UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Chapitre de livre 2017 Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

La protection des données confiées aux assureurs

Dupont, Anne-Sylvie

How to cite

DUPONT, Anne-Sylvie. La protection des données confiées aux assureurs. In: La protection des données dans les relations de travail. Genève ; Zurich ; Bâle : Schulthess, 2017. p. 195–228.

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:94699

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

ANNE-SYLVIE DUPONT*

La protection des données confiées aux assureurs

Sommaire

		Page
I.	Introduction	196
II.	Les données collectées par l'assureur dans le cadre d'une demande de prestations	197
	A. La collecte des données	198
	1. Le cadre légal imposé à l'assureur privé	198
	2. Le cadre légal imposé à l'assureur social	200
	a) Les particularités de l'assurance-invalidité	201
	b) L'assurance obligatoire des soins	202
	3. La collecte des données à l'insu de l'assuré	204
	a) La surveillance ordonnée par l'assureur	204
	b) Autres situations	207
	4. L'expertise médicale	208
	5. Synthèse	210
	B. La gestion des données collectées	211
	1. La gestion des données par les assureurs privés	211
	2. La gestion des données par les assureurs sociaux	213
	a) L'obligation de garder le secret	213
	b) La communication des données	213
	3. Synthèse	217
III.	Et l'employeur ?	218
	A. Au moment de la conclusion des rapports de travail	219
	B. Dans le cadre d'une demande de prestations	221
	1. La collaboration à l'instruction du dossier	221
	2. L'accès au dossier	223
	3. La transmission spontanée d'informations à l'employeur	225
IV.	Conclusion	226
Bibliographie		227

* Je remercie Mme Audrey Voutat, MLaw, avocate, assistante-doctorante à la Faculté de droit de Neuchâtel, qui a effectué les recherches nécessaires à la rédaction de cette contribution, et en a corrigé le manuscrit.

I. Introduction

Parmi tous les secteurs d'activité de l'administration publique et de l'économie libre, *la gestion des assurances, sociales et privées, est sans doute l'un de ceux qui génèrent le volume de données le plus important*. Ces données présentent le plus souvent un caractère très sensible, notamment parce qu'elles ont trait à l'état de santé des personnes assurées. Il en ira ainsi pour pratiquement toutes les assurances sociales, et pour les assurances privées dites de personnes, soit les assurances qui offrent une couverture lorsque le risque assuré se réalise sur la personne assurée[1].

La collecte et la gestion de données par les assureurs, en particulier leur transmission, font l'objet d'un *cadre légal* composé non seulement de la loi fédérale sur la protection des données[2], mais aussi par des dispositions contenues dans le corpus des textes régissant les assurances sociales. L'objet de cette contribution est dans un premier temps de mesurer l'efficacité de ce cadre (II).

Il est ensuite intéressant de préciser, dans ce contexte, la *posture de l'employeur* qui, parfois, se trouve « pris en sandwich » entre son employé et les assurances sociales, respectivement un assureur privé, soit du fait des données qu'il détient et dont il se demande s'il doit ou non les transmettre, soit, à l'inverse, parce qu'il s'interroge sur ses possibilités d'accéder aux données traitées par les assureurs (III).

Nous avons choisi de limiter notre contribution aux *données traitées par les assureurs à la suite d'une demande de prestations*. Nous n'aborderons donc pas, au-delà d'éventuelles allusions, la question des données collectées à l'occasion de la conclusion d'une police d'assurance, ou d'aménagements particuliers des conditions d'assurance pour l'assuré qui accepte de communiquer à l'assureur des données sur ses habitudes de vie[3].

---

1 Cf. FUHRER, N 2.70. Il s'agit par exemple des assurances-vie ou des assurances complémentaires pour les soins de santé.

2 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1.

3 Nous faisons notamment allusion aux rabais de prime consentis aux assurés qui acceptent de communiquer à l'assureur, via des moyens électroniques, l'ampleur de leurs déplacements ou d'autres comportements quotidiens.

II. Les données collectées par l'assureur dans le cadre d'une demande de prestations

Saisi d'une demande de prestations, l'assureur, tant social que privé, doit, afin de se déterminer en connaissance de cause, réunir un certain nombre de données personnelles[4] au sujet de l'assuré. En raison de la nature des risques assurés, qui supposent le plus souvent une atteinte à la santé pour ouvrir le droit aux prestations[5], *les données récoltées sont, dans leur très grande majorité, des données sensibles*[6].

Si l'on se réfère aux règles générales auxquelles obéit la protection de données sensibles de nature médicale, *la situation paraît juridiquement très claire* : « les données ne doivent être transmises à personne, à moins que [l'assuré] ne consente à la communication, qu'une disposition légale n'autorise le transfert de données, voire, exceptionnellement, qu'un autre fait justificatif ne légitime la transmission des informations »[7]. Ainsi, on pourrait penser à première vue qu'il est difficile pour l'assureur d'entrer en possession des données relatives à ses assurés.

Du moment que les données personnelles sont transmises dans le cadre d'une demande de prestations formulée auprès d'un assureur social ou d'un assureur privé, *la relation entre la règle énoncée et ses exceptions se trouve modifiée à cause du rapport de force* existant entre un assuré qui, le plus souvent, a besoin des prestations d'assurance pour survivre, et un assureur qui tient les cordons de la bourse et qui, sans discuter ici de la légitimité de la démarche, s'estime en droit de prendre le temps nécessaire et de se procurer tous les renseignements utiles pour ne les desserrer qu'à bon escient (A).

Une fois les données collectées en revanche, l'assureur, qu'il soit social ou privé, est tenu, dans son rôle de gestionnaire de données, par un cadre légal strict, censé empêcher que les informations recueillies sur l'assuré ne sortent de son giron (B).

---

4 Au sens de l'art. 3 let. a LPD : « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable ».

5 C'est évidemment le cas dans l'hypothèse du recours à des soins de santé en cas de maladie (art. 3 LPGA) ou d'accident (art. 4 LPGA), mais aussi en cas d'incapacité de travail (art. 6 LPGA) ou d'invalidité (art. 7 et 8 LPGA). Les conditions générales régissant les polices d'assurances privées couvrant ces risques en reprennent très souvent la définition « sociale ».

6 Cf. art. 3 let. c ch. 2 LPD.

7 Cf. GUILLOD, pp. 136 s.

A. La collecte des données

Au stade de la constitution du dossier par l'assureur à la suite d'une demande de prestations, respectivement d'une annonce de sinistre, le cadre légal qui s'impose à lui dépend selon qu'il s'agit d'assurance privée (1) ou d'assurance sociale (2). Dans les deux cas, les contours de la protection des données de l'assuré sont déplacés lorsqu'elles sont collectées à l'insu de ce dernier (3) ou lorsque l'assuré doit se soumettre à une expertise (4). Se pose en conséquence la question de l'effectivité de la protection légale (5).

1. Le cadre légal imposé à l'assureur privé

Les relations entre l'assureur privé et l'assuré, respectivement le preneur d'assurance ou le bénéficiaire des prestations, relèvent du droit civil. Elles sont formalisées par un *contrat* au sens des art. 1 ss CO[8], soumis au cadre minimal de la loi fédérale sur le contrat d'assurance[9].

L'art. 39 al. 1 LCA consacre l'*obligation de collaborer de l'assuré* en exigeant de lui qu'en cas de sinistre, il fournisse à l'assureur, sur demande, « tout renseignement sur les faits à sa connaissance qui peuvent servir à déterminer les circonstances dans lesquelles le sinistre s'est produit ou à fixer les conséquences du sinistre ». Il peut être convenu, par le biais des conditions générales d'assurance, que l'assuré doive remettre les informations requises dans un certain délai, sous peine d'être déchu de son droit aux prestations. Dans ce cas-là, l'assureur doit au préalable adresser à l'assuré une mise en demeure, lui rappelant les conséquences d'un manquement. Le délai ne court que du moment où cette mise en demeure a été faite[10].

En théorie, l'assuré doit s'acquitter de son obligation en transmettant lui-même les pièces utiles, notamment des rapports médicaux. *En pratique, l'assureur demande en règle générale à l'assuré de délier les médecins du secret médical* à son égard, afin qu'il puisse se renseigner directement auprès d'eux.

Sur le fond, cette pratique présente l'avantage de permettre à l'assureur de s'adresser directement aux médecins pour obtenir les renseignements pertinents pour le traitement du litige en cours. Elle présente en revanche l'inconvénient majeur de *donner pour ainsi dire carte blanche à l'assureur qui, bien souvent, libelle les procurations qu'il fait signer aux assurés en des termes très généraux*. Sont ainsi non seulement déliés du secret médical les

---

8 Le contrat d'assurance prend la forme d'une police qui récapitule les prestations promises par l'assureur et les primes consenties en échange par l'assuré, et de conditions générales d'assurance (CGA), dont les dénominations peuvent être diverses.

9 Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA), RS 221.229.1.

10 Art. 39 al. 2 ch. 2 LCA.

médecins, hôpitaux et autres professionnels de la santé qui connaissent le cas de l'assuré, mais sont aussi déliés du secret professionnel les autres assureurs privés, les assureurs sociaux, les services sociaux, l'employeur, etc.

La procuration s'inscrit dans le cadre des art. 4 et 13 LPD. Selon ces dispositions, tout traitement de données doit être licite[11], ce qui suppose qu'il soit justifié par le consentement de la personne concernée[12], par un intérêt privé ou public prépondérant, ou par la loi.

Dans le système de la loi sur la protection des données, le consentement de la personne concernée n'équivaut pas à un blanc-seing en faveur du collecteur de données. Ses démarches doivent respecter le principe de la bonne foi et de la proportionnalité, conformément à l'art. 4 al. 2 LPD et, en conséquence, se limiter au sinistre en cause et aux données pertinentes pour que l'assureur puisse se déterminer sur le droit aux prestations de l'assuré, respectivement du bénéficiaire[13]. Ces principes s'opposent selon nous à ce que l'assuré signe une clause de procuration au moment de la conclusion du contrat, par exemple dans le cadre d'un questionnaire de santé, dont l'assureur se prévaudrait ensuite dans le cadre de sinistres concrets[14].

En pratique, l'assureur a les coudées relativement franches, puisqu'il peut – ce qu'il fait – *refuser de verser les prestations tant que l'assuré n'a pas signé la procuration, ou qu'il l'a signée, mais en en biffant certains termes*[15]. Ainsi, si l'assuré, respectivement le bénéficiaire, n'a pas suffisamment de réserves financières pour faire respecter ses droits, il est très facile pour l'assureur d'accéder à toutes les informations qu'il souhaite avoir, même sans rapport direct avec le cas à traiter.

