demandeurs et les bénéficiaires de prestations à l'endroit desquels ils nourrissent des soupçons. Dans ces circonstances, un cadre législatif ne peut qu'être salubre.

Nous émettons néanmoins **quelques réserves** au sujet de différents éléments, dont les principales sont les suivantes :

- De l'aveu du Conseil fédéral, la disposition proposée s'inspire de l'art. 282 CPP, qui traite de la surveillance dans le cadre d'une enquête pénale¹⁴. De fait, la mise en œuvre d'une

¹² A noter que cette proposition s'inspire d'une modification de la LPGA qui avait été proposée à l'époque du premier projet de révision de la LAA (FF 2008 4965), proposition rejetée par le Parlement.

¹³ Le rapport explicatif de la révision de la LPGA contient plusieurs passages édifiant à cet égard, à commencer par la figuration de la lutte contre les abus au premier rang des objectifs du Conseil fédéral. La motivation de l'arrêt commenté en est également une démonstration.

¹⁴ Rapport explicatif, p. 10.

mesure de surveillance par un assureur social suppose que ce dernier « **dispose d'indices concrets** » (cf. al. 1 let. a) d'un abus ou d'une tentative d'abus, qui pourrait également être constitutif d'un état de fait pénal. Dans une telle situation, on doit s'interroger sur ce qui autorise l'assureur social à enquêter par lui-même, en mandatant au besoin des « spécialistes » ne bénéficiant d'aucune formation spécifique et n'étant soumis à aucun cadre légal ou déontologique, alors que l'ouverture d'une enquête pénale conférerait à la personne soupçonnée un certain nombre de droits, à commencer par celui d'accéder au dossier et celui d'être assisté.

- Au regard des critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'Homme et rappelés ci-dessus, la disposition proposée souffre d'un **manque de précision**. Par exemple, les notions de « lieu librement accessible » et de « lieu visible depuis un lieu librement accessible » (cf. al. 2) ne sont pas définies, pas plus qu'elles ne sont explicitées dans le rapport explicatif. Ainsi, le couloir d'un immeuble dont la porte d'entrée principale ne serait momentanément pas verrouillée peut être un lieu librement accessible, et une chambre à coucher visible depuis la terrasse d'un établissement public située en hauteur pourrait être un lieu visible depuis un lieu librement accessible. La Cour européenne des droits de l'Homme exige, nous l'avons vu ci-dessus, une base légale d'autant plus précise que les technologies d'observation évoluent. Compte tenu de l'essor des drones et des progrès fulgurants de leur technologie, la notion d'un « lieu visible depuis un lieu librement accessible » risque d'être très rapidement dépassée, ou à tout le moins d'avoir très rapidement besoin d'être recadrée. Il est dommage que le législateur n'y ait pas pensé.

Dans le même ordre d'idée, on ne sait pas ce qu'il faut entendre par la notion de « spécialistes » (cf. al. 4). Rappelons en effet que la profession de détective privé n'est encadrée par aucune réglementation et ne fait en particulier l'objet d'aucun diplôme. Ainsi, toute personne intéressée peut se prétendre un « spécialiste », ce qui nous semble insuffisamment précis au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme. A notre sens, la loi devrait à tout le moins rappeler que ces personnes, en tant qu'elles participent à la mise en œuvre des assurances sociales, sont soumises au secret professionnel, ne serait-ce que par renvoi à l'art. 33 LPGA.

- L'al. 5 de la disposition proposée prévoit que l'assureur social « informe la personne concernée du motif, de la nature et de la durée de l'observation, et cela avant de rendre la décision qui porte sur la prestation ». Nous sommes d'avis que ce point n'est pas réglé de manière suffisamment précise, dans la mesure où **il n'est pas précisé que cette information doit avoir lieu par écrit**. Le rapport explicatif évoque la possibilité de transmettre cette information dans le cadre d'un entretien de conseil. Ce mode de faire est inopportun, car il permet à l'assureur social d'exercer une pression directe sur l'assuré, par exemple en exigeant la signature d'un procès-verbal qui équivaldrait à des aveux. En matière pénale, les avocats connaissent bien les difficultés entraînées par des aveux « encouragés ». Il n'est pas judicieux de les transposer à la procédure administrative en matière d'assurances sociales.
- Le rapport explicatif indique, au sujet de l'al. 5, que si la surveillance confirme les soupçons de l'assureur ou révèle d'autres faits répréhensibles, **le rapport soit intégré au**

