

L'enregistrement sonore des expertises de
l'art. 44 al. 6 LPGA et certaines
implications pratiques au niveau de la
protection des données

MÉMOIRE

présenté

par

David Dias Matos

sous la direction des

Prof. Bettina Hummer et Prof. Sylvain Métille

Lausanne, le 30 avril 2023

Table des matières

| | |
|---|-------------|
| BIBLIOGRAPHIE | III |
| OUVRAGES | III |
| ARTICLES ET CONTRIBUTIONS | VI |
| PUBLICATIONS OFFICIELLES | IX |
| SITOGRAFIE | X |
| TABLE DES ARRETS | XI |
| TABLE DES ABREVIATIONS | XIII |
| I. INTRODUCTION | 1 |
| II. ASSURANCES SOCIALES : L'ENREGISTREMENT SONORES DES EXPERTISES | 2 |
| A. PREREQUIS | 2 |
| 1. <i>L'expertise de l'art. 44 LPGA en général</i> | 2 |
| 2. <i>La transparence dans l'assurance-invalidité</i> | 3 |
| B. L'OBJET DE L'ENREGISTREMENT | 4 |
| 1. <i>L'assuré</i> | 4 |
| 2. <i>Les entretiens</i> | 4 |
| 3. <i>L'expert</i> | 5 |
| 4. <i>Le dossier de l'assureur et le dossier électronique du patient</i> | 6 |
| 5. <i>Conservé</i> | 7 |
| C. PROCEDURE ET MISE EN PLACE | 7 |
| 1. <i>De l'expertise</i> | 7 |
| 2. <i>...avec enregistrement sonore</i> | 10 |
| D. LE ROLE DE L'ENREGISTREMENT SONORE DANS LA PROCEDURE | 11 |
| 1. <i>De la valeur probante de l'expertise médicale</i> | 11 |
| 2. <i>...à l'utilité de l'enregistrement sonore</i> | 14 |
| III. PROTECTION DES DONNEES : IMPLICATIONS PRATIQUES | 15 |
| A. PREREQUIS | 15 |
| 1. <i>Le cadre légal applicable : LPD ou lex specialis en assurance sociale</i> | 15 |
| 2. <i>La qualification des données</i> | 17 |
| 3. <i>Les acteurs du traitement</i> | 17 |
| a) <i>L'assureur comme responsable du traitement</i> | 17 |
| b) <i>L'expert comme sous-traitant</i> | 18 |
| B. PROBLEMATIQUES CHOISIES | 20 |
| 1. <i>Les moyens pour l'enregistrement</i> | 20 |
| 2. <i>Les mesures pour le stockage et transfert</i> | 22 |
| a) <i>Auprès du médecin-expert</i> | 22 |
| b) <i>Vers l'assureur</i> | 23 |
| 3. <i>La durée de conservation</i> | 23 |
| 4. <i>Les éventuels effacement et rectification</i> | 25 |
| a) <i>Droit à l'effacement</i> | 25 |
| b) <i>Droit à la rectification</i> | 26 |
| 5. <i>L'accès aux enregistrements</i> | 27 |
| a) <i>Art. 47 LPGA ou 25 LPD ?</i> | 27 |
| b) <i>Le cas de l'enregistrement</i> | 29 |
| c) <i>Critique de la solution</i> | 30 |

| | | |
|---------------------|--|-------------|
| d) | L'accès sous l'angle du droit de consulter le dossier..... | 31 |
| i. | Par l'assuré..... | 31 |
| ii. | Auprès de l'assureur | 32 |
| iii. | Rôle du médecin-expert..... | 34 |
| IV. | CONCLUSION | 34 |
| ANNEXES..... | | XVII |
| A. | MISE EN PLACE D'UNE EXPERTISE EXTERNE | XVII |
| B. | ENTRETIEN AVEC ENREGISTREMENT SONORE | XVII |

Bibliographie

Ouvrages

ALIOTTA Massimo, art. 44 ATSG, in : Frésard-Fellay Ghislaine/Klett Barbara/Leuzinger Susanne (édits.), *Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, Basler Kommentar, Bâle 2020 (cité : BSK ATSG-ALIOTTA art. 44 N ...).

ALIOTTA Massimo, *Begutachtung im Bundessozialversicherungsrecht. Gehörs- und Partizipationsrechte der versicherten Personen bei Begutachtung im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren gemäss ATSG*, thèse, Zurich 2017.

BAERISWYL Bruno, art. 8 et 9, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG-BAERISWYL, art. ... N ...).

BAERISWYL Bruno/PÄRLI Kurt (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, Berne 2015 (cité : DSG-AUTEUR.E, art. ... aLPD N ...).

BAERISWYL Bruno/PÄRLI Kurt/BLONSKI Dominika (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG- AUTEUR.E, art. ... N ...).

BLECHTA Gabor P., art. 3 DSG, in : Maurer-Lambrou Urs/Blechta Gabor P. (édits.), *Datenschutzgesetz Öffentlichengesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2014 (cité : BSK DSG-BLECHTA, art. 3 aLPD N ...).

BÖHME Anna, *Der medizinische Schaverständigenbeweis in der obligatorischen Unfallversicherung, Fairness durch das Verfahren, den Schvertsändigen und das Sachverständigengutachtung*, thèse, Zurich 2018.

BOHNET François (édit.), *Le droit de réplique*, CEMAJ, Neuchâtel 2013.

BOLLINGER Susanne, art. 44 ATSG, in : Frey Felix/Mosimann Hans-Jakob/Bollinger Susanne (édits.), *AHVG/IVG Kommentar*, Zurich 2018.

BOVAY Benoît, *Procédure administrative*, 2^e éd., Berne 2015.

DUNAND Jean-Philippe/MAHON Pascal (édits.), *La protection des données dans les relations de travail*, CERT, Zurich 2017.

DUPONT Anne-Sylvie, art. 42 LPGa, in : Dupont Anne-Sylvie/Moser-Szeless Margit (édits.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Commentaire Romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGa- DUPONT, art. 42 N ...).

DUPONT Anne-Sylvie/GUILLOD Olivier (édits.), *Réflexions romandes en droit de la santé*, Université de Neuchâtel, Zurich 2016.

DUPONT Anne-Sylvie/MOSER-SZELESS Margit (édits.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Commentaire Romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGa- AUTEUR.E, art. ... N ...).

EPINEY Astrid/MOSER Sophie/ROVELLI Sophia (édits.), *Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes = La révision de la Loi fédérale sur la protection des données*, Université de Fribourg, Zurich 2022.

EPINEY Astrid/NÜESCH Daniela (édits.), *Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes = La mise en œuvre des droits particuliers dans le domaine de la protection des données*, Université de Fribourg, Zurich 2015.

EPINEY Astrid/SANGSUE Déborah (édits.), *Datenschutz und Gesundheitsrecht = Protection des données et droit de la santé*, Université de Fribourg, Zurich 2019.

ERARD Frédéric, *Le secret médical, Étude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse*, thèse Zurich 2021.

FORSTER Peter, *Rechtsprechung des Bundesgerichts zum ATSG*, Zurich 2021 (cité : FORSTER, art. ... LPGA N ...).

FRESARD-FELLAY Ghislaine/KAHIL-WOLFF Bettina/PERRENOUD Stéphanie (édits.), *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. II, Berne 2015.

FRESARD-FELLAY Ghislaine/KLETT Barbara/LEUZINGER Susanne (édits.), *Allgemeiner Teil des Sozialversicherungsrechts*, Basler Kommentar, Bâle 2020 (cité : BSK ATSG- AUTEUR.E, art. ... N ...).

FREY Felix/MOSIMANN Hans-Jakob/BOLLINGER Susanne (édits.), *AHVG/IVG Kommentar*, Zurich 2018.