Le rapport de force entre assureur et assuré, respectivement bénéficiaire, est tel que l'on peut à notre avis *douter de la liberté du consentement donné par voie de procuration au traitement des données médicales*. Selon l'art. 4 al. 5 LPD, « lorsque son consentement est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée ». Nous sommes d'avis que le consentement n'est en tout cas pas donné librement lorsque l'assureur conditionne le versement de prestations financières

11 Art. 4 al. 1 LPD.

12 De manière intéressante, la loi parle de « victime ».

13 GUILLOD, p. 137.

14 D'un avis contraire, ZITTEL, N 12.17.

15 Cette pratique est rapportée par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence dans son rapport d'activités n° 22 (2014-2015).

destinées à compenser la perte de revenus consécutive à la réalisation du risque assuré[16] à la signature de la procuration[17].

Ce reproche peut cependant être contourné assez aisément par l'assureur à qui l'on reprocherait le traitement illicite de données. Il pourrait se prévaloir de l'art. 13 al. 2 LPD pour *mettre en avant son intérêt prépondérant, dès lors qu'il s'agit de traiter des données en relation directe avec l'exécution d'un contrat*[18], sans pour autant que cela ne conduise automatiquement à considérer cet intérêt comme prévalant dans le cas d'espèce. L'art. 13 al. 2 let. a LPD limite l'exemple du caractère prépondérant de l'intérêt privé dans le cadre contractuel aux cas dans lesquels « les données traitées concernent le cocontractant ». Cette disposition ne peut dès lors à notre sens pas être invoquée dans l'hypothèse d'une assurance pour autrui, par exemple dans le cadre d'une police d'assurance collective conclue avec l'employeur en faveur de ses employés, pour justifier le traitement des données des tiers bénéficiaires des prestations.

Dans les faits, il semble donc bien que l'assuré, malgré le cadre protecteur de la LPD, soit en réalité le plus souvent contraint de libérer l'accès à ses données, les garde-fous étant faciles à enjamber.

2. Le cadre légal imposé à l'assureur social

La loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales[19] encadre l'instruction par l'assureur social de la demande de prestations formulée par l'assuré, respectivement par ses ayants droit. Elle est avant tout caractérisée par l'*obligation faite à l'assuré de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes assurances sociales*[20]. Celui qui fait valoir son droit à des prestations doit en particulier fournir gratuitement tous les renseignements nécessaires pour établir ce droit et fixer les prestations dues[21].

Dans ce contexte, *l'assuré a l'obligation d'autoriser toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les médecins, les assurances et les organes officiels, à fournir*

---

16 Il peut s'agir d'indemnités journalières dans le cadre d'une police collective ou individuelle d'indemnités journalières en cas de maladie, mais aussi, par exemple, de rentes versées en cas d'invalidité dans le cadre d'une assurance-vie.

17 Cf. BAERISWYL, N 65 *ad* art. 4 LPD.

18 Cf. ZITTEL, N 12.84.

19 Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1.

20 Art. 28 al. 1 LPGA. La LPGA ne s'applique pas à la prévoyance professionnelle. Dans cette branche d'assurance, l'obligation de collaborer est limitée à l'employeur (cf. art. 11 LPP) et à l'organe de révision (cf. art. 52c LPP). Le règlement de prévoyance peut cependant imposer une telle obligation à l'assuré.

21 Art. 28 al. 2 LPGA.

des renseignements, pour autant qu'ils soient nécessaires pour établir le droit aux prestations[22].

L'assuré qui ne satisfait pas à son obligation de collaborer se voit *sanctionner par un refus de l'assureur* d'entrer en matière sur sa demande de prestations, éventuellement par une décision prise « en l'état du dossier », soit en faisant abstraction d'éléments potentiellement utiles, voire importants, pour se prononcer sur ses droits. Cependant, cette sanction ne peut en principe intervenir que si l'assureur a au préalable adressé à l'assuré une *mise en demeure écrite, lui impartissant un délai pour se conformer à ses obligations et l'avertissant des conséquences juridiques de son défaut de collaboration*[23]. À noter que dans le cadre de son obligation de collaborer, l'assuré peut être contraint de se soumettre aux examens médicaux ou techniques nécessaires et raisonnablement exigibles[24].

Les personnes, instances ou organisations sollicitées par les assureurs sociaux sur la base d'une procuration ou en vertu de la loi *ont l'obligation de livrer les renseignements requis*[25]. Il faut toutefois relever que l'assureur social ne dispose pas de pouvoirs coercitifs à leur encontre. S'ils ne satisfont pas à leur obligation, c'est la personne assurée qui en subira les conséquences, par le biais d'un refus ou d'une réduction des prestations.

a) Les particularités de l'assurance-invalidité

Dans le domaine de l'assurance-invalidité, l'accès par l'assureur aux données de l'assuré est d'autant plus facile que *le dépôt d'une demande de prestations emporte automatiquement libération du secret médical et professionnel* à l'égard de toutes les personnes et instances mentionnées dans le formulaire de demande[26]. Toutes les autres personnes, notamment les employeurs, susceptibles de détenir des informations au sujet de l'assuré et qui ne sont pas formellement mentionnées dans le formulaire de demande sont, de par la loi, libérées du secret médical, respectivement du secret professionnel, à l'égard des organes de l'assurance-invalidité[27].

Contrairement à ce qui prévaut pour les autres branches d'assurances sociales, l'office AI qui instruit la demande n'a pas à adresser de mise en demeure, ni à impartir un délai à l'assuré pour fournir les renseignements demandés. Ainsi, *si ce dernier ne réagit pas « sur*

22 Art. 28 al. 3 LPGA.
23 Art. 43 al. 3 LPGA.
24 Art. 43 al. 2 LPGA.
25 Art. 28 al. 3 *in fine* LPGA.
26 Art. 6a al. 1 de la loi fédérale du 19 juin 1959 sur l'assurance-invalidité (LAI, RS 831.20). Cf. également DUPONT, p. 101.
27 Art. 6a al. 2 LAI.

simple réquisition » de l'office, ce dernier peut clore le dossier et refuser les prestations demandées[28].

b) L'assurance obligatoire des soins

La loi fédérale sur l'assurance-maladie[29] contient des *dispositions très précises* sur les informations que les caisses-maladie sont autorisées à se procurer dans le cadre de l'assurance obligatoire des soins[30]. La particularité réside ici également dans le fait que l'assureur peut, de par la loi et donc sans consentement particulier de l'assuré, s'adresser à un tiers directement, en l'occurrence le fournisseur de prestations, pour obtenir les renseignements dont il a besoin.

L'art. 42 al. 3 LAMal impose en effet au fournisseur de prestations[31] de remettre à l'assureur une *facture détaillée et compréhensible*, de même que *toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation*[32]. Figurent notamment parmi ces informations les dates du traitement, les prestations fournies et les diagnostics[33]. Ces informations doivent être données au débiteur de la rémunération, soit à l'assuré lui-même dans un système de tiers garant[34] et à l'assureur directement dans un système de tiers payant[35]. En pratique, l'assureur aura dans tous les cas accès à cette facture détaillée, à moins pour l'assuré de renoncer à être remboursé pour les frais qu'il a assumés.

L'assureur-maladie peut exiger des *renseignements supplémentaires d'ordre médical* afin de se déterminer sur son obligation de prester[36]. Cette demande peut aussi intervenir en amont du traitement ou des soins, lorsque l'assureur est sollicité pour une garantie de prise en charge[37]. Dans ce cas, les informations sont en principe transmises pas le médecin

---

28 Art. 7b al. 2 let. d LAI.

29 Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10.

30 La réglementation de la LAMal l'emporte sur celle de la LPD (ATF 133 V 359 c. 6.4).

31 Cf. art. 35 à 40 LAMal.

32 Dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins, l'un des buts de la transmission des données est de permettre la maîtrise des coûts de la santé (cf. MANAÏ, p. 151).

33 Cf. art. 59 al. 1 de l'ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal, RS 832.102).

34 Cf. art. 42 al. 1 LAMal. Le système du tiers-garant est en principe appliqué aux soins dispensés de manière ambulatoire.

35 Cf. art. 42 al. 2 LAMal. Le système du tiers-payant est en principe appliqué pour les traitements stationnaires.

36 Cf. art. 42 al. 4 LAMal. L'assuré doit alors en être informé, et l'assureur doit le rendre attentif à son droit de ne communiquer ces informations d'au médecin-conseil (art. 59a al. 5 OAMal).

37 Par exemple dans le cadre de l'évaluation des soins requis (art. 8 de l'ordonnance du 29 septembre 1995 sur les prestations de l'assurance des soins [OPAS, RS 832.112.31]), de l'approbation d'un traitement à l'étranger dans le cadre d'un projet pilote (art. 36a OAMal) ou encore de l'autorisation

traitant de l'assuré au médecin-conseil de l'assureur-maladie. Il en ira dans tous les cas ainsi lorsque l'assuré en fait la demande[38].

Tenant compte de la facilité avec laquelle l'assureur-maladie peut ainsi accéder à quantité de données sensibles au sujet de ses assurés, la LAMal a en effet prévu un *filtre par le biais du médecin-conseil*[39].Celui-ci a pour tâche de trier les informations confiées par l'assuré, respectivement par son médecin traitant, et de retenir celles qui doivent être transmises à l'assureur-maladie pour que celui-ci puisse se déterminer à bon escient sur son obligation de prester. Conformément à l'art. 57 al. 4 LAMal, le médecin-conseil « donne son avis à l'assureur sur des questions médicales ainsi que sur des questions relatives à la rémunération et à l'application des tarifs. Il examine en particulier si les conditions de prise en charge d'une prestation sont remplies ». Il ne peut transmettre à l'assureur-maladie que « les indications dont [celui-ci a] besoin pour décider de la prise en charge d'une prestation, pour fixer la rémunération, pour calculer la compensation des risques ou pour motiver une décision », et doit respecter « les droits de la personnalité des assurés »[40].

De son côté, le fournisseur de prestations a l'obligation de transmettre au médecin-conseil toutes les informations utiles à la tâche de ce dernier[41]. Pour pallier une éventuelle carence, le médecin-conseil a la faculté d'examiner lui-même l'assuré[42].

Le médecin-conseil est censé s'acquitter de sa tâche en toute indépendance[43]. Le Tribunal fédéral considère en tout cas de manière systématique que l'institution du médecin-conseil permet de garantir la protection des droits de la personnalité de l'assuré[44]. *Cette position est critiquée*, notamment par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, qui a souligné « la difficulté de définir ce qu'on entend par "données médicales" », de même que l'ambiguïté de l'engagement de ne communiquer à l'assureur « que les données qui sont absolument nécessaires pour décider du caractère approprié d'une prestation fournie ». Cet engagement, en effet, laisse au médecin-conseil une liberté d'interprétation relativement large, alors qu'il est confronté, de par sa fonction aux intérêts

d'un médicament hors étiquette (art. 71a OAMal) ou ne figurant pas sur la liste des spécialités (art. 71b OAMal).

38 Cf. art. 42 al. 5 LAMal.

39 Cf. art. 57 LAMal.

40 Cf. art. 57 al. 7 LAMal.

41 Cf. OFSP, Circulaire n° 7.1, 2014 (assureurs-maladie : organisation et processus conformes à la protection des données), p. 8. La teneur de cette circulaire a été confirmée par le Tribunal fédéral (ATF 131 V 178, c. 2.4). Cf. également MONTAVON, p. 242.