dossier de la personne assurée. Cela est problématique car les dossiers des assureurs sociaux, en particulier les dossiers AI, sont très facilement transmis à des tiers, dans le cadre de l'assistance administrative d'abord, mais aussi en raison des possibilités aménagées dans les différentes lois pour que des tiers puissent accéder au dossier. Par exemple, dans le cadre d'une procédure de divorce, il est possible pour le conjoint de la personne assurée de faire requérir par le tribunal la production du dossier. Il est ainsi possible qu'il ait accès au rapport de surveillance, ce qui n'est à notre sens pas compatible avec l'application des règles sur la protection des données¹⁵.

- Finalement, nous sommes d'avis qu'il n'est pas judicieux de déléguer au Conseil fédéral la tâche de régler, par voie d'ordonnance, non seulement les questions relatives à la procédure, mais aussi la conservation et la destruction du matériel recueilli. A notre sens, sur ce dernier point en tout cas, l'absence de base légale au sens formel pourrait entraîner des difficultés lorsque l'atteinte à la vie privée de la personne assurée sera qualifiée de grave.

B. L'intérêt public à éviter les abus

La deuxième partie de l'arrêt (c. 5) nous oblige à nous demander, au fond, si l'adoption d'une base légale encadrant la surveillance par les détectives privés est réellement nécessaire. En effet, le Tribunal fédéral faisant peu cas de l'illicéité constatée, on pourrait au fond s'épargner le débat.

Le Tribunal fédéral tient le raisonnement suivant (c. 5.1.1) : il n'existe pas de règle spécifique, en droit des assurances sociales, concernant l'appréciation des preuves recueillies illicitement, de sorte qu'il convient, comme en procédure pénale ou en procédure civile¹⁶ (cf. art. 152 al. 2 CPC), de procéder à une pondération entre les intérêts privés et publics. Le Tribunal fédéral semble dire qu'il pourrait ne plus en aller ainsi après l'adoption d'une base légale *ad hoc* (soit l'art. 43 P-LPGA commenté ci-dessus). C'est naturellement erroné : **l'art. 43 P-LPGA ne prévoit, en l'état, aucune règle permettant de dire ce qu'il convient de faire de rapports de surveillance établis en violation de cette disposition**, de sorte que la pondération des intérêts à laquelle les juges lucernois procèdent en l'espèce conservera son premier rôle en la matière.

Dans le cas d'espèce, la pondération des intérêts prend à peine dix lignes. En bref, l'assurée n'a pas été observée longtemps, ni systématiquement, l'ingérence dans sa vie privée est donc plutôt modeste (« *relativ bescheiden* »). Quant à l'intérêt public à éviter les abus, il est considérable (« *erheblich* ») et prépondérant (« *gewichtig* »).

Deux remarques à ce sujet :

- Il est intéressant de constater que l'intérêt de la personne assurée à la protection de sa sphère privée fait l'objet d'un examen *in concreto* : le Tribunal fédéral souligne la faible durée de la surveillance et son absence de permanence pour qualifier l'ingérence de

¹⁵ Sur la question de la protection des données, cf. DUPONT ANNE-SYLVE, La protection des données confiées aux assureurs, in : Dunand/Mahon (éds), La protection des données dans les relations de travail, Zurich 2017, p. 195 ss.

¹⁶ Sur la pertinence de la référence aux règles pénales et civiles, cf. GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse. Bemerkungen zum Leitentscheid 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen), in: Jusletter 14 août 2017, p. 7 s.

plutôt modeste. De son côté, **l'intérêt public bénéficie d'une valeur absolue** : il est considérable et prépondérant, sans aucun égard pour les circonstances du cas d'espèce. Le Tribunal fédéral n'examine pas les montants en jeu, ni la durée du versement des prestations. En l'espèce, s'agissant d'une demi-rente versée à tort pendant plusieurs années, on doit vraisemblablement admettre la prévalence de l'intérêt public. Mais le raisonnement doit-il nécessairement être le même s'il s'agit, par exemple, d'un moyen auxiliaire, ou d'une rente versée pendant une période limitée dans le temps ? La variété des situations individuelles commande plutôt une appréciation concrète de l'intérêt public, sans quoi le résultat de la pondération est pour ainsi dire connu d'avance.