GRAMIGNA Ralph/MAURER-LAMBROU Urs, art. 8 aLPD, in : Maurer-Lambrou Urs /Blechta Gabor P. (édits.), *Datenschutzgesetz Öffentlichengesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2014 (cité : BK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, art. 8 aLPD N ...).

GUILLOD Olivier/CHRISTINAT Rachel (édits.), *L'expertise médicale*, 26^e Journée de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Berne 2021.

HÄUSERMANN Daniel Markus, *Vertraulichkeit als Schranke von Informationsansprüchen*, thèse, Zurich/St-Gall 2009.

KAHIL-WOLFF Bettina/SIMONIN Emmanuelle (édits.), *La 5e révision de l'AI*, Berne 2009.

KIESER Ueli, *Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht ATSG*, 4^{ème} édition complètement révisée, Zurich 2020 (cité : SK ATSG-KIESER, art. ... N...).

LAUBEREAU Birgit/MÜLLER Franziska/HANIMANN Anina/BALTHASAR Andreas, *Ärztliche Aus-, Weiter- und Fortbildung der medizinischen Gutachterinnen und Gutachter*, Forschungsbericht Nr. 5/18, Lucerne 2017 (cité : LAUBEREAU et al.).

LENDFERS Miriam/GÄCHTER Thomas/MOSIMANN Hans-Jakob (édits.), *Allegro con moto*, Zurich 2020.

LONGCHAMP Guy, art. 46 et 47 LPGA, in : Dupont Anne-Sylvie/Moser-Szeless Margit (édits.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Commentaire Romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGA-LONGCHAMP, art. ... N ...).

MAURER-LAMBROU Urs/BLECHTA Gabor P. (édits.), *Datenschutzgesetz Öffentlichengesetz*, Basler Kommentar, Bâle 2014 (cité : BSK DSG- AUTEUR.E, art. ... aLPD N ...).

MEIER Philippe, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011 (cité : MEIER, *Protection*).

MÉTILLE Sylvain (édit.), *L'informatique en nuage*, CEDIDAC, Berne 2022.

MÉTILLE Sylvain (édit.), *Le droit d'accès*, CEDIDAC, Berne 2021.

MUND Claudia, art. 17 DSG, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, Berne 2015 (cité : DSG-MUND, art. 17 aLPD N ...).

ODERMATT-BLOCH Sarina, *Die Verwendung von Personendaten des elektronischen Patientendossiers für therapiefremde Zwecke*, thèse Lucerne 2019.

PÄRLI Kurt/FLÜCK Nathalie, art. 25 DSG, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N ...).

PASSADELIS Nicolas/ROSENTHAL David/THÜR Hanspeter (édits.), *Datenschutzrecht : Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung*, Bâle 2015.

PFÄFFINGER Monika, art. 30 DSG, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG-PFÄFFINGER, art. 30 N ...).

PIGUET Jacques Olivier, art. 44 LPGA, in : Dupont Anne-Sylvie/Moser-Szeless Margit (édits.), *Loi sur la partie générale des assurances sociales*, Commentaire Romand, Bâle 2018 (cité : CR LPGA-PIGUET, art. 44 N ...).

RAMELET Adrien, *Le droit de consulter le dossier en procédure administrative, pénale et civile*, thèse, Lausanne 2021.

RUDIN Beat, art. 2 aDSG, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, Berne 2015 (cité : DSG-RUDIN, art. 2 aLPD N ...).

RUDIN Beat, art. 5 DSG, in : Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (édits.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, 2^e éd., Berne 2023 (cité : SHK DSG-RUDIN, art. 5 N ...).

VALTERIO Michel, *Commentaire Loi fédérale sur l'assurance-invalidité (LAI)*, Genève 2018 (cité : VALTERIO, art. ... LAI N...).

WEBER Stephan (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2018*, Zurich 2018.

WIDMER Dieter, *Die Sozialversicherung in der Schweiz*, 13^e éd., Zurich 2021.

WIEDERKEHR René/PLÜSS Kaspar, *Praxis des öffentlichen Verfahrensrechts, Eine systematische Analyse der Rechtsprechung*, Berne 2020.

Articles et contributions

ALIOTTA Massimo, *Verfahrensrechtliche Aspekte bei Begutachtungen*, in : Weber Stephan (édit.), *Personen-Schaden-Forum 2018*, Zurich 2018, pp. 83 ss (cité : ALIOTTA, *Verfahren*).

BAERISWYL Bruno/HERZOG-ZWITTER Iris/PFEIFFER Verena/SOJER Reinhold/EBNER Gerhard, *Comment faut-il désormais établir les expertises médicales ?*, *Bulletin des médecins suisses* 2021, pp. 1709 ss. (cité : BAERISWYL *et al.*).

BAERISWYL Bruno/HERZOG-ZWITTER Iris/SOJER Reinhold, *Ce qu'il faut savoir sur les enregistrements sonores*, *Bulletin des médecins suisses* 2022, pp. 926 ss.

CHAPPUIS Benoît/ALBERINI Adrien, *Secrets professionnels de l'avocat et solutions cloud*, in : *Anwalts Pratique de l'avocat* 8/2017, pp. 337 ss.

CHRISTINAT Rachel, *L'expertise médicale en procédures*, in : Guillod Olivier/Christinat Rachel (édits.), *L'expertise médicale*, 26^e Journée de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Berne 2021, pp. 55 ss.

CHUFFART-FINSTERWALD Stéphanie, *Développement continu de l'assurance invalidité et enregistrement sonore des expertises : quels risques au regard de la protection des données personnelles et du secret médical ?*, du 20 juillet 2022, disponible sur : [www.swissprivacy.law/158] (consulté le 25 avril 2023).

D'ERRICO Luca, *Répondre à une demande de droit d'accès – aspects pratiques*, in : Métille Sylvain (édit.), *Le droit d'accès*, Berne 2021, pp. 107 ss.

DE TERWANGNE Cécile, *La nouvelle loi suisse de protection des données dans le contexte international (Convention 108+ et RGPD)*, in : Epiney Astrid/Moser Sophie/Rovelli Sophia (édits.), *Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes = La révision de la Loi fédérale sur la protection des données*, Université de Fribourg, Zurich 2022, pp. 39 ss.

DI TRIA Livio, *Droit d'accès et justification d'identité*, du 18 avril 2022, disponible sur : [www.swissprivacy.law/136] (consulté le 25 avril 2023).

DUPONT Anne-Sylvie, *La protection des données confiée aux assureurs*, in : Dunand Jean-Philippe/Mahon Pascal (édits.), *La protection des données dans les relations de travail*, CERT, 2017, pp. 195 ss (cité : DUPONT, *La protection des données*).

DUPONT Anne-Sylvie, *Le droit de réplique en assurances sociales*, in : Bohnet François (édit.), *Le droit de réplique*, CEMAJ, Neuchâtel 2013, pp. 83 ss (cité : DUPONT, *Droit de réplique*).

DUPONT Anne-Sylvie, *Les données confiées aux assureurs sociaux : quelle sécurité ?*, in : Epiney Astrid/Sangsue Déborah (édits.), *Datenschutz und Gesundheitsrecht, Protection des données et droit de la santé*, Université de Fribourg, Zurich 2019, pp. 1 ss (cité : DUPONT, *Les données*).

DUPONT Anne-Sylvie/DURUZ Aline, *Les expertises dans les assurances sociales, en particulier dans l'assurance-invalidité*, in : Guillod Olivier/Christinat Rachel (édits.), *L'expertise médicale*, 26^e Journée de droit de la santé, Université de Neuchâtel, Berne 2021, pp. 117 ss.