42 Cf. art. 57 al. 6 LAMal.

43 Cf. art. 57 al. 5 LAMal.

44 Cf. MONTAVON, p. 244 et les références citées en N 24 et 25.

conflictuels des assureurs, des fournisseurs de prestations et des assurés[45]. Le Préposé a relevé que si l'indépendance du médecin-conseil doit d'abord être réalisée par des mesures organisationnelles, elles ne sont pas suffisantes pour protéger les droits des assurés dans tous les cas[46]. *Des contrôles réalisés tant par l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) que par le Préposé ont régulièrement révélé des lacunes au niveau de la protection des données*[47].

Même si le médecin-conseil n'offre pas, à cette heure, une garantie absolue de la protection des données des assurés[48], il faut malgré tout admettre que le filtre d'un organe qui se doit indépendant est un pas important dans cette direction, surtout lorsque cet organe est lui-même soumis au contrôle d'instances supérieures ou indépendantes.

3. La collecte des données à l'insu de l'assuré

a) La surveillance ordonnée par l'assureur

L'art. 43 LPGA confère une très grande latitude à l'assureur social qui instruit un dossier à la suite d'une demande de prestations. Selon cette disposition, il « prend d'office les mesures d'instruction nécessaires et recueille les renseignements dont il a besoin ». Peut notamment faire partie des mesures d'instruction nécessaires *le recours à la surveillance par un détective privé*[49].

Cette pratique, critiquée de longue date par la doctrine en raison notamment de l'insuffisance du cadre légal[50], a subi un revers important en octobre 2016. Dans une affaire concernant le droit aux prestations de l'assurance-accidents obligatoire, *la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la Suisse pour violation de l'art. 8*

---

45 Cf. Rapport d'activité du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, n° 16 (2008/2009), p. 62 s. Cf. également MONTAVON, p. 245.

46 Cf. Rapport d'activité du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, n° 16 (2008/2009), p. 63.

47 Cf. Rapport d'activité du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, n° 16 (2008/2009), p. 64 ss ; Rapport d'activité du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, n° 15 (2007/2008), pp. 63 ss et p. 66.

48 Cf. également MANAÏ, p. 156 s.

49 Sur cette question, en particulier sur la licéité de la preuve, cf. MOSER-SZELESS, pp. 135 ss. Un détective privé est également souvent engagé après l'octroi de prestations, lorsque l'assureur a des doutes sur le bien-fondé du maintien de ces dernières. En matière d'assurance-invalidité, l'art. 59 al. 5 LAI autorise expressément les offices AI à faire appel à des « spécialistes » pour lutter contre la perception indue de prestations, par quoi il faut notamment comprendre les détectives privés (cf. CHAPPUIS, p. 129 et la référence citée en note 75).

50 Cf. MOSER-SZELESS, pp. 140 ss.

CEDH[51], retenant que dans le cas d'espèce, la surveillance de l'assurée par un détective privé constituait une violation de la sphère privée de la recourante qui ne reposait pas sur une base légale suffisante.

La Cour a retenu que si la législation suisse permettait bel et bien aux assureurs sociaux de procéder aux enquêtes nécessaires lorsque l'assuré rechignait à livrer les informations demandées, *les bases légales existantes étaient insuffisamment précises* dans la mesure où elles n'indiquent pas les modalités de la surveillance autorisée (moment, durée), pas plus qu'elles ne prévoient des garanties contre les abus, « par exemple des procédures à suivre lorsque les compagnies stockent, consultent, examinent, utilisent, communiquent ou détruisent des informations ». Il en résulte « un risque d'accès et de divulgation non autorisés d'informations »[52]. Il est important de souligner que dans la présente affaire, la surveillance avait été effectuée sur le domaine public.

À la suite de cet arrêt, *les assureurs sociaux ont, officiellement à tout le moins, cessé de mettre en œuvre des mesures de surveillance par détectives privés*[53], dans l'attente de l'adoption d'une base légale encadrant cette pratique[54]. Cette base légale devrait être intégrée dans la LPGA à l'occasion de sa prochaine révision[55].

Il se pourrait que l'on se souvienne à cette occasion de la proposition formulée par le Conseil fédéral en 2008, à l'occasion d'une première tentative de révision de la loi sur l'assurance-accidents (LAA). Il s'agissait d'*introduire dans la LPGA un article 44a précisément consacré au sujet de la surveillance*. Cette disposition avait la teneur suivante[56] :

> **Art. 44a Surveillance**
>
> [1] La personne qui requiert ou qui bénéficie d'une prestation d'assurance peut faire l'objet d'une observation à son insu si :

---

51 Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101.

52 Cf. arrêt CourEDH *Vukota-Bojic c. la Suisse* du 18 octobre 2016, requête n° 61838/10. Les traductions entre guillemets sont reprises du communiqué publié le 18 octobre 2016 par la plateforme d'information humanrights.ch.

53 Cf. communiqué de presse de la Suva du 20 octobre 2016, disponible sur son site Internet (http://www.suva.ch), sous la rubrique « La Suva », puis « Médias ».

54 La Suva est intervenue auprès du Parlement pour que cette base légale soit créée rapidement (cf. dépêche de l'ats publiée notamment dans la Tribune de Genève du 22 novembre 2016).

55 L'ouverture de la consultation est annoncée pour le mois de février 2017 (cf. http://www.admin.ch, mis à jour sur le sujet le 5 décembre 2016).

56 Cf. Message du Conseil fédéral relatif à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-accidents (Assurance-accidents et prévention des accidents ; organisation et activités accessoires de la CNA) du 30 mai 2008, FF 2008 4877 (4926).

a. l'assureur a des soupçons reposant sur des faits déterminés que cette personne a obtenu ou tente d'obtenir illégalement des prestations; et si

b. les mesures prises jusqu'alors dans le cadre de l'instruction n'ont pas abouti ou les recherches n'auraient aucune chance d'aboutir ou seraient excessivement difficiles.

[2] L'ouverture de l'observation est inscrite au dossier avec indication des faits motivant les soupçons.

[3] L'observation ne peut être menée que sur le domaine public. Elle peut inclure l'usage de moyens d'enregistrement d'images.

[4] Les données récoltées sont mises au dossier. Elles sont détruites au plus tard après 10 jours si elles ne corroborent pas les soupçons.

[5] L'assureur peut charger de l'observation un tiers.

[6] Il informe la personne concernée de l'observation une fois celle-ci levée.

Cette disposition a disparu de la deuxième mouture de la révision de la LAA, qui est entrée en vigueur au 1er janvier 2017[57]. Dans la mesure où elle prévoit de manière assez claire les conditions auxquelles une surveillance peut être ordonnée, postule en particulier son caractère subsidiaire, et indique les modalités de sa réalisation et la durée de conservation des données, *il s'agit vraisemblablement d'une base légale suffisante au sens de l'art. 8 CEDH et de l'art. 36 al. 1 Cst*[58]. Sans doute serait-il préférable, pour s'en assurer, d'y ajouter l'énumération des moyens de surveillance admis[59].

L'arrêt *Vukota-Bojic c. la Suisse* a été rendu dans une affaire concernant un assureur social, qui permettait dès lors l'invocation de la violation de droits fondamentaux, en l'espèce le droit au respect de la vie privée[60]. *Lorsque la surveillance est ordonnée par un assureur privé*, dans un cadre contractuel, sa licéité doit être examinée dans le cadre des art. 28 ss du Code civil[61], qui protègent l'individu contre les atteintes illicites à sa personnalité. Cela suppose, en premier lieu, que l'on soit en présence d'une atteinte à la personnalité de l'assuré, ce qui sera notamment le cas lorsque celui-ci est photographié à son insu[62]. L'atteinte à la personnalité doit en outre être illicite. L'illicéité est admise par principe,

57 Cf. FF 2015 6525 ss.
58 Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) du 18 avril 1999, RS 101.
59 Cf. également MOSER-SZELESS, pp. 145 s.
60 Art. 8 CEDH. Cf. également art. 13 Cst.
61 Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210.
62 Cf. ATF 136 III 410 c. 2.2.2.

mais peut être levée si elle est justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi[63].

L'existence d'un intérêt privé prépondérant est assez largement admise par les tribunaux lorsqu'il s'agit pour l'assureur de vérifier que les prestations servies le sont à juste titre[64]. Des critères ont toutefois été posés pour encadrer cette pratique. Ainsi, le rapport entre l'intensité et la durée de la surveillance et le montant des prestations servies doit être proportionné. Il doit en outre exister des indices laissant penser que l'assuré tenterait de percevoir des prestations auxquelles il n'a pas droit en réalité. Finalement, la surveillance ne peut concerner que des faits se déroulant dans des lieux publics, accessibles à tous. Dans tous les cas, la surveillance doit conserver un caractère exceptionnel[65]. D'une manière générale, la licéité de la surveillance des assurés par des détectives est, dans le cadre de l'assurance privée, en principe facilement validée par les tribunaux.

b) Autres situations

Outre la surveillance par des détectives privés, il existe d'autres situations dans lesquelles la licéité des données récoltées fait débat, et, en conséquence, leur utilisation dans le cadre de l'instruction du dossier de l'assuré.

Ainsi, dans une affaire de 2011[66], le Tribunal fédéral devait, dans une cause en matière d'assurances sociales, se prononcer sur l'utilité de joindre au dossier AI, en application de l'art. 43 LPGA, les enregistrements d'une caméra de surveillance installée par un employeur pour surveiller ses employés suspectés de vol. Ces enregistrements avaient été écartés par les autorités pénales en raison de leur illicéité. Notre Haute Cour a estimé ne pas être liée, dans le cadre du volet assécurologique de l'affaire[67], par la décision du juge pénal. *Sous l'angle de la proportionnalité, elle a admis la licéité des enregistrements vidéo du fait de l'intérêt prépondérant de la collectivité des assurés à ne pas financer des prestations indues*[68].

---

63 Art. 28 al. 2 CC.

64 La justification n'est cependant pas automatique (cf. WERMELINGER, N 12 *ad* art. 13 LPD).

65 Cf. CHAPPUIS, p. 126 et les références citées en notes 60 à 64 ; ZITTEL, N 12.95 ss.

66 TF 9C_785/2010 du 10 juin 2011.

67 A la suite de l'enquête pénale, un des employés avaient développés d'importants troubles psychiques qui avaient conduit à une incapacité de travail et à la demande de prestations de l'assurance-invalidité.

68 La base légale justifiant l'enregistrement était, selon le Tribunal fédéral, l'art. 26 al. 2 de l'ordonnance 3 du 18 août 1993 relative à la loi sur le travail (OLT 3, RS 822.113).