- Il est intéressant aussi de voir que **l'existence d'un intérêt public à éviter les abus est affirmée**, sans autre explication. Dans l'arrêt commenté, le Tribunal fédéral envoie, à ce sujet à une jurisprudence précédente, dans laquelle on apprend simplement que l'intérêt à lutter efficacement contre les abus, qui justifie dans le domaine de l'assurance privée l'atteinte aux droits de la personnalité (art. 28 CC), est transposable aux assurances sociales¹⁷. De fait, cet intérêt n'a absolument jamais été circonscrit, pas plus qu'il n'a été expliqué en quoi il est, nécessairement, considérable et prépondérant. Pourtant, la lutte contre les abus n'a pas que des vertus : elle coûte cher, et lorsque des surveillances sont mises en œuvre, elles ne confirment des abus que dans un tiers des cas, si l'on se fie aux chiffres avancés par les assureurs sociaux. Le coût social des deux autres tiers n'a jamais fait l'objet d'une évaluation, de sorte que l'on ignore le poids économique sur la collectivité des personnes qui, le temps que les soupçons à leur endroit soient éclaircis, ont émarginé à l'aide sociale et multiplié les examens médicaux, soit en raison du stress engendré par les mesures, soit pour établir leurs droits, le plus souvent avec l'appui d'un avocat rémunéré par l'assistance judiciaire ou par une assurance de protection juridique.

Au final, il est à craindre que l'absence de concrétisation normative de l'intérêt public à lutter contre les abus en matière d'assurances sociales érige, sans justification, un reproche moral en principe juridique absolu, réduisant la pondération entre intérêts privés et intérêts publics à un jeu de dupe, et permettant finalement de contourner l'exigence d'une base légale telle qu'exigée par l'art. 8 ch. 2 CEDH.

Un dernier espoir : le Tribunal fédéral rappelle tout de même que lorsque la preuve n'aurait pas pu être recueillie de manière licite, elle ne peut en aucun cas être prise en considération...¹⁸

C. Remarques finales

A la suite de l'arrêt commenté, l'Office fédéral des assurances sociales a émis, le 2 août 2017, une lettre circulaire n° 366 qui confirme que jusqu'à l'adoption, par le législateur, d'une base légale suffisamment claire et détaillée, l'AI ne peut plus procéder à de nouvelles observations. Les mesures de surveillance en cours ont été suspendues.

De manière à notre avis plus modérée que l'arrêt commenté, l'OFAS fixe les trois conditions

¹⁷ TF, arrêt 8C_239/2008 du 17 décembre 2009, c. 6.4.1, 2^{ème} par.

¹⁸ Cf. c. 5.1.3. Sur cette question, cf. GÄCHTER THOMAS/MEIER MICHAEL E., Rechtswidrige Observationen in der IV – Verwertbarkeit der Observationserkenntnisse. Bemerkungen zum Leitentscheid 9C_806/2016 vom 14. Juli 2017 (zur Publikation vorgesehen), in: Jusletter 14 août 2017, p. 6.

qui doivent être remplies pour que les mesures de surveillance ordonnées illicitement puissent néanmoins être utilisées, à savoir :

- L'assuré n'a été observé que dans des lieux publics, sans avoir subi d'influence ;
- L'observation a été engagée sur la base de soupçons étayés ;
- L'assuré n'a subi qu'une atteinte relativement modérée à son droit fondamental, faute d'avoir été surveillé de manière systématique ou constante.

Ces trois conditions mériteraient d'être **ancrées dans la loi**, par exemple dans un septième alinéa de l'art. 43a P-LPGA, pour tenter de **limiter l'effet automatiquement prépondérant de l'intérêt public à la lutte contre les abus**, que nous avons mis en lumière ci-dessus.