ÉRARD Frédéric/AMEY Laura, *La destruction du dossier médical sur requête du patient sous l'angle du droit public*, in : Dupont Anne-Sylvie/Guillod Olivier (édits.), *Réflexions romandes en droit de la santé*, Université de Neuchâtel, Zurich 2016, pp. 277 ss.

FISCHER Philipp/PITTET Sébastien, *L'utilisation de services cloud par des responsables du traitement privés*, in : Métille Sylvain (édit.), *L'informatique en nuage*, Berne 2022, pp. 35 ss.

FLÜCKIGER Alexandre, *Jurisprudence actuelle en matière de protection des données*, in : Epiney Astrid/Nüesch Daniela (édits.), *Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes = La mise en œuvre des droits particuliers dans le domaine de la protection des données*, Université de Fribourg, Zurich 2015, pp. 117 ss.

FRÉSARD-FELLAY Ghislaine, *Partie X : Procédure et contentieux*, in : Frésard-Fellay Ghislaine/Kahil-Wolff Bettina/Perrenoud Stéphanie (édits.), *Droit suisse de la sécurité sociale*, vol. II, Berne 2015, pp. 483 ss.

GIRON Soluna, *Missbrauchsbekämpfung in der Privatversicherung – Recht auf Tonaufnahme der Begutachtung ?*, REAS 2020 pp. 363 ss.

HAAG Christian, *Tonaufnahmen erlaubt*, plädoyer 1/18, pp. 14 s.

HOFMANN Yann-Eric, *Appréciation des rapports médicaux et expertises médicales par les juges en assurances sociales*, RFJ 2020 pp. 221 ss.

JOTTERAND Alexandre, *Contrats cloud : qualification, gestion des données et sortie de la relation*, in : Métille Sylvain (édit.), *L'informatique en nuage*, Berne 2022, pp. 1 ss.

JUNOD Valérie, *Mais quand pourrai-je enfin jeter ce vieux dossier médical ?*, Bulletin des médecins suisses 2020, pp. 765 ss.

KAHIL-WOLFF HUMMER Bettina, *Le droit des assurances sociales dans la perspective de l'expert médical*, in : Lendfers Miriam/Gächter Thomas/Mosimann Hans-Jakob (édits.), *Allegro con moto*, Zurich 2020, pp. 239 ss. (cité : KAHIL-WOLFF HUMMER, *Perspective de l'expert*).

KESSLER Thomas, *Sécurité de l'information avec le cloud computing*, in : Bulletin des médecins suisses 2017, pp. 1493 s.

KIENER Regina/KRÜSI Mélanie, *Die Unabhängigkeit von Gerichtssachverständigen*, RDAF/ZSR 2006 I 487.

KIESER Ueli, *Gutachten im Sozialversicherungsrecht*, REAS 2020, pp. 146 ss.

LIEBRENTZ Michael/SCHLEIFER Roman, *Die Tonaufnahme des Untersuchungsgesprächs im sozialrechtlichen Abklärungsverfahren, Gewährleistung einer verbesserten psychiatrischen Untersuchungstiefe ? Ein Beitrag aus medizinischer Sicht*, in : Lendfers Miriam/Gächter Thomas/Mosimann Hans-Jakob (édits.), *Allegro con moto*, Zurich 2020, pp. 329 ss.

MEIER Philippe, *5^e révision de l'AI et détection précoce : que reste-t-il de la protection des données et du secret médical ?*, in : Kahil-Wolff Bettina/Simonin Emmanuelle (édits.), *La 5^e révision de l'AI*, Berne 2009, pp. 97 ss (cité : MEIER, 5^e révision).

MEIER Philippe/STAEGER Alexandre, *La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées) – état des lieux*, Jusletter 14 décembre 2009, disponible sur : [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2009/549/_7970.html] (consulté le 25 avril 2023) (cité : MEIER/STAEGER, Surveillance, N ...).

MÉTILLE Sylvain, *La (nouvelle) Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 : des principes, des droits et des obligations*, in : Epiney Astrid/Moser Sophie/Rovelli Sophia (édits.), *Die Revision des Datenschutzgesetzes des Bundes = La révision de la Loi fédérale sur la protection des données*, Université de Fribourg, Zurich 2022, pp. 1 ss (cité : MÉTILLE, *La nouvelle loi fédérale*).

MÉTILLE Sylvain, *Le traitement des données personnelles sous l'angle de la (nouvelle) loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020*, SJ II/2021, pp. 1 ss (cité : MÉTILLE, *Le traitement*).

MEYER Pauline, *Les sites internet utilisant un protocole « http » à bannir*, du 26 septembre 2022, disponible sur : [www.swissprivacy.law/173] (consulté le 25 avril 2023).

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

PIRROTTA Jean, *L'expertise médicale dans l'assurance invalidité suisse*, CGSS n° 35, Genève 2005, pp. 37 ss.

PRIEUR Yvonne, *Datenschutz im Sozialversicherungswesen*, in : Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter (édits.), *Datenschutzrecht : Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung*, Bâle 2015, pp. 431 ss.

ROSENTHAL David, *Controller oder Processor : Die datenschutzrechtliche Gretchenfrage*, in : Jusletter 17 Juin 2019, [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2019/983/controller-oder-proc_28e2b6e4ed.html] (consulté le 25 avril 2023) (cité : ROSENTHAL, *Controller oder Processor*).

ROSENTHAL David, *La nouvelle loi sur la protection des données*, in : Jusletter 16 novembre 2020, disponible sur : [https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2020/1045/das-neue-datenschutz_0e89d89706.html] (consulté le 25 avril 2023) (cité : ROSENTHAL, *La nouvelle loi*).

ROUILLER Félise/EPINEY Astrid, *Le droit d'accès à ses données personnelles*, in : Métille Sylvain (édit.), *Le droit d'accès*, Berne 2021, pp. 1 ss.

ZBÄREN-LUTZ Corinne/KOCHER Ralf, *Neuerungen bei Begutachtungen in den Sozialversicherungen*, in : *November-Tagung zum Sozialversicherungsrecht 2021*, IRP-Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, 2022, pp. 25 ss.

Publications officielles

Suisses

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE – CONSEIL DES ÉTATS, deuxième conseil, *LAI. Modification (Développement continu de l'AI)*, session d'automne 2019 (BO CE 2019 790).

ASSEMBLÉE FÉDÉRALE – CONSEIL NATIONAL, divergences, *LAI. Modification (Développement continu de l'AI)*, session d'hiver 2019 (BO CN 2019 2193).

FÉDÉRATION DES MÉDECINS SUISSES, *Exigences minimales pour la sécurité informatique des cabinets médicaux – Onze recommandations*, de juin 2020 (cité : FMH, *Sécurité informatique*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 février 2017 concernant la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI), FF 2017 2363 (cité : Message, *Développement continu AI*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565 (cité : Message, *LPD*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD), FF 1988 421 (cité : Message, *aLPD*).

CONSEIL FÉDÉRAL, Message du 24 novembre 1999 concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement des données personnelles dans les assurances sociales, FF 2000 219 (cité : Message, *Adaptation et harmonisation*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Circulaire sur la procédure de l'assurance invalidité (CPAI)*, du 1^{er} janvier 2022 (cité : CPAI, ch. ...).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, Directives sur la gestion, la conservation, l'archivage et la destruction des documents dans les domaines AVS/AI/APG/PC/Ptra/AFamAgr/AFam (DGD), du 1^{er} octobre 2022 (cité : OFAS, *DGD*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Dispositions d'exécution relatives à la modification de la loi fédérale sur l'assurance-invalidité (Développement continu de l'AI)*, Rapport explicatif (après la procédure de consultation), du 3 novembre 2021 (cité : OFAS, *Dispositions d'exécution*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Le Développement continu de l'AI entrera en vigueur le 1er janvier 2022 : soutien accru aux personnes concernées*, Communiqué de presse, du 3 novembre 2021, disponible sur : [<https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-85521.html>] (cité : OFAS, *Communiqué*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Lettre d'informations : Enregistrements sonores des entretiens / Capacités fonctionnelles*, du 16 décembre 2021 (cité : OFAS, *Enregistrements sonores*).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Questions de procédure dans le cadre d'expertises médicales*, Lettre circulaire AI no 412, du 20 janvier 2022 (cité : OFAS, *Lettre*).