4. L'expertise médicale

Dans le cadre de l'instruction du dossier par l'assureur social, celui-ci a la faculté de mettre en œuvre une *expertise externe*, c'est-à-dire réalisée par un médecin ou par un centre d'expertise qui, fonctionnellement, ne fait pas partie de l'organisation de l'assureur[69]. L'assureur privé fonctionne de la même manière[70]. En l'absence de disposition dans ses conditions générales qui obligerait l'assuré à s'y soumettre, l'assureur privé peut exiger qu'il le fasse en mettant en avant son intérêt privé prépondérant, dans le cadre de l'art. 28 al. 2 CC[71].

L'expert externe mandaté par l'assureur est un médecin. À ce titre, il est *soumis au secret médical*. Cependant, dans la mesure où il est ici mandaté par l'assureur, l'assuré est informé que « toutes les informations recueillies au cours de l'expertise seront communiquées au mandant »[72], et la signature d'une procuration dans ce sens lui est demandée.

De fait, l'expert externe ne joue en aucun cas le rôle de filtre que peut assumer le médecin-conseil dans le domaine de l'assurance-maladie. *Toutes les informations communiquées par l'assuré pendant la durée de l'expertise sont ainsi susceptibles d'être transmises à l'assureur*, sans égard pour leur utilité pour l'analyse médicale du cas ni, par répercussion, sur la situation assécurologique[73]. Le tri des données communiquées par l'assuré ne paraît pourtant pas une tâche insurmontable, en particulier lorsque l'assuré présente une atteinte physique objectivable. Par exemple, si l'expert est mandaté pour investiguer l'impact de troubles rhumatologiques ou orthopédiques simples sur la capacité de travail de l'assuré, il n'a à notre sens pas à rapporter, dans l'anamnèse, des pathologies totalement indépendantes et sans lien possible avec l'affection présente. Il en ira de même, en principe, d'une grande partie des données personnelles de l'assuré, comme sa confession, son appartenance politique, un éventuel grade militaire ou l'existence de dettes[74].

---

69 Cf. art. 44 LPGA.

70 Le cadre légal de l'art. 10a LPD doit alors être respecté. Lorsque l'expertise est mise en œuvre par un assureur responsabilité civile, voir le mode opératoire proposé par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (http://www.leprepose.ch, rubrique Documentation > Protection des données > Feuillets thématiques).

71 En pratique, il est rare que l'assureur ait à prendre l'initiative d'une procédure, le simple fait de couper les prestations ayant en général un effet positif suffisant sur la volonté de l'assuré.

72 Cf. Lignes directrices de qualité des expertises psychiatriques dans le domaine de l'Assurance-invalidité, établies par la Société suisse de psychiatrie et psychothérapie (SSPP) en février 2012 (annexe 1), p. 23.

73 Sur l'inutilité de la transmission de l'anamnèse dans le domaine de l'assurance obligatoire des soins en particulier, cf. MONTAVON, pp. 249 ss.

74 En revanche, des données propres à son physique, comme le sexe, l'âge et le poids paraissent a priori indispensables à n'importe quelle évaluation médicale.

Nous concédons qu'il est plus difficile, peut-être impossible, de sérier les données « utiles » des données « inutiles » *dans le cadre d'une expertise psychiatrique ou d'une expertise pluridisciplinaire incluant un volet psychiatrique*. En effet, dans le cadre de l'évaluation des limitations fonctionnelles induites par les troubles psychiques diagnostiqués, ou encore pour comprendre le fonctionnement de l'assuré, il est indispensable d'avoir une appréhension complète de la personnalité de l'expertisé.

Ainsi, selon les Lignes directrices émises par la Société suisse de psychiatrie et de psychothérapie, on procédera, pour les besoins de l'expertise, non seulement à une anamnèse systématique, psychiatrique et somatique, incluant notamment la consommation de psychotropes, la sexualité, mais on établira encore (par exemple) :

- l'anamnèse familiale/hérédité ;
- les événements particuliers à la naissance, le développement dans la petite enfance, les relations au sein de la famille, les comportements particuliers durant l'âge préscolaire et scolaire ;
- la carrière scolaire et professionnelle, les activités bénévoles, le service militaire ;
- les activités professionnelles et postes occupés, les dates et les circonstances de l'interruption de l'activité professionnelle, une expérience éventuelle de mesures de réadaptation professionnelle ou des essais de reprise du travail ;
- l'anamnèse sociale (par ex. logement, situation financière/endettement, vie de couple, enfants, droit de garde, mesures tutélaires, obligations d'entretien, le cas échéant aussi dans le pays d'origine, réseau relationnel et manière d'entrer en relation, gestion du handicap par l'entourage) ;
- le déroulement détaillé et représentatif d'une journée type, l'organisation des loisirs, hobbies, aides nécessaires pour le ménage et dans la vie quotidienne, moyens de transport utilisés, types de déplacement, voyages de vacances, etc.
- les événements de vie marquants, cas échéant les infractions commises antérieurement (par ex. à la loi sur la circulation routière).

Toutes ces informations seront transmises à l'assureur avec le rapport d'expertise, et non les conclusions qu'en tirent les médecins uniquement[75]. Nous insistons ici sur le fait que ces données sont transmises aux organes administratifs de l'assureur, sans le filtre préalable d'un service médical[76], filtre pourtant possible dès lors que les assureurs sociaux

[75] L'assurance obligatoire des soins fait office d'exception, vu le rôle de filtre joué par le médecin-conseil (cf. MONTAVON, p. 251).

[76] Dans l'assurance-invalidité, en pratique, l'expert envoie son rapport à l'office AI qui instruit le dossier, le gestionnaire du dossier le transmettant ensuite au Service médical régional pour avis. Le rapport d'expertise est ensuite archivé en format électronique, à la suite des autres documents rassemblés. Il

devant instruire des états de fait médicaux ont à disposition leurs propres services qui pourraient remplir cette fonction[77].

5. Synthèse

Contrairement à une opinion répandue dans le grand public, l'assureur, qu'il soit social ou privé, n'a pas totalement la bride sur le cou lorsqu'il s'agit collecter des données au sujet de l'assuré qui s'est adressé à lui pour obtenir des prestations. *Il existe un cadre légal* que les assureurs doivent respecter.

Force est toutefois de constater que le mors législatif n'a pas grand pouvoir pour retenir le cheval qui s'emballe : dans la pondération des intérêts[78], *l'intérêt de la collectivité des assurés sociaux* à ne pas financer des prestations indues, *respectivement l'intérêt de l'assureur privé* à ne pas verser des prestations auxquelles l'assuré n'a pas droit *l'emporte en effet systématiquement sur l'intérêt de l'assuré* à conserver par-devers lui certains pans de son existence.

En toute lucidité, nous devons admettre qu'un détective privé, respectivement l'expert médecin, n'a pas la possibilité de distinguer totalement les informations pertinentes pour l'instruction du droit aux prestations d'assurances des informations non pertinentes. Ainsi, un rapport d'expertise mentionnera généralement, dans l'anamnèse, la nationalité de l'assuré, ses origines, son statut matrimonial ou son orientation sexuelle, quand bien même ces informations n'ont en principe aucune influence sur le droit aux prestations. De même, un rapport de détective privé révélera pas exemple la marque de la voiture de l'assuré, l'adresse de membres de sa famille, l'existence d'une liaison extra-conjugale ou un intérêt pour un loisir ou un engagement dont l'assuré ne souhaite pas parler autour de lui, pour

en va de même dans l'assurance-accidents, où l'avis du médecin d'arrondissement sur le rapport d'expertise n'est requis que dans un deuxième temps, le rapport d'expertise étant par ailleurs joint au dossier de l'assuré.

77 L'assurance-invalidité dispose des services médicaux régionaux (SMR ; cf. art. 59 al. 2 et 2bis LAI), l'assurance-accident des médecins d'arrondissement pour la Suva (http://www.suva.ch/medecin-arrondissement) et de médecins-conseils pour les autres assureurs au sens des art. 68 ss LAA, l'assurance-chômage d'un médecin-conseil (cf. art. 15 al. 3 et 28 al. 5 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obligatoire et l'indemnité en cas d'insolvabilité [LACI, RS 837.0]). Les assureurs privés recourent également aux services de médecins-conseils. Le cadre de leur collaboration est purement contractuel, sans cadre légal ou institutionnel.

78 Cette pondération s'opère sous l'angle de la proportionnalité postulée par l'art. 36 Cst. lorsqu'il est question d'assurances sociales, et sous l'angle de l'intérêt privé prépondérant exigé par l'art. 28 al. 2 CC dans le cadre d'un rapport d'assurance soumis au droit privé.

des raisons qui lui sont propres et qui ne découlent pas de la volonté d'obtenir des prestations indues[79].

La décision strasbourgeoise d'octobre 2016[80] est un rappel à l'ordre bienvenu. L'adoption prochaine d'une base légale suffisante sous l'angle de l'art. 8 CEDH permettra aux assureurs de reprendre leurs anciennes habitudes, dont il n'est pas certain qu'elles doivent s'en trouver matériellement modifiées. Il s'agira d'être attentif au cadre législatif mis en place et à son respect dans la pratique.

B. La gestion des données collectées

Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, les assureurs, privés et sociaux, ont la faculté d'amasser un grand nombre de données dont le degré de sensibilité peut être très élevé. *Il est donc important d'être conscients de ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire avec les données collectées*.

Nous examinerons cette question en distinguant entre assureurs privés (1) et assureurs sociaux (2).

1. La gestion des données par les assureurs privés

La gestion des données par l'assureur privé *doit respecter le cadre de la loi fédérale sur la protection des données*[81]. En particulier, les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances[82].

À cet égard, l'assureur privé doit renseigner le preneur d'assurance avant la conclusion du contrat d'assurance notamment sur le traitement des données personnelles, y compris le but et le genre de banque de données, ainsi que sur les destinataires et la conservation des données[83]. Ces renseignements doivent être en sa possession au moment où il soumet à l'assureur une proposition d'assurance[84].

---

79 Un rapport de détective privé dévoilera par exemple, sous prétexte de retracer l'emploi du temps de l'assuré, la fréquentation d'une loge maçonnique ou d'assemblées politiques, informations qui sont des données qualifiées de sensibles (cf. art. 3 let. c LPD) et qui, en principe, n'ont aucun lien avec la demande de prestations.

80 Arrêt *Vukota-Bojic c. La Suisse* (cf. note 52).

81 Art. 2 al. 1 let. a LPD. Cf. notamment l'art. 6 LPD au sujet de la communication transfrontière.

82 Art. 4 al. 3 LPD.

83 Art. 3 al. 1 let. g LCA.

84 Art. 3 al. 2 LCA.

Les données, à tout le moins les données médicales, ne peuvent en principe pas être transmises à un tiers sans motifs justificatifs[85]. En l'occurrence, *la loi autorise l'assureur privé, dans la mesure où aucun intérêt privé ne s'y oppose, à communiquer des données à l'office AI dans le cadre de la détection précoce instituée par l'art. 3b LAI*. L'objectif de cette démarche est de s'assurer que les organes de l'assurance-invalidité seront informés suffisamment tôt d'une situation d'incapacité de travail qui se prolonge ou qui se répète[86], afin de leur permettre d'intervenir en amont et de prévenir l'invalidité[87].