OFFICE FÉDÉRAL DE LA JUSTICE, *Ordonnance sur la protection des données (OPDo)*, Rapport explicatif, du 31 août 2022 (cité : OFJ, *OPDo*).

PRÉPOSÉ FÉDÉRAL A LA PROTECTION DES DONNÉES ET A LA TRANSPARENCE, *Conservation de dossiers médicaux dans le nuage*, 22^e rapport d'activités 2014/2015 (cité : PFPDT, *Dossiers médicaux dans le nuage*).

PRÉPOSÉ FÉDÉRAL A LA PROTECTION DES DONNÉES ET A LA TRANSPARENCE, *Guide relatif aux mesures techniques et organisationnelles de la protection des données*, août 2015 (cité : PFPDT, *Guide*).

Européennes

COMITÉ EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES, *Lignes directrices 07/2020 concernant les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD*, du 7 juillet 2021 (cité : CEPD, *Lignes directrices 07/2020*).

Françaises

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTÉS, *Professionnels : comment répondre à une demande de droit d'accès ?*, disponible sur : [<https://www.cnil.fr/fr/professionnels-comment-repondre-une-demande-de-droit-dacces>] (consulté le 8 avril 2023) (cité : CNIL, *Professionnels*).

Sitographie

eAVS/AI, *IVA – Enregistrements sonores Manuel d'utilisation pour les experts*, disponible sur : [https://www.eahv-iv.ch/Portals/0/adam/Content/z36_8MvEgUmj2ZIrBT2mpA/Link/IVA%20-%20Gutachter%20Anleitung_V1_5_20220414_FR.pdf] (cité : eAVS/AI, *Manuel d'utilisation*) (consulté le 25 avril 2023).

eAVS/AI, *Support*, disponible sur : [<https://www.eahv-iv.ch/fr/iva/support-faq#a-2279>], consulté le 25 avril 2023 (cité : eAVS/AI, *Support*) (consulté le 25 avril 2023).

OFFICE FÉDÉRAL DES ASSURANCES SOCIALES, *Programmes de recherche sur l'assurance invalidité (PR-AI)*, disponible sur : [<https://www.bsv.admin.ch/bsv/fr/home/publications-et>

services/forschung/forschungsbereiche/programmes-de-recherche-sur-lassurance-invalidite-pr-ai-.html] (consulté le 25 avril 2023) (cité : OFAS, *Programme*).

MESSI Michela, *AI : les enregistrements sonores favorisent la transparence*, du 15 novembre 2022, in : Sécurité sociale CHSS, disponible sur : [<https://sozialesicherheit.ch/fr/ai-les-enregistrements-sonores-favorisent-la-transparence/>] (consulté le 25 avril 2023).

Table des arrêts

Publiés

ATF 146 V 9, non publié au JdT

ATF 144 V 280, non publié au JdT

ATF 143 V 409, non publié au JdT

ATF 141 V 557, non publié au JdT

ATF 139 V 492, non publié au JdT

ATF 139 V 349, non publié au JdT

ATF 139 I 206, non publié au JdT

ATF 138 V 218, non publié au JdT

ATF 137 V 210, JdT 2011 I 215 (rés.)

ATF 134 I 83, non publié au JdT

ATF 133 III 235, JdT 2008 I 102 (rés.)

ATF 133 II 384, JdT 2008 I 451 (trad.)

ATF 132 V 321, non publié au JdT

ATF 131 II 413, non publié au JdT

ATF 130 II 473, JdT 2005 I 387 (rés.)

ATF 127 V 219, non publié au JdT

ATF 127 I 73, non publié au JdT

ATF 126 I 97, JdT 2004 IV 3 (trad.)

ATF 125 V 351, non publié au JdT

ATF 125 III 440, JdT 1999 II 173 (trad.)

ATF 125 II 321, non publié au JdT

ATF 124 V 372, non publié au JdT

ATF 123 II 534, JdT 1999 I 193 (rés.)

ATF 122 V 157, non publié au JdT

ATF 122 I 153, JdT 1998 I 194 (trad.)

ATF 118 Ia 144, JdT 1994 IV 95 (rés.)

ATF 113 Ib 257, JdT 1989 IV 29 (rés.).

Table des abréviations

| | |
|--------------|---|
| <i>a</i> DSG | = <i>a</i> LPD |
| AI | Assurance-invalidité |
| al. | alinéa(s) |
| <i>a</i> LPD | Ancienne loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS. 235.1) |
| art. | article |
| ATF | Arrêt du Tribunal fédéral |
| ATSG | = LPGA |
| AVS | Assurance vieillesse et survivants |
| BO | Bulletin officiel |
| BSK | Commentaire bâlois |
| c. | considérant(s) |
| CC | Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (RS. 210) |
| CE | Conseil des États |
| CEDH | Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS. 0.101). |
| CEPD | Comité européen de la protection des données |
| cf. | <i>confer</i> |
| ch. | chiffre(s) |
| CJUE | Cour de justice de l'Union européenne |
| CN | Conseil national |
| CNIL | Commission nationale de l'informatique et des libertés française |
| CP | Code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (RS. 311.0) |
| CPAI | Circulaire sur la procédure dans l'assurance-invalidité |
| CPC | Code de procédure civile, du 19 décembre 2008 (RS.272) |
| CPP | Code de procédure pénale, du 5 octobre 2007 (RS. 312.0) |
| CR | Commentaire romand |
| Cst. | Constitution fédérale de la Confédération suisse, du 18 avril 1999 (RS. 101). |
| DEP | Dossier électronique du patient |
| DGD | Directives sur la gestion, la conservation, l'archivage et la destruction des documents dans les domaines AVS/AI/APG/PC/Ptra/AFamAgr/AFam |

| | |
|---------------|--|
| DSG | = LPD |
| eAVS/AI | Plateforme d'échange de données eAVS/AI |
| éd. | édition |
| édit./édits | éditeur·e·s |
| ég. | également |
| <i>et al.</i> | <i>et alii</i> (et autres) |
| FF | Feuille fédérale |
| FMH | Fédération des médecins suisses |
| GE | Genève |
| REAS | Revue Responsabilité et Assurance |
| JdT | Journal des Tribunaux |
| LAA | Loi fédérale sur l'assurance-accidents, du 20 mars 1981 (RS. 832.20) |
| LAI | Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959 (RS. 831.20) |
| LAVS | Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946 (RS. 831.10) |
| LDEP | Loi fédérale sur le dossier électronique du patient, du 19 juin 2015 (RS. 816.1) |
| let. | lettre(s) |
| LIPAD-GE | Loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles genevoise, du 5 octobre 2001 (RS-GE A 2 08) |
| LPD | Loi fédérale sur la protection des données, du 25 septembre 2020 (RS. 235.1) |
| LPGA | Loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 6 octobre 2000 (RS. 830.1) |
| LPMéd | Loi fédérale sur les professions médicales universitaires, du 23 juin 2006 (RS. 811.11) |
| LPrD-VD | Loi sur la protection des données personnelles vaudoise, du 11 septembre 2007 (RS-VD 172.65) |
| LS-GE | Loi sur la santé genevoise, du 7 avril 2006 (RS-GE. K 1 03) |
| LSP-VD | Loi sur la santé publique vaudoise, du 29 mai 1985 (RS-VD. 800.01) |
| N | Numéro(s) |
| not. | notamment |
| OFAS | Office fédéral des assurances sociales |
| OFJ | Office fédéral de la justice |

| | |
|-------------|---|
| OPDo | Ordonnance sur la protection des données, du 31 août 2022 (RO 2022 568) |
| OPGA | Ordonnance sur la partie générale du droit des assurances sociales, du 11 septembre 2002 (RS. 830.11) |
| p. | page(s) |
| p. ex. | par exemple |
| PA | Loi fédérale sur la procédure administrative, du 20 décembre 1968 (RS. 172.021) |
| PCF | Loi fédérale de procédure civile fédérale, du 4 décembre 1947 (RS. 273) |
| ph. | phrase(s) |
| RAI | Règlement sur l'assurance-invalidité du 17 janvier 1961 (RS. 831.201) |
| RDAF | Revue de droit administratif et de droit fiscal |
| réf. citées | références citées |
| resp. | respectivement |
| RFJ | Revue fribourgeoise de jurisprudence |
| RGPD | Règlement n° 679/2016 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), JO n°L 119 du 4 mai 2016 |
| RS | Recueil systématique suisse |
| RSAS | Revue suisse des assurances sociales et de la prévoyance professionnelle |
| RSG | Recueil systématique genevois |
| RSV | Recueil systématique vaudois |
| s./ss. | et suivant/suivant(e)s |
| SHK | Stämpflis Handkommentar |
| SK | Schulthess Kommentar |
| SMR | Service médical régional |
| TAF | Tribunal administratif fédéral |
| TF | Tribunal fédéral |
| VD | Vaud |

I. Introduction

Le 1^{er} janvier 2022, les nouvelles dispositions du projet de « Développement continu de l'AI » sont entrées en vigueur. L'objectif principal de cette révision est d'améliorer le système de l'assurance-invalidité (AI) en renforçant la réadaptation et en prévenant l'invalidité¹. L'idée est, notamment, de renforcer la collaboration entre les médecins et l'AI. Ainsi, le projet introduit une réglementation concernant les mesures d'instruction et les expertises médicales². Pour ce faire, le législateur ne s'est pas limité à revoir le système spécifique de l'AI, mais modifie aussi les dispositions applicables au cadre général des assurances sociales.

Ces modifications législatives prévoient notamment l'introduction des enregistrements sonores des expertises à l'art. 44 al. 6 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA)³. Cette introduction concerne ainsi toutes les assurances sociales soumises à la LPGA, à l'exclusion des assurances privées soumises à la loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)⁴⁵. Le but recherché par l'art. 44 al. 6 LPGA est une plus grande transparence des expertises en assurances sociales.

Cette intention ressort des débats parlementaires comme l'explique la conseillère aux Etats BRUDERER WYSS : « Aujourd'hui, la question de savoir ce qui a exactement été dit lors de l'expertise donne souvent lieu à des litiges juridiques de longue durée. L'enregistrement des entretiens tel que nous le proposons apporte de la clarté en la matière et protège les deux parties. Cette mesure n'est donc pas seulement dans l'intérêt de l'assuré – qui est ainsi protégé si des indications figurant dans l'expertise sont ou lui semblent être erronées –, mais aussi dans celui des experts »⁶. Ainsi, le nouvel art. 44 al. 6 LPGA prévoit que « [s]auf avis contraire de l'assuré, les entretiens entre l'assuré et l'expert font l'objet d'enregistrements sonores, lesquels sont conservés dans le dossier de l'assureur ».

Cet alinéa a pris une importance considérable en particulier dans le domaine de l'assurance-invalidité. Entre son entrée en vigueur en janvier et la mi-octobre 2022, 20'500 enregistrements ont été saisis sur la plateforme eAVS/AI mise en place à cet effet⁷.

L'objectif de la présente contribution consiste à examiner le changement apporté par l'introduction des enregistrements sonores lors de procédures comprenant des expertises médicales. L'analyse adopte tant un point de vue assécurologique qu'un regard sur la protection des données. Ce choix se justifie par la nature transversale du droit des assurances sociales et celle englobante et toujours plus importante de la protection des données.

Pour ce faire, les deux domaines seront analysés séparément. Dans un premier temps, nous aborderons la partie en droit des assurances-sociales. Nous commencerons par brièvement rappeler les prérequis nécessaires en abordant l'expertise de l'art. 44 LPGA en général (II.A.1) et l'objectif de transparence poursuivi par son al. 6 (II.A.2). Ensuite, nous définirons l'objet de la disposition sur l'enregistrement sonore (II.B). Après, la procédure à suivre pour la mise en

¹ OFAS, *Communiqué*, p. 1.

² *Ibid.*

³ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS. 830.1.

⁴ Loi fédérale du 2 avril 1908 sur le contrat d'assurance (LCA), RS. 221.229.1.

⁵ CHUFFART-FINSTERWALD.

⁶ BO CE 2019, 806 (BRUDERER WYSS).

⁷ MESSI.

place d'une expertise et son enregistrement sera examinée (II.C). Finalement, nous verrons la valeur probante des expertises médicales et l'utilité que l'enregistrement sonore fournit (II.D).

Dans un second temps, nous nous intéresserons aux implications de l'enregistrement sonore au regard des principes et règles de protection des données. Tout d'abord, nous analyserons le cadre légal applicable aux assurances sociales en matière de protection des données (III.A.1). Nous qualifierons par la suite les données en jeu (III.A.2) et identifierons les différents acteurs du traitement (III.A.3). Ensuite, des problématiques pratiques choisies pouvant intervenir lors du traitement d'enregistrements sonores seront développées, tels que les moyens pour les réaliser (III.B.1), les mesures pour leur stockage et transfert (III.B.2) et leur durée de conservation (III.B.3). Ensuite, nous aborderons le cas particulier du droit à l'effacement et à la rectification (III.B.4). Enfin, nous analyserons dans quel cas un accès est possible () et conclurons brièvement l'analyse (III.B.5).

Quelques précisions sont encore à ajouter : tout d'abord, par soucis de simplification de rédaction, l'analyse adoptera principalement la perspective de l'assuré faisant l'objet de l'enregistrement. Il ne sera pas question de celle des tiers dans une telle procédure. Ensuite, dans le but d'avoir un point de vue concret, nous utiliserons les dispositions spécifiques de l'assurance-invalidité pour illustrer la théorie. Ce choix s'explique par le fait que les enregistrements sonores ont une grande place au sein de cette institution, car les prestations de l'AI sont principalement dépendantes de la clarification de certaines questions médicales⁸. Finalement, il ne sera pas question des implications quant au secret médical en rapport avec les enregistrements.

II. Assurances sociales : l'enregistrement sonores des expertises

A. Prérequis

1. L'expertise de l'art. 44 LPGA en général

L'expertise prévue à l'art. 44 LPGA est un moyen de preuve particulier en matière de procédure d'assurances sociales et a une importance considérable. Il vise à pallier des situations juridiques et de fait toujours plus complexes où l'assureur ne posséderait pas toujours des connaissances pour les appréhender⁹. Il devient alors nécessaire de recourir à un spécialiste externe pour établir les faits pertinents : l'expert. Faisant partie des dispositions relatives à la procédure administrative en matière d'assurances sociales, l'art. 44 LPGA s'adresse à l'assureur¹⁰. Partant, les principes en découlant ne sont pas applicables aux expertises judiciaires¹¹. Servant à principalement élucider des questions de fait relevant du domaine médical, l'expertise revêt un rôle considérable principalement dans l'assurance-invalidité et l'assurance-accidents, mais également dans l'assurance-maladie et l'assurance militaire¹².