L'assureur privé doit limiter sa communication aux données nécessaires pour atteindre le but visé[88]. À cet égard, l'art. 3b al. 1 LAI précise que la communication doit mentionner les « données de l'assuré et de la personne ou de l'institution qui fait la communication ». Elle « peut être accompagnée d'un certificat médical d'incapacité de travail ». Cette formulation, assez limitée, exclut à notre sens que l'assureur privé transmette, à ce stade, l'intégralité de son dossier.

Sur le plan technique, la LPD impose à l'assureur privé de prendre les mesures organisationnelles et techniques appropriées pour protéger les données personnelles contre tout traitement non autorisé[89], notamment la transmission à des tiers. Les contours de la notion de « tiers » ne sont pas forcément simples à tracer lorsque la même compagnie d'assurance fonctionne à la fois comme assureur privé (par exemple comme assureur de la perte de gain en cas de maladie) et comme assureur social (par exemple comme assureur-accidents LAA). À notre sens, une limite très nette doit être tracée entre les différentes entités d'un groupe d'assurance, les entités gérant les assurances sociales devant être clairement considérées comme des « tiers » s'agissant de la communication des données. Les mesures commandées par l'art. 7 al. 1 LPD doivent donc également permettre d'étanchéifier les rapports entre les différentes entités du groupe d'assurance[90].

---

85 Art. 12 al. 2 let. c LPD.

86 Le cas d'un assuré peut être signalé à l'office AI si celui-ci présente une incapacité de travail ininterrompue de 30 jours au moins, ou si, en l'espace d'une année, il s'est absenté de manière répétée pour des périodes de courte durée (art. 1er du règlement du 17 janvier 1961 sur l'assurance-invalidité [RAI, RS 831.201]).

87 Cf. art. 3a al. 1 LAI.

88 Art. 39a al. 2 LCA.

89 Art. 7 al. 1 LPD.

90 Dans le même sens, KIESER, N 20 s. *ad* art. 33 LPGA et les références citées. Une séparation rigoureuse serait aussi dans l'intérêt de l'assureur, si l'on se réfère au Tribunal fédéral qui, en 2014, a admis que des faits connus d'un assureur-maladie l'étaient aussi de la compagnie d'assurance privée faisant organisation et administration communes avec lui (même adresse, mêmes lignes téléphoniques, papier à en-tête commun, mêmes collaborateurs), de sorte qu'elle n'était pas fondée à plaider la réticence (TF 4A_294/2014 du 30 octobre 2014).

2. La gestion des données par les assureurs sociaux

Les assureurs sociaux sont, par principe, tenus au secret s'agissant des données récoltées dans le cadre de l'instruction d'un dossier (a). La loi aménage cependant de nombreuses exceptions (b).

a) L'obligation de garder le secret

L'art. 33 LPGA impose aux personnes qui participent à l'application des lois sur les assurances sociales ainsi qu'à son contrôle ou à sa surveillance de *garder le secret à l'égard de tiers*[91]. Le cercle des destinataires de la norme est tracé de manière large, de sorte que toutes les personnes qui participent à la mise en œuvre des assurances sociales en font partie[92]. Il s'agit aussi bien du personnel administratif que médical des assureurs, y compris les experts et centres d'expertise externes, ou encore les établissements médicaux et les centres d'observation professionnelle.

Le devoir de secret s'étend non seulement aux données qui figurent dans le dossier, mais aussi à *tous les faits dont les personnes susmentionnées ont connaissance dans le cadre de leurs fonctions*[93].

L'obligation de garder le secret empêche toute communication à des personnes, institutions ou autorités externes à l'assureur[94]. Au plan interne, les communications doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour le bon fonctionnement de l'assurance. Ainsi, on évitera par exemple de communiquer à un employé de l'assureur l'existence d'un dossier ouvert au sujet de l'un de ses proches[95]. Sur le plan technique, on peut douter qu'un système informatique qui permet à tous les collaborateurs, indépendamment de leurs fonctions, d'accéder à l'intégralité des dossiers gérés par l'assurance soit conforme avec l'art. 33 LPGA.

b) La communication des données

L'art. 33 LPGA érige l'obligation de garder le secret en principe général, sans exception apparente. Il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'avant l'entrée en vigueur de la LPGA, l'art. 19 al. 1 LPD postulait déjà l'interdiction, pour l'assureur social, de communiquer des

---

91 L'art. 86 de la loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (LPP, RS 831.40) est formulé de la même manière et impose les mêmes obligations aux personnes qui participent à l'administration de la prévoyance professionnelle obligatoire.

92 Cf. KIESER, N 18 *ad* art. 33 LPGA.

93 Cf. KIESER, N 19 *ad* art. 33 LPGA.

94 Par exemple les membres de la famille, l'employeur ou un assureur privé.

95 Cf. KIESER, N 23 *ad* art. 33 LPGA et les références citées.

données à l'extérieur, à moins d'une exception prévue dans une loi au sens formel. Pour cette raison, *les lois spéciales en matière d'assurances sociales prévoient toutes des dispositions qui autorisent l'assureur social, dans certains cas, à transmettre les données qu'ils détiennent*[96]. Ces dispositions ont été volontairement conservées après l'entrée en vigueur de la LPGA et n'ont été que légèrement modifiées, dans ce sens qu'on a dû y intégrer la mention expresse d'une dérogation à l'art. 33 LPGA[97].

La LPGA prévoit elle-même, sans toutefois les désigner comme telles, un certain nombre d'exceptions au principe de confidentialité, de même que d'autres lois, en dehors du corpus de textes applicables aux assurances sociales.

– L'art. 31 al. 2 LPGA impose à « toute personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales » d'*informer l'assureur* « si elle apprend que les circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations se sont modifiées ». Cette obligation tend non seulement à garantir la saine administration des assurances sociales, mais protège aussi dans une certaine mesure la personne assurée, dont le risque de se voir exposé à une demande de restitution de prestations versées à tort[98] diminue d'autant[99]. L'obligation d'annoncer ne concerne que les modifications « importantes », c'est-à-dire celles dont l'impact sur le droit aux prestations – condition nécessaire – ne peut être qualifié de minime[100] ;
– l'art. 32 LPGA, sous l'étiquette de l'assistance administrative, impose aux organes des différentes assurances sociales de *se prêter mutuellement assistance en se fournissant gratuitement les données* qui leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution, prévenir des versements indus, fixer et percevoir les cotisations ou encore faire valoir une prétention récursoire contre un tiers responsable. La demande d'assistance doit en principe être formulée par écrit et être motivée[101]. L'énumération des questions sur lesquelles l'assistance administrative peut être demandée exclut à notre sens la remise intégrale du dossier à l'auteur de la demande[102] ;

96 Cf. *infra* b).

97 Cf. KIESER, N 27 s. *ad* art. 3 LPGA.

98 Cf. art. 25 LPGA.

99 Cf. KIESER, N 3 s. *ad* art. 31 LPGA.

100 A titre d'exemple, en matière d'assurance-accidents, une modification du taux d'invalidité de 5 % représente le seuil minimum justifiant une modification « importante », et donc une obligation de l'annoncer (cf. KIESER, N 8 *ad* art. 31 LPGA).

101 Art. 32 al. 1 LPGA. Les lois spéciales peuvent prévoir des cas dans lesquels l'aide doit être fournie même sans demande formelle (cf. art. 50a al. 1 let. b de la loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse, survivants et invalidité [LAVS, RS 831.10] et 82 LAMal).

102 Dans le même sens, cf. KIESER, N 9 *ad* art. 32 LPGA.

– l'art. 47 LPGA aménage un *droit* à certaines personnes autres que l'assuré *de consulter le dossier*, ceci dans la mesure où les intérêts privés prépondérants sont sauvegardés[103]. Il s'agit des parties à une procédure qui entendent exercer un droit ou remplir une obligation découlant d'une loi sur les assurances sociales ou faire valoir un moyen de droit contre une décision fondée sur cette même loi[104], des autorités habilitées à statuer sur les recours contre des décisions fondées sur une loi sur les assurances sociales, pour les données nécessaires à l'accomplissement de cette tâche, et finalement des tiers responsables et son assureur, pour les données qui leur sont nécessaires pour se déterminer sur une prétention récursoire de l'assurance sociale concernée ;
– comme indiqué ci-dessus, les lois spéciales en matière d'assurances sociales permettent la communication des données détenues par les assureurs sociaux, à des conditions différentes en fonction du destinataire des données. Ainsi, les données peuvent en principe être transmises sans condition particulière, à moins de l'existence d'un intérêt privé prépondérant, par exemple aux organes d'exécution du régime d'assurance en question ou des autres régimes d'assurances sociales, aux autorités fiscales, aux autorités pénales lorsqu'il s'agit de dénoncer ou de prévenir un crime, aux organes de la statistique fédérale, au Service de renseignement de la Confédération ou aux organes de sûreté cantonaux. Sur demande écrite et motivée, elles peuvent en outre notamment être transmises aux autorités compétentes en matière d'aide sociale, aux tribunaux civils et pénaux, aux offices des poursuites et aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte[105] ;
– certains fichiers exploités par les différents assureurs sociaux sont librement et directement accessibles par d'autres (*procédure d'appel*[106]). Cette possibilité doit reposer sur une base légale formelle[107]. Les registres auxquels l'accès est garanti

---

[103] Cette condition doit être examinée d'un point de vue objectif par l'organe qui est requis de laisser l'accès au dossier. Il s'agira en premier lieu des intérêts de la personne assurée, mais il se peut aussi qu'il s'agisse de l'intérêt d'un proche parent (cf. KIESER, N 29 s. *ad* art. 47 LPGA).

[104] Cette désignation ouvre un champ assez large : il peut s'agir notamment d'un membre de la famille légitimé à agir, ou de l'employeur (cf. art. 34 LPGA : « Ont qualité de parties les personnes dont les droits ou obligations résultent des assurances sociales, ainsi que les personnes, organisations ou autorités qui disposent d'un moyen de droit contre la décision d'un assureur ou d'un organe d'exécution de même niveau »).

[105] Cf. art. 50a LAVS (auquel renvoient les art. 66a LAI, 29a LAPG et 25 let. b LAFam), 97 LAA, 95a LAM, 97a LACI, 84a LAMal et 86a LPP.

[106] Sur cette notion, cf. VALTERIO, N 3178.

[107] Cf. art. 19 al. 3 LPD. Dans son 17e rapport d'activités (2009/2010), le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence mettait en doute l'existence de bases légales suffisantes pour la communication des données en matière d'AVS/AI (cf. p. 65 s.).

contiennent en principe des données de type administratif, nécessaire à l'administration des différentes assurances sociales[108] ;

– *d'autres dispositions du droit fédéral* peuvent également obliger les organes des différentes assurances sociales à communiquer des informations qu'elles détiennent au sujet d'une personne assurée[109]. Il faut encore mentionner l'art. 19 al. 1 LPD, qui en dehors d'une dérogation prévue par une loi au sens formel, autorise aussi la communication de données dans quatre hypothèses, et notamment si la personne qui demande à accéder aux données rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer[110].