Une expertise est établie par un professionnel de la santé, généralement un médecin. Ce dernier donne des renseignements sur l'état physique, psychique ou mental d'une personne pour mettre en évidence des faits juridiquement pertinents¹³. Ces renseignements servent de moyens de preuve utiles aux autorités pour rendre une décision, pour l'établissement d'un droit aux

⁸ DUPONT/DURUZ, p.119.

⁹ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 1.

¹⁰ SK ATSG-KIESER, art. 44 N 24.

¹¹ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 3.

¹² ATF 122 V 157 ; BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 1.

¹³ KAHIL-WOLFF HUMMER, *Perspective de l'expert*, N 2.

prestations sociales ou l'ampleur de celles-ci¹⁴. Cependant, elle ne se limite pas au domaine médical, mais peut aussi servir à clarifier des faits de nature technique ou financière¹⁵. L'expert doit présenter les éléments nécessaires de manière neutre, exacte et complète¹⁶. Les caractéristiques de l'expert, la mise en place d'une expertise et sa valeur probante seront traitées en aval, respectivement *infra* II.B.3 ; II.C.1 et II.D.1.

2. La transparence dans l'assurance-invalidité

La transparence est un objectif central du projet de développement continu du l'AI¹⁷. En effet, elle se traduit sous plusieurs aspects. Tout d'abord, les offices AI doivent à présent tenir à jour et publier une liste contenant notamment des indications sur tous les experts et centres d'expertises mandatés, classés selon les disciplines, le nombre annuel de cas expertisés et les incapacités de travail attestées¹⁸. Cette obligation a été inscrite uniquement dans la LAI et non dans la LPGa, qui s'adresse à toutes les assurances sociales. La raison de cette spécificité a été exprimée lors des débats parlementaires. Lors de ceux-ci, le conseiller aux États JOACHIM explique que le problème que l'on tente de résoudre par une plus grande transparence ressort principalement de l'AI¹⁹. Cela s'explique par le nombre élevé de procédure de récusation ouverte contre des experts AI²⁰. En conséquence, selon lui, les autres assurances devraient être exemptées de ce surcroît de travail administratif²¹.

Deuxièmement, dans un but de transparence et d'assurance qualité, les mandats d'expertises portant sur deux disciplines (bidisciplinaires) sont attribués uniquement à des binômes d'experts ou aux centres d'expertises qui ont conclu une convention avec l'OFAS²². Ils ne sont plus attribués directement par les offices AI. En outre, comme les expertises pluridisciplinaires, les bidisciplinaires sont attribuées de manière aléatoire par une plateforme informatique, uniformisant ainsi la procédure et retirant l'influence des offices AI sur le choix des experts²³.

Troisièmement et c'est le thème de cette contribution, les enregistrements sonores des entretiens entre l'assuré et l'expert visent aussi à une plus grande transparence. En effet, le but est d'avoir un support permettant de clarifier les faits²⁴. De plus, ces enregistrements sonores ont aussi pour objectif de garantir une procédure correcte, de contribuer à l'assurance qualité et d'éviter des litiges²⁵. Selon le conseiller national LOHR, il s'agit du seul moyen de savoir, en cas de conflit, de ce qui a réellement été dit lors de l'entretien entre la personne concernée et l'expert²⁶. L'implémentation de l'al. 6 de l'art. 44 LPGa a cependant fait l'objet de nombreux débats. La minorité aux États KUPRECHT, HÄBERLI-KOLLER, HÖSLI a proposé l'exigence d'un procès-verbal en lieu et place de l'enregistrement²⁷. Bien que suivie par le Conseil fédéral, cette

¹⁴ KAHIL-WOLFF HUMMER, *Perspective de l'expert*, N 2.

¹⁵ BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 1 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 14.

¹⁶ KAHIL-WOLFF HUMMER, *Perspective de l'expert*, N 4.

¹⁷ MESSI.

¹⁸ Art. 57 al. 1 let. n LAI.

¹⁹ BO CE 2019, 805 (JOACHIM).

²⁰ *Ibid.*

²¹ *Ibid.*

²² OFAS, Communiqué, p. 2.

²³ *Ibid.*

²⁴ CPAI, ch. 3117.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ BO CN 2019, 2199 (LOHR).

²⁷ BO CE 2019, 806 (KUPRECHT).

proposition a finalement été rejetée²⁸. Un tel procès-verbal aurait impliqué la présence d'une personne supplémentaire lors de l'expertise, ce qui aurait eu pour conséquence de mettre en péril le lien de confiance indispensable entre l'assuré et l'expert²⁹.

B. L'objet de l'enregistrement

Après avoir vu l'évolution et l'intention du législateur lors de l'adoption de l'enregistrement sonore de l'art. 44 al. 6 LPGA, cette prochaine section se penche sur son contenu. Comme plusieurs notions juridiques interviennent, il est nécessaire de les prendre dans l'ordre et de les définir.

1. L'assuré

Tout d'abord, la question est de savoir *qui* est concerné par l'enregistrement. Il s'agit bien de « l'assuré » (« *die versicherte Person* » ; « *l'assicurato* ») qui fait l'objet de l'expertise enregistrée. Comme évoqué précédemment, la LPGA s'applique à toutes les assurances (*supra* II.A). Il est donc nécessaire de regarder au cas par cas les conditions du champ d'application personnel pour la personne visée en fonction du régime d'assurance et de l'éventualité du cas³⁰. Il est clair que ce travail est réalisé bien en amont de la mise en œuvre d'une expertise selon l'art. 44 LPGA, au stade initial de l'analyse du cas.

Indépendamment du régime d'assurance, l'assuré est toujours « une personne physique, identifiée individuellement »³¹. On peut notamment citer les conditions d'assurance des art. 1a et 2 LAVS³², art. 1b LAI et art. 1a et 4 LAA³³ pour l'assurance obligatoire et facultative des personnes.

2. Les entretiens

La notion « d'entretiens » (« *Interviews* » ; « *colloqui* ») est définie à l'art. 7k al. 1 OPGA. Elle comprend l'ensemble de l'entrevue de bilan, incluant l'anamnèse et la description, par l'assuré, de l'atteinte à sa santé. Le terme « anamnèse » désigne « le processus qui permet au soignant de reconstituer l'historique médical du patient à l'aide de ses souvenirs »³⁴. Dans le cas de l'expertise médicale, le rôle de l'expert diffère de celui du médecin soignant. En effet, la démarche est focalisée sur le diagnostic et ses conséquences, non sur un objectif thérapeutique³⁵.

Concernant les modalités, l'art. 7k al. 6 OPGA prévoit que l'assuré et l'expert doivent tous deux confirmer oralement le début et la fin de l'entretien lors de l'enregistrement sonore, en précisant l'heure. Ils confirment de la même manière toute interruption de l'enregistrement. Cela empêche notamment des manipulations (*a posteriori*) des enregistrements ou d'autres montages.

L'art. 7k al. 6 OPGA remplit l'objectif de transparence de deux manières. Tout d'abord, l'assuré et l'expert savent exactement la durée et les éléments contenus dans l'entretien enregistré. La seconde manière concerne le cas où l'enregistrement viendrait à être interrompu pour une cause technique par exemple. Les participants à l'expertise notifient la survenance de l'interruption

²⁸ BO CE 2019, 807.

²⁹ BO CE 2019, 807 (BERSET).

³⁰ DUPONT, *Droit de réplique*, N 11.

³¹ *Idem*, N 13.

³² Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), RS. 831.10.

³³ Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA), RS. 832.20.

³⁴ MONTAVON, p. 249.

³⁵ DUPONT, *Droit de réplique*, N 107.

et reprennent ensemble le fil de l'expertise. Cela augmente de ce fait la transparence de l'entretien et réduit les divergences en cas de conflit ultérieur.

3. L'expert

« L'expert » (« *der Sachverständigen* » ; « *il perito* ») est l'autre personne présente lors de l'entretien. Selon la formule consacrée par la jurisprudence, « l'expert a pour fonction d'informer le juge ou l'administration sur des règles d'expérience ou sur des notions relevant de son domaine d'expertise, d'élucider pour le tribunal ou les organes administratifs des questions de fait dont la vérification et l'appréciation exigent des connaissances spéciales – scientifiques, techniques ou professionnelles – ou de tirer, sur la base de ses connaissances, des conclusions sur des faits existants »³⁶.

La personne appelée à agir en qualité d'expert doit disposer, en sus de l'indépendance prévue à l'art. 44 al. 2 LPGA, de plusieurs qualités personnelles et professionnelles. L'expert désigné doit, premièrement, être une personne physique, car il s'agit d'une tâche personnelle³⁷. Cela n'exclut cependant pas qu'il recourt au service d'un interprète, d'un traducteur, ou encore qu'il confie certaines tâches (techniques ou de recherche) à un stagiaire ou un collaborateur sous sa responsabilité³⁸.

Deuxièmement, il doit être compétent. Le niveau exigé dépend naturellement de la complexité du cas et des faits à établir³⁹. Il doit toutefois pouvoir justifier d'une formation solide et de connaissances pratiques bien établies⁴⁰. Sans être forcément un spécialiste reconnu du domaine, il doit avoir une certaine autorité pour pouvoir donner du poids à son appréciation⁴¹. Certaines exigences, illustrant cette compétence, sont notamment prévues à l'art. 7m OPGA⁴². Les experts médicaux peuvent réaliser des expertises au sens de l'art. 44 al. 1 LPGA s'ils disposent d'un titre postgrade (art. 7m al. 1 let. a OPGA), s'ils sont inscrits au registre des professions médicales⁴³ (art. 7m al. 1 let. b OPGA), s'ils possèdent une autorisation de pratiquer valable ou ont rempli leur obligation de s'annoncer (art. 7m al. 1 let. c OPGA) et s'ils disposent d'au moins cinq ans d'expérience clinique (art. 7m al. 1 let. d OPGA).

Enfin, ce doit être une personne impartiale. Cette impartialité revêt trois composantes : l'indépendance, l'objectivité et la neutralité. Pour la première, l'expert ne doit pas se trouver dans un rapport de dépendance ou avoir des liens particuliers avec l'une des parties (assureur ou assuré)⁴⁴. Pour la deuxième, il doit procéder à un examen objectif de la situation et rapporter les constatations qu'il a faites de façon neutre et circonstanciée. L'opinion qu'il émet doit être factuelle et fondée sur des principes scientifiques généralement acceptés et conformes à l'état actuel de la science⁴⁵. Enfin, il doit faire preuve de neutralité en adoptant un comportement et une attitude respectueuse et courtoise vis-à-vis de toutes les parties⁴⁶.

³⁶ ATF 118 Ia 144, c. 1c, JdT 1994 IV 95 (rés.) et réf. citées ; CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 10.

³⁷ ATF 146 V 9, c. 4.2.2 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 24.

³⁸ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 12.

³⁹ FORSTER, art. 44 LPGA N 6 et 9.

⁴⁰ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 13.

⁴¹ *Ibid.* ; PIRROTTA, p. 44.

⁴² Ordonnance du 11 septembre 2002 sur la partie générale du droit des assurances sociales (OPGA), RS. 830.11.

⁴³ Conformément à l'art. 51 al. 1 LPMéd.

⁴⁴ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 15 ; BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 16 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 68 ; PIRROTTA, p. 45.

⁴⁵ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 16 ; BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 16 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 68.

⁴⁶ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 17 ; BSK ATSG-ALIOTTA, art. 44 N 16 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 69.

4. Le dossier de l'assureur et le dossier électronique du patient

La notion de « dossier de l'assureur » (« *Akten des Versicherungsträgers* » ; « *atti dell'assicuratore* ») correspond aux documents concernant l'assuré détenu par l'assureur. Une obligation pour l'assureur de tenir un dossier complet pour chaque assuré est prévue à l'art. 46 LPGA. Selon cet article, l'assureur doit « [enregistrer] de manière systématique tous les documents qui peuvent être déterminants » et ce, « lors de chaque procédure relevant des assurances sociales ».

Cette obligation de documenter est une concrétisation du droit d'être entendu de l'assuré, tel que garanti par l'art. 29 al. 2 Cst. et expressément rappelé à l'art. 42 LPGA⁴⁷. Pour rappel, il s'agit de la garantie pour le justiciable de pouvoir s'expliquer sur tous les éléments pertinents avant qu'une décision touchant sa situation juridique ne soit rendue, ainsi que le devoir pour l'assureur de motiver sa décision, afin que le justiciable puisse en saisir la portée et exercer ses droits en connaissance de cause⁴⁸.

L'art. 46 LPGA oblige l'assureur à avoir une documentation complète et systématique. Selon la jurisprudence, les documents doivent être classés par ordre chronologique et être numérotés au plus tard lors de la décision⁴⁹. En règle générale, une liste des pièces et leurs intitulés y figurent⁵⁰.

Les « documents » sont toutes les informations déterminantes, peu importe le support (physique ou électronique), qui concernent l'affaire (« *alles was zur Sache gehört* »)⁵¹. Cela inclut notamment les rapports médicaux internes et les avis des médecins externes, comme les expertises⁵². Bien qu'il soit soumis au secret médical, le médecin externe mandaté par l'assureur informe l'assuré que toutes les informations recueillies au cours de l'expertise seront communiquées à l'assureur indépendamment de leur utilité pour l'analyse médicale du cas ni pour la situation asséurologique⁵³. Partant, si un enregistrement sonore est réalisé lors d'un entretien, il devra être versé et classé dans le dossier⁵⁴.

À notre sens, il est nécessaire de traiter ici la question du dossier électronique du patient (DEP) au sens de la LDEP⁵⁵. Cette nouvelle loi-cadre vise à régler les conditions de traitement des données du DEP et à définir les mesures propres à l'adoption, la diffusion et le développement de ce celui-ci⁵⁶. La LDEP prévoit de mettre en œuvre un système décentralisé pour le DEP et les données saisies par les professionnels de la santé⁵⁷. Le DEP repose sur un système de stockage de données dit « secondaire » par opposition aux systèmes dits « primaires »⁵⁸. Ces derniers sont les systèmes internes des institutions de soins (cabinets, hôpitaux) sur lesquels les soignants et auxiliaires enregistrent à titre principal l'ensemble des données concernant les

⁴⁷ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 1 ss.

⁴⁸ ATF 141 V 557, c. 3.1 ; TF, arrêt 9C_439/2016 du 6 janvier 2017 ; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 3.

⁴⁹ Art. 8 OPGA ; TF, arrêt 9C_329/2016 du 19 août 2016, c. 4.2 ; ATF 138 V 218, c. 8.1.2 ; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 11.

⁵⁰ TF, arrêt 9C_329/2016 du 19 août 2016, c. 4.2.

⁵¹ ATF 124 V 372, c. 3 b) ; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 12 ; SK ATSG-KIESER, art. 46 N 12.

⁵² CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 14 ; SK ATSG-KIESER, art. 46 N 15.

⁵³ DUPONT, *La protection des données*, p. 208.

⁵⁴ ATF 130 II 473, c. 4.1, JdT 2005 I 387 (rés.).

⁵⁵ Loi fédérale du 19 juin 2015 sur le dossier électronique du patient (LDEP), RS. 816.1.

⁵⁶ Art. 1 al. 1 et 2 LDEP.

⁵⁷ ERARD, N 137.

⁵⁸ *Idem*, N 142.

traitements prodigués⁵⁹. Quant à lui, le DEP, en tant que système secondaire, contient des informations importantes enregistrées en vue d'être mises à disposition d'autres professionnels de la santé⁶⁰.