En définitive, force est de constater que si le principe de l'obligation de garder le secret semble à première vue ériger une digue suffisamment haute pour que les données récoltées par les assureurs, avec la facilité rappelée ci-dessus[111], soient conservées en lieu sûr, *le nombre et la diversité des situations permettant à ces données de voyager d'un interlocuteur à l'autre ébranlent l'édifice*.

Du fait de l'assistance administrative, *les données peuvent circuler, pour ainsi dire librement, entre les différents assureurs sociaux*, soit dix acteurs principaux, sans compter toutes les personnes et institutions intervenant dans le cadre de chaque volet et qui, en principe, auront librement accès aux données une fois qu'elles se trouveront dans le giron de « leur » assureur social.

Les passerelles vers l'extérieur ne sont pas moins nombreuses, quoique peut-être légèrement mieux surveillées. L'intérêt privé prépondérant peut encore tenter de faire barrage. Dans la mesure où, comme nous l'avons déjà montré plus haut, l'intérêt privé cède le plus souvent le pas, dans les débats relatifs à la protection des données, à l'intérêt public supérieur de la collectivité des assurés de ne pas financer des prestations versées à tort et, plus généralement, à la bonne marche des assurances sociales, nous doutons de l'équité de la pondération des intérêts et, par conséquent, de l'efficacité d'une protection par ce biais-là.

Cette perméabilité ne doit pas être considérée d'un œil négatif exclusivement. *Parfois, elle est utile à l'assuré*, par exemple dans le cadre de la collaboration interinstitutionnelle (CII).

---

108 Par exemple, la Centrale du 2e pilier a accès aux registres de la Centrale de compensation de l'AVS dans la mesure prévue à l'art. 24d al. 3 LPP. Pour d'autres exemples, cf. PRIEUR, N 13.153 ss.

109 Cf. en particulier l'art. 12 de la loi fédérale du 17 juin 2005 sur le travail au noir (LTN, RS 822.41).

110 Art. 19 al. 1 let. d LPD. Cf. p. 30.

111 Cf. *supra* A.

On parle de collaboration interinstitutionnelle pour désigner la collaboration entre plusieurs institutions, notamment dans le domaine de la sécurité sociale. Elle a pour but « l'harmonisation optimale des différents systèmes de sécurité et d'intégration, afin que les offres puissent être utilisées de manière plus efficace dans l'intérêt des personnes soutenues »[112]. Dans ce contexte, c'est-à-dire lorsque l'échange d'information se veut au service de l'assuré et de sa réintégration sociale, le cadre législatif décrit ci-dessus a plutôt l'effet d'une entrave[113].

Nous avons également eu l'occasion de mentionner d'autres exemples dans lesquels *la « transparence » de l'assuré peut aussi jouer en sa faveur*, par exemple en lui évitant de s'exposer à une demande de restitution de prestations indues[114], ou encore en faisant obstacle à l'invocation d'une réticence par l'assureur[115].

Néanmoins, *il n'est pas certain que la perméabilité helvétique trouve grâce aux yeux de la Cour européenne des droits de l'Homme*. Dans une affaire remontant à 1997, la Suède s'était en effet vue condamnée en raison de son système de sécurité sociale permettant le transfert du dossier d'une assurée d'une autorité publique à une autre, un nombre important d'agents publics ayant été en mesure d'en prendre connaissance, alors que le dossier recelait des informations qui, initialement, avaient été collectées dans un autre but que celui de la procédure dans le cadre de laquelle le dossier avait circulé. La Cour avait rappelé que « la législation interne doit ménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relatives à la santé qui ne seraient pas conformes aux garanties prévues à l'article 8 CEDH »[116].

3. Synthèse

En théorie, le cadre imposé aux assureurs sociaux au sujet de la communication des données qu'ils détiennent est de nature à empêcher tout problème, puisqu'ils ont l'obligation de se taire. Les exceptions à ce principe sont cependant à ce point nombreuses qu'en réalité, lorsqu'une information est « dans le circuit » d'un assureur social, elle l'est aussi, virtuellement en tout cas, dans celui de tous les autres.

---

112 Cf. les Principes de base de la collaboration interinstitutionnelle (CII), par le Comité national de pilotage CII (rattaché au Département fédéral de l'Intérieur), 13 décembre 2011.

113 Voir à ce sujet l'avis de droit établi par KURT PÄRLI, publié sous le titre « IIZ-Datenaustausch. Datenschutz und Datenaustausch in der interinstitutionnellen Zusammenarbeit (IIZ) » (cf. bibliographie).

114 Cf. p. 19.

115 Cf. note 90.

116 Arrêt CourEDH *M. S. c. la Suède* du 27 août 1997, requête n° 20837/92, par. 41. Cf. également MANAÏ, pp. 138 s.

La transmission des informations d'un assureur social à un assureur privé suppose l'existence d'une base légale formelle – qui existe parfois – ou, à défaut, le consentement de la personne assurée[117]. Comme nous l'avons vu dans la première partie de cette contribution, le consentement apparent de l'assuré n'est pas difficile à obtenir dès lors qu'il a en principe besoin des prestations d'assurance pour survivre.

Dans l'autre sens, *la transmission d'informations d'un assureur privé à un assureur social* ne sera pas moins facile à obtenir, vu l'obligation de collaborer imposée à l'assuré qui a demandé des prestations.

En acceptant de confier ses données à un assureur, qu'il soit social ou privé, l'assuré doit ainsi admettre qu'elles puissent être mises à disposition d'un nombre important d'intervenants, dont l'identité n'est pas prévisible pour lui, en raison de la complexité de la réglementation légale et de l'absence, la plupart du temps, d'une obligation de l'informer au préalable à ce sujet.

III. Et l'employeur ?

Les explications qui précèdent montrent que les règles qui président à la protection des données dans les rapports entre assureur et assuré sont loin d'être simples. La situation se complique encore lorsqu'intervient l'employeur de l'assuré. Le degré de complication est différent selon le moment auquel le contact entre l'employeur et l'assureur se produit, et selon les motifs de ce contact.

Bien que notre contribution soit limitée à la protection des données confiées à l'assureur dans le cadre d'une demande de prestations (B), nous dirons d'abord quelques mots au sujet des informations dont l'assureur peut avoir connaissance au moment de la création des rapports de travail (A).

Nous ne traiterons en revanche pas de la question de la communication par l'employeur à l'assureur, pendant la durée des rapports de travail, des données relatives à la bonne marche des assurances[118].

---

[117] Cf. art. 19 al. 1 LPD.

[118] Par exemple la communication des salaires à la caisse de compensation, à l'institution de prévoyance ou aux assureurs privés en vue de la fixation des cotisations ou de la prime. Les obligations de l'employeur à cet égard sont expressément prévues par la loi ou par le contrat.

A. Au moment de la conclusion des rapports de travail

Il ne s'agit pas de traiter ici des informations que l'employeur est en droit ou non de se procurer, lors de la procédure de recrutement, notamment par les questions qu'il pose lors de l'entretien d'embauche pour fonder sa décision d'engager tel ou tel travailleur. Cette question relève en effet exclusivement du droit du travail[119].

Il arrive en revanche que l'employé, au moment de son engagement, doive *fournir des informations d'ordre médical, en vue de son affiliation à certaines assurances*[120]. De par leur nature, ces informations sont destinées à l'assureur, afin qu'il puisse se déterminer sur le principe, respectivement sur l'étendue de l'affiliation du travailleur. S'agissant de données sensibles[121], ces informations n'ont pas à être communiquées à l'employeur. Un éventuel consentement de l'employé, invoqué à titre de motif justificatif, devrait selon nous être considéré avec une grande prudence. En effet, il n'est pas exclu qu'au moment de la conclusion du contrat de travail, le futur employé subisse une certaine pression due à l'espoir d'être engagé, qui pourrait le pousser à consentir à remettre à l'employeur des données sensibles le concernant. À notre sens, il est indispensable d'éviter tout quiproquo à ce sujet, soit en laissant le soin à l'assureur de communiquer directement avec l'employé, soit en attirant clairement l'attention du travailleur sur le fait que les questionnaires de santé ne doivent pas être adressés à l'employeur, mais à l'assureur directement, plus précisément au service de son médecin-conseil, par exemple en remettant à l'employé une enveloppe réponse.

Si la communication des données à l'assureur conduit à une admission sans réserve, il n'y a aucune raison valable pour que l'employeur ait connaissance des informations communiquées au moment de la conclusion du contrat de travail. Il peut en aller différemment *si, sur la base du questionnaire de santé, l'assureur a refusé d'admettre l'employé, ou s'il a limité la couverture par le biais d'une réserve*. Le droit de l'employeur d'accéder à ces informations dépend à notre sens de l'impact de la décision de l'assureur sur ses propres obligations à l'égard du travailleur :

---

119 Sur cette thématique, cf. CARUZZO, N 2 ss *ad* art. 328b CO.

120 Il s'agira principalement de l'assurance collective d'indemnités journalières (LCA), de la prévoyance professionnelle surobligatoire (art. 331 ss CO) et de l'assurance-accidents complémentaire (LCA). *Sur la question particulière du « mélange des genres »* lorsque l'employeur exploite une caisse d'entreprise ou dispose d'une institution de prévoyance autonome, cf. PÄRLI, *REAS*, p. 35. Ces situations sont à notre sens comparables à celles que l'on trouve dans la *fonction publique*, lorsque l'employeur verse le salaire en cas d'incapacité de travail sans recourir à une couverture d'assurance, cas échéant avec l'intervention de la caisse publique de pension, ou encore lorsque l'employeur est précisément la compagnie d'assurance auprès de laquelle l'employé est assuré.

121 Cf. art. 3 let. c ch. 2 LPD.

– dans le cadre de la *prévoyance surobligatoire*, une exclusion de la couverture ou une limitation par le biais d'une réserve est sans effet pour l'employeur. Ses obligations à l'égard de son employé ne s'en trouvent pas accrues, et il n'y a pas d'impact sur les primes à payer. Dans ce cas, l'employeur ne peut se prévaloir d'un intérêt à la communication de la décision de l'institution de prévoyance, et encore moins des données sensibles à la base de cette décision[122] ;
– dans le cadre de l'*assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie*, en revanche, la décision de l'assureur a un impact direct sur les obligations de l'employeur qui, en l'absence de couverture, voit renaître son obligation de verser le salaire en cas d'empêchement non fautif de travailler[123]. A notre avis, *on ne peut en déduire sans autres un intérêt prépondérant de l'employeur à se voir communiquer par l'assureur le résultat de son appréciation*. Au début des rapports de travail, en particulier pendant le temps d'essai, le délai de résiliation du contrat est le plus souvent extrêmement bref[124]. Dans le même temps, l'obligation de verser le salaire en cas d'incapacité de travailler non fautive reste de courte durée[125], voire n'existe pas[126]. À ce moment de la relation contractuelle, l'intérêt de l'employé à la non-information de son employeur l'emporte ainsi clairement sur l'intérêt de l'employeur à être renseigné. *Le rapport entre les deux intérêts individuels s'inversera avec la durée des rapports contractuels* et l'augmentation, en particulier, de la durée durant laquelle l'employeur devra verser le salaire en cas d'empêchement de travailler[127]. Dans tous les cas, si l'employeur peut faire valoir un intérêt prépondérant à connaître l'existence, respectivement l'ampleur de la couverture d'assurance, il n'a en principe pas d'intérêt à connaître la nature de l'atteinte à la santé qui a conduit à une exclusion ou à l'instauration d'une réserve[128] ;
– dans le cadre d'une *assurance complémentaire à l'assurance-accident sociale*, la situation de l'employeur n'est pas impactée par le refus de couverture ou la réserve imposée par l'assureur. Il ne peut donc pas invoquer d'intérêt prépondérant à se voir communiquer le résultat de l'évaluation de l'assureur.

122 Cf. PÄRLI, *REAS*, p. 35.
123 Cf. art. 324a CO.
124 Cf. art. 335b al. 1 et 335c al. 1 CO.
125 Cf. art. 324a al. 2 CO.
126 Cf. art. 324a al. 1 CO.
127 Dans le même sens, PÄRLI, *REAS*, p. 35.
128 Dans le même sens, CARUZZO, p. 329, qui critique la pratique actuelle des assureurs qui communiquent leurs décisions en double à l'employeur.

B. Dans le cadre d'une demande de prestations

Lorsqu'un sinistre est survenu, respectivement lorsqu'un risque social s'est réalisé et que le travailleur a demandé des prestations à l'assureur privé ou social, se pose tout d'abord la question de savoir dans quelle mesure l'employeur peut, respectivement doit, collaborer à l'instruction du dossier par l'assureur, notamment en lui transmettant des informations au sujet de son employé (1). Se pose ensuite la question de savoir si l'employeur peut accéder au dossier constitué par l'assureur, social ou privé (2). Finalement, on peut encore se demander si certaines circonstances justifient que l'assureur transmette certaines informations à l'employeur en vue de préserver les intérêts de ce dernier, même sans demande de sa part (3).

1. La collaboration à l'instruction du dossier

En matière d'assurances sociales, *l'employeur est tenu, au même titre que l'assuré, de collaborer gratuitement à l'exécution des différentes assurances sociales*[129]. Il est habilité à transmettre les informations nécessaires pour établir le droit aux prestations dès lors que l'assuré, de son côté, est tenu de l'y autoriser[130]. L'employeur peut, cas échéant, être amené à remplir lui-même un formulaire de demande de prestations[131]. Il est alors tenu de répondre avec exactitude aux questions qui lui sont posées.

Dans les formulaires de demande de prestations, ou dans les formulaires servant à obtenir des informations complémentaires de sa part, *l'employeur est en principe questionné sur des données qui sont de son ressort et qu'il est autorisé à traiter*[132]. Leur transmission est justifiée par un intérêt privé prépondérant de l'employé, puisque le versement des prestations dépend des informations que l'employeur transmettra.

Les questions contenues dans les formulaires des assureurs, en particulier celles qui concernent des données sensibles, à l'image des questions sur l'état de santé de l'assuré, *respectent en principe le principe de proportionnalité* :

– *en matière d'assurance-chômage*, l'employeur doit indiquer sur l'attestation de l'employeur si l'employé a été empêché de travailler durant le délai de congé ou si, au cours des 12 derniers mois, il y a eu des périodes d'absence en raison de maladie ou

---

129 Art. 28 al. 1 LPGA.

130 Art. 28 al. 3 LPGA.

131 Art. 29 al. 2 LPGA.

132 Par exemple les derniers salaires touchés, le taux d'occupation, l'identité de celui qui a résilié le contrat de travail, etc. Selon l'art. 328b CO, « l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail ».

d'accident[133]. L'employeur doit cependant se limiter, cas échéant, à indiquer les dates concernées. Il n'est pas interrogé sur l'affection présentée par son employé ;

– *dans l'assurance-invalidité*, le questionnaire envoyé à l'employeur ne demande pas non plus à ce dernier de livrer des informations sur la nature de l'atteinte à la santé présentée par l'employé. Il est également questionné sur les données salariales, y compris sur l'existence d'un salaire de substitution (indemnités journalières LCA ou LAA), sur le rendement effectif du travailleur et sur les dates des périodes d'incapacité de travail[134] ;
– *dans le cadre de l'assurance-accidents obligatoire*, le lien entre l'assureur et l'employeur est plus étroit, donc plus flou. La loi oblige en effet le second à informer le premier sans retard dès qu'il apprend que l'un de ses employés a été victime d'un accident qui nécessite un traitement médical et/ou provoque une incapacité de travail[135]. L'assureur doit mettre à la disposition de l'employeur les formulaires nécessaires, soit sous format papier, soit sous format électronique[136]. De son côté, « l'employeur doit fournir à l'assureur tous les renseignements nécessaires, tenir à sa disposition les pièces servant à établir les circonstances de l'accident et donner aux mandataires de l'assureur libre accès aux locaux de l'entreprise »[137].

  De fait, *les formulaires de déclaration d'accident interrogent le plus souvent l'employeur sur les blessures subies*. Les informations demandées sont toutefois très succinctes : l'employeur est interrogé sur la partie du corps qui a été touchée et la nature de la lésion. L'employeur n'est pas nécessairement informé de ces éléments et peut renvoyer la déclaration d'accident en laissant cette rubrique en blanc s'il ne possède pas les informations nécessaires[138]. Dans tous les cas, cette question n'autorise à notre sens pas l'employeur à mentionner un diagnostic, ni à faire d'autres commentaires au sujet de l'état de santé de son employé[139].

---

133 Questions 12 et 18 de l'attestation de l'employeur, disponible sur le site Internet http://www.espace-emploi.ch.

134 Cf. Questionnaire pour l'employeur : Réadaptation professionnelle/Rente, disponible sur le site Internet http://www.avs-ai.ch.

135 Art. 45 al. 2 LAA.

136 Cf. Guide de l'assurance-accidents obligatoire LAA, édité par l'Association suisse d'assurances, 3e version, juin 2004, p. 27.

137 Art. 56 de l'ordonnance du 20 décembre 1982 sur l'assurance-accidents (OLAA, RS 832.202).

138 Cf. la fiche explicative « Déclaration des accidents et des maladies professionnelles. Surveillance de l'évolution du cas. Paiement de l'indemnité journalière », établie par la Suva (réf. : 451.f), ch. 1.4.

139 Par exemple en faisant allusion à d'autres atteintes à la santé présentée par le travailleur avant l'accident.

En tant que « personne ou institution participant à la mise en œuvre des assurances sociales »[140], l'employeur a l'obligation d'informer l'assureur s'il apprend que des circonstances déterminantes pour l'octroi de prestations se sont modifiées, si l'assuré retarde sa guérison en ne se présentant pas régulièrement chez le médecin ou en en se conformant pas à ses prescriptions, ou encore s'il ne reprend pas le travail malgré l'ordre du médecin[141]. Dans ce sens, l'employeur doit être considéré comme un véritable auxiliaire de l'assureur-accidents dans la mise en œuvre de cette assurance sociale. À notre sens, cela ne lui confère toutefois pas un pouvoir plus large, s'agissant de la transmission de données sensibles en particulier, que celui qui s'inscrit dans les limites des principes définis dans la loi sur la protection des données, en particulier le principe de proportionnalité.

Dans le domaine de l'assurance privée, les éventuelles obligations de l'employeur doivent être définies dans les conditions générales. Si elles ne prévoient rien, il est d'usage, comme nous l'avons indiqué plus haut, que l'assureur obtienne de l'assuré, au moment de l'ouverture du dossier, la signature d'une procuration qui autorise un certain nombre de personnes, dont l'employeur, à livrer des informations. Conformément aux principes de proportionnalité[142] et de finalité[143], *l'employeur doit, là encore, limiter la transmission des informations à celles qui relèvent de sa compétence* (salaires, attestations de périodes d'incapacité de travail, etc.)[144]. Il ne peut à notre sens pas transmettre toutes les informations en sa possession, mais uniquement celles qui sont en lien avec la période d'incapacité ou l'événement actuel. Le dossier constitué par le service des RH contenant toutes les informations relatives à la qualité prestation de travail (par exemple les évaluations annuelles) n'a ainsi pas à être transmis dans son intégralité. Quant aux informations médicales plus détaillées, elles n'ont ici pas à être transmises, d'autant moins que l'assureur dispose en principe des autorisations nécessaires pour se les procurer auprès des médecins du travailleur-assuré.

2. L'accès au dossier

En matière d'assurances sociales, le droit d'accéder au dossier est régi par l'art. 47 LPGA, qui ne mentionne pas l'employeur au rang des personnes ayant le droit de consulter le dossier constitué au sujet de l'assuré. Dans une affaire de 2005, le Tribunal fédéral a notamment justifié son refus de conférer à l'employeur la qualité pour s'opposer à une

---

140 Art. 31 al. 2 LPGA. Cf. KIESER, N 35 *ad* art. 31 LPGA.

141 Cf. la fiche explicative « Déclaration des accidents et des maladies professionnelles. Surveillance de l'évolution du cas. Paiement de l'indemnité journalière », établie par la Suva (réf. : 451.f), ch. 2.1.

142 Art. 4 al. 2 LPD.

143 Art. 4 al. 3 LPD.

144 Cf. note 132.

décision rendue par un assureur LAA (sur la question du droit à une rente d'invalide) par les problèmes que cela engendrerait sous l'angle de la protection des données.

Reconnaître à l'employeur la qualité pour former opposition équivalant à lui conférer le statut de partie à la procédure entraînerait automatiquement le droit pour ce dernier de prendre connaissance de l'intégralité du dossier[145]. Or, selon le Tribunal fédéral, « le dossier contient notoirement des données sensibles relatives à l'état de santé de l'assuré (rapports médicaux, expertises médicales). Même si, comme en l'espèce, le travailleur a pu, dans un premier temps, donner son accord à la consultation du dossier par son employeur, ses droits à la protection de la personnalité entreraient inévitablement en conflit avec les droits de partie de l'employeur au stade de la procédure probatoire »[146]. À l'issue de cette réflexion, notre Haute Cour s'interroge sur l'opportunité, toujours pour les raisons invoquées, tenant à la protection des données, de revenir sur une jurisprudence antérieure reconnaissant à l'employeur le droit de former opposition contre une décision déniant la qualité d'assuré au travailleur, ou niant la réalisation d'un accident[147]. La question a été laissée ouverte[148].

Dans certains cas, l'assureur et l'employeur peuvent être amenés à *collaborer, de manière plus ou moins formelle, dans l'intérêt de l'employé-assuré*. Dans ce cas, l'employeur peut être amené à accéder à certains éléments du dossier, notamment à certaines précisions concernant l'état de santé de l'assuré. Ainsi, dans le cadre de l'assurance-invalidité, certaines mesures d'intervention précoce[149], comme l'adaptation du poste de travail, supposent l'accord de l'employeur, ce qui suppose logiquement qu'il comprenne les raisons des aménagements qui lui sont demandés. Dans le cadre de l'assurance collective d'indemnités journalières en cas de maladie, de plus en plus d'assureurs recourent au *case management* lorsque l'incapacité de travail se prolonge. Parfois, on tente dans ce cadre de trouver une solution pour l'employé au sein de l'entreprise, ce qui suppose là encore la collaboration de l'employeur. On peut aussi songer aux mesures relatives au marché de l'emploi dans le cadre de l'assurance-chômage. Le succès de certaines mesures, comme les stages professionnels[150] ou l'allocation d'initiation au travail pour les assurés dont le placement est difficile[151], suppose à notre sens que les entreprises auprès desquelles ces mesures sont effectuées bénéficient d'informations suffisantes sur les particularités de la

145 Cf. art. 47 al. 1 let. b LPD.

146 ATF 131 V 298 c. 6.2. A noter que le Tribunal fédéral a également dénié à l'employeur le droit de s'opposer à une décision de l'assurance-invalidité (ATF 130 V 560). Dans cette affaire, la protection des données n'était toutefois pas un argument pour fonder sa position.

147 Cf. ATF 106 V 222 c. 1.

148 ATF 131 V 298 c. 6.2.

149 Cf. art. 7d LAI.

150 Cf. art. 64a al. 1 let. b LACI.

151 Cf. art. 65 LACI.

situation de la personne qu'elles accueillent. Il ne s'agit ici pas nécessairement d'informations d'ordre médical, mais, d'une manière plus générale, d'ordre socio-professionnel.

3. La transmission spontanée d'informations à l'employeur

L'instruction du dossier par l'assureur, social ou privé, peut l'amener à découvrir des faits dont l'employeur pourrait déduire des droits à l'encontre de son employé. On peut ainsi imaginer l'exemple d'un rapport établi par un détective privé qui apporterait la preuve, sans aucun doute possible, d'un comportement malhonnête de la part de l'assuré, comportement qui pourrait justifier un licenciement avec effet immédiat.

Pour l'assureur social, un tel état de fait reste circonscrit par les art. 33 LPGA et 19 LPD. Selon ces dispositions, la communication des données personnelles n'est possible que s'il existe une base légale dans une loi au sens formel, ou, à défaut, que si l'une des quatre hypothèses mentionnées à l'art. 19 al. 1 LPD est remplie. En l'espèce, il n'existe pas de base légale qui autorise l'assureur social à communiquer spontanément des données personnelles de l'assuré à l'employeur de celui-ci. Des quatre hypothèses mentionnées, seule la dernière nous paraît pouvoir apporter une réponse à la question évoquée ici[152] : l'employeur pourrait tenter de rendre vraisemblable « que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes »[153]. Cela suppose toutefois que l'employeur ait été informé de l'existence des données qu'il entend consulter, information que l'assureur n'est à notre avis pas habilité à transmettre. Une « *fishing expedition* » de la part de l'employeur n'est pas admissible sous l'angle de l'art. 19 al. 1 let. d LPD[154].

Vis-à-vis de l'assureur privé, cette question s'inscrit dans le cadre de la pondération des intérêts commandée par les art. 28 al. 2 CC et 13 al. 1 LPD. Pour que la transmission des données à l'employeur soit licite, il faudrait qu'elle soit justifiée par l'intérêt prépondérant de ce dernier[155]. L'hypothèse que nous visons ici ne figure pas dans la liste exemplative de

---

152 Il est en effet peu probable, dans une telle situation, que l'employé-assuré consente à la transmission des données (cf. art. 19 al. 1 let. b LPD).

153 Art. 19 al. 1 let. d LPD.

154 A titre de comparaison, l'art. 20 al. 1 LPD permet à la personne concernée qui rend vraisemblable un intérêt légitime de s'opposer à ce que l'organe fédéral responsable communique des données personnelles déterminées. Elle doit alors désigner précisément les données qu'elle entend soustraire à la communication, une opposition générale n'étant pas recevable (cf. MUND, N 4 *ad* art. 20 LPD).

155 L'intérêt privé pouvant justifier une atteinte à la personnalité n'est pas nécessairement l'intérêt de celui qui traite les données ou de celui que ces dernières concernent, mais peut également être l'intérêt d'un tiers (cf. WERMELINGER, N 11 *ad* art. 13 LPD).

l'art. 13 al. 2 LPD. À notre sens, seuls des faits gravissimes mettant en péril la sécurité de l'entreprise et/ou des collaborateurs[156], à la rigueur une atteinte très importante aux intérêts économiques de l'employeur, peut être à même de justifier la communication spontanée de données par l'assureur. Le simple fait que l'employeur aurait des droits en raison des faits révélés par l'instruction du cas, par exemple le droit de licencier le travailleur avec effet immédiat, ne devrait pas être suffisant.

Il est intéressant de noter qu'en l'état actuel du droit, l'assureur social ne peut en principe pas communiquer des informations à l'employeur pour des raisons majeures de sécurité de ce dernier ou de ses employés. L'avant-projet de loi révisée sur la protection des données, en consultation jusqu'au début du mois d'avril 2017, prévoit une exception à l'interdiction de communiquer les données lorsque « le traitement est nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée ou d'un tiers », à condition qu'il ne soit pas possible d'obtenir le consentement de la personne concernée dans un délai raisonnable[157].

IV. Conclusion

Les questions traitées dans le cadre de cette contribution révèlent l'aspect tentaculaire du thème de la protection des données confiées aux assureurs, y compris dans le cadre plus restreint des rapports de travail et de la triangulation entre assuré, assureur et employeur. Nous n'avons pas la prétention d'avoir envisagé tous les problèmes pouvant se présenter en pratique et donner du fil à retordre aux défenseurs des trois parties impliquées.

Nous avons pu voir, dans la première partie de cette contribution, que l'assuré est finalement pratiquement transparent pour l'assureur qui, social ou privé, ne rencontre qu'une faible résistance lorsqu'il veut obtenir des informations, la réalité économique de l'assuré étant une arme parfaitement efficace à cet égard.

Nous avons vu également que les informations récoltées par un assureur, soit-il social, soit-il privé, sont facilement accessibles aux autres assureurs et à certaines autorités

156 Par exemple, les rapports médicaux révéleraient que l'employé est atteint d'une maladie grave, potentiellement épidémique (par exemple Ebola), ou l'enquête réalisée par un détective privé montrerait la volonté de l'assuré de s'en prendre physiquement à l'employeur ou aux collaborateurs de l'entreprise.

157 Art. 27 al. 3 let. c AP-LPD. Cet ajout correspond à l'art. 10 let. b de la directive (UE) 2016/680 et à l'art. 6 par. 1 let. d du règlement (UE) 206/679 (cf. rapport explicatif du 21 décembre 2016 concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, p. 68).

administratives. Le nombre d'organes et de personnes susceptibles de prendre connaissance de données personnelles a priori protégées est exponentiel.

L'employeur semble quelque peu en retrait de ce circuit d'information : n'étant pas une autorité administrative, il ne bénéficie pas de l'assistance que les assureurs sociaux et certaines autres administrations se doivent mutuellement. En lui refusant la qualité de partie dans une affaire précisément pour des motifs tenant à la protection des données, le Tribunal fédéral a clairement manifesté sa volonté de le maintenir à l'extérieur des flux d'information s'échangeant entre assureurs sociaux. Dans le domaine de l'assurance privée, il ne doit pas avoir un accès automatique aux données de l'assureur. Compte tenu de la transparence des flux d'information en amont, cette rigueur est indispensable.

Bibliographie

Sauf indication contraire, les ouvrages ou articles de cette bibliographie sont cités dans les notes avec l'indication du seul nom de l'auteur.

BAERISWYL BRUNO, Commentaire de l'art. 4 LPD, *in* : Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (éds.), Datenschutzgesetz (DSG) - Handkommentar, Berne 2015.

CARUZZO PHILIPPE, Le contrat individuel de travail – Commentaire des articles 319 à 321 du Code des obligations, Zurich/Bâle/Genève 2009.

CHAPPUIS BENOÎT, Les moyens de preuve collectés de façon illicite ou produits de façon irrégulière, *in* : Franz Werro/Pascal Pichonnaz (éds.), Le procès en responsabilité civile, Berne 2011, pp. 108-174.

DUPONT ANNE-SYLVIE, Le droit de réplique en assurances sociales, *in* : François Bohnet (éd.), Le droit de réplique, Neuchâtel 2013, pp. 83-149.

FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zurich/Bâle/Genève 2011.

GUILLOD OLIVIER, Le cadre juridique de la transmission de données personnelles aux assureurs, *in* : Olivier Guillod (éd.), Protection des données médicales et transparence… du patient ? 19e Journée de droit de la santé, Neuchâtel 2012, pp. 135-144.

KIESER UELI, ATSG Kommentar, 3e édition, Zurich 2015.

MANAÏ DOMINIQUE, Droits du patient face à la biomédecine, Berne 2013.

MONTAVON MICHEL, Communications de données médicales sur le patient entre prestataires de soins et assureur-maladie – Ménage à trois, *in* : RFJ 2015, pp. 235-257.

MOSER-SZELESS MARGIT, La surveillance comme moyen de preuve en assurance sociale, *in* : RSAS 2013, pp. 129-156.

MUND CLAUDIA, Commentaire de l'art. 20 LPD, *in* : Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (éds.), Datenschutzgesetz (DSG) - Handkommentar, Berne 2015.

PÄRLI KURT, IIZ-Datenaustausch. Datenschutz und Datenaustausch in der Interinstitutionnellen Zusammenarbeit (IIZ), Zurich/Bâle/Genève 2014 (cité : PÄRLI, *IIZ*).

PÄRLI KURT, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung. Problematische Bearbeitung von Arbeitnehmergesundheitsdaten bei der Begründung der privatwirtschaftlichen Arbeitsverhältnisses, *in* : REAS I/2004, pp. 32-37 (cité : PÄRLI, *REAS*).

PRIEUR YVONNE, Datenschutz im Sozialversicherungswesen, *in* : Nicolas Passadelis/David Rosenthal/Hanspeter Thür (éds.), Datenschutzrecht, Bâle 2015, pp. 431-485.

VALTERIO MICHEL, Droit de l'assurance-vieillesse et survivants (AVS) et de l'assurance-invalidité (AI), Zurich 2011.

WERMELINGER AMÉDÉO, Commentaire de l'art. 13, *in* : Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (éds.), Datenschutzgesetz (DSG) - Handkommentar, Berne 2015.

ZITTEL NIGGI, Datenschutz in der Privatversicherung, *in* : Nicolas Passadelis/David Rosenthal/ Hanspeter Thür (éds.), Datenschutzrecht, Bâle 2015, pp. 407-429.