En revanche, le DEP et le dossier de l'assureur ne doivent pas être confondus. En effet, le DEP est « alimenté » et accessible uniquement par les « professionnels de la santé » et le patient sous certaines conditions⁶¹. Par « professionnel de la santé », il faut comprendre le professionnel du domaine de la santé reconnu par le droit fédéral ou cantonal qui applique ou prescrit des traitements médicaux ou qui remet des produits thérapeutiques ou d'autres produits dans le cadre d'un traitement médical (art. 2 let. b LDEP). Comme ERARD le relève, la qualification de « professionnel de la santé » repose sur deux composantes : la reconnaissance du statut de professionnel du domaine de la santé par le droit fédéral ou cantonal et l'application ou la prescription d'un traitement médical et la remise de produits à cet effet⁶².

Par conséquent, les experts AI et les médecins conseil de l'assurance maladie ne sont pas reconnus comme des professionnels de la santé, car ils ne « traitent » pas les assurés⁶³. Par extension, lorsqu'ils n'ont pas de fonction thérapeutique, les assureurs sociaux ne peuvent pas avoir accès au DEP.

5. Conservé

Pour ce qui est de l'aspect « conservé » (« *aufgenommen* » ; « *acquisite* »), le législateur n'avait initialement pas spécifié les modalités de la gestion des dossiers et avait laissé libre appréciation aux assureurs⁶⁴. L'art. 8a OPGA (« conservation des dossiers ») a ensuite été introduit en 2019⁶⁵. Il prévoit que les dossiers sont conservés de manière sûre et appropriée, et de sorte qu'ils ne puissent subir aucun dommage (al. 1). De plus, ils doivent être protégés par des mesures architecturales, techniques et organisationnelles appropriées contre les accès non autorisés, les modifications non enregistrées et le risque de perte (al. 2). Ces notions de mesures de conservation seront abordées ultérieurement (*infra* III.B.2).

Cependant, aucune précision ni à l'art. 46 LPGA, ni à l'art. 8a OPGA n'a été faite sur la question du format de conservation des documents, qu'il soit fait de manière électronique ou uniquement sur papier⁶⁶. En pratique et comme l'OFAS le recommande⁶⁷, presque tous les assureurs traitent leurs documents de manière électronique⁶⁸.

C. Procédure et mise en place

1. De l'expertise...

Comme relevé précédemment (*supra* II.A), la LPGA en général et plus particulièrement l'art. 44 LPGA s'appliquent à toutes les assurances sociales. Pour un aperçu plus concret de la

⁵⁹ ERARD, N 142.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Art. 8 et 9 LDEP.

⁶² ERARD, N 147.

⁶³ *Idem*, N 149.

⁶⁴ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 22.

⁶⁵ RO 2019 2833.

⁶⁶ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 22 ; SK ATSG-KIESER, art. 47 N 7.

⁶⁷ OFAS, DGD, N 4211.

⁶⁸ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 22 ; PRIEUR, N 13.55.

procédure, nous avons choisi de l'illustrer avec les dispositions spécifiques de l'AI, à l'aide de la Circulaire sur la procédure de l'assurance-invalidité (CPAI) édictée par l'OFAS⁶⁹.

La CPAI fait partie des directives destinées à l'application uniforme des prescriptions légales, voire à la codification de la pratique des organes d'exécution⁷⁰. Elle n'a d'effets qu'à l'égard de l'administration. La circulaire ne crée pas de nouvelles règles de droit mais expose le point de vue de l'administration sur l'application d'une règle. Cette interprétation n'est pas contraignante et il est possible de s'en écarter en cas de non-conformité avec les dispositions applicables⁷¹.

Comme cela ressort des art. 43 et 61 let. c LPGA, les faits relevant du droit des assurances sociales répondent à la maxime inquisitoire⁷². Les expertises font parties des mesures d'instruction à disposition de l'assureur, conformément à l'art. 43 LPGA. L'application des maximes inquisitoire et d'office implique que l'assureur, puis le juge, sont responsables de l'instruction et décident seuls de la mise en place de l'expertise⁷³. L'instruction permet d'établir si les conditions du droit à la prestation sont remplies en examinant d'office tous les faits pertinents⁷⁴. Elle porte sur toutes les prestations, même si celles-ci ne sont pas expressément sollicitées⁷⁵. L'office AI prend toutes les mesures nécessaires et, au besoin, peut faire appel à des tiers⁷⁶.

Dans certains cas, une instruction médicale peut être nécessaire pour évaluer les conditions du droit aux prestations de l'AI⁷⁷. Pour récolter les renseignements médicaux, l'office AI demande un rapport médical ainsi que les documents déjà disponibles. Il peut aussi mener un entretien avec le médecin traitant de l'assuré⁷⁸. Si ces informations ne sont pas suffisantes et ne permettent pas d'apprécier les faits médicaux, l'office AI demande au Service médical régional (SMR) de procéder lui-même à un examen médical afin de les compléter⁷⁹. Si, avec l'examen médical du SMR, l'office AI ne parvient toujours pas à apprécier les faits ou si un tel examen n'est pas indiqué, une expertise médicale externe peut être mandatée⁸⁰. Un schéma résumant la suite de notre analyse est disponible à l'annexe A (cf. IV.A).

Lorsqu'une expertise monodisciplinaire est requise, l'office AI sélectionne directement le ou les experts selon leurs disciplines et disponibilités⁸¹. Elle vérifie également si l'expert remplit les conditions de l'art. 7m OPGA (*supra* II.B.3). L'office transmet alors dans sa communication à l'assuré les informations nécessaires conformément aux al. 2 et 3 de l'art. 44 LPGA. Les parties ont alors un délai de 10 jours pour formuler des motifs de récusation ou remettre par

⁶⁹ Cette circulaire est revue et corrigée de manière périodique. Notre travail se base sur la dernière version en date du 1^{er} janvier 2023.

⁷⁰ ATF 132 V 321, c. 3.3 et réf. citées.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² CHRISTINAT, p. 65.

⁷³ DUPONT, *Le droit de réplique*, N. 110.

⁷⁴ CPAI, ch. 3001.

⁷⁵ TF, arrêt 8C_233/2010 du 7 janvier 2011, c. 5.1 ; CPAI, ch. 3002.

⁷⁶ Par. ex : un employeur, un médecin, des autorités administratives et judiciaires ou des assureurs privés ; CPAI, ch. 3006 ss.

⁷⁷ CPAI, ch. 3048.

⁷⁸ *Idem*, ch. 3051.

⁷⁹ Art. 49 al. 2 RAI ; CPAI, ch. 3060.

⁸⁰ CPAI, ch. 3064.

⁸¹ *Idem*, ch. 3074.

écrit des questions supplémentaires⁸². Ce délai n'est pas prolongeable⁸³. L'office AI examine ces questions et décide si elles permettent d'établir une expertise à satisfaction de droit⁸⁴. L'office décide en dernier ressort des questions qui sont posées aux experts⁸⁵.

Dans le cas où l'assuré ne soulève aucun motif de récusation ou d'objection, le mandat est attribué à l'expert avec un délai en fonction de la complexité de l'expertise⁸⁶. En revanche, si l'un des motifs de l'art. 36 al. 1 LPGA en relation avec l'art. 10 al. 1 PA est soulevé, l'assureur doit examiner s'ils sont réalisés dans le cas d'espèce⁸⁷. En cas d'admission du motif de récusation, l'assureur désigne un nouvel expert en tenant compte des contre-propositions de l'assuré⁸⁸. Une nouvelle communication est alors faite avec un nouveau délai de 10 jours⁸⁹. Si l'assuré n'a pas présenté de contre-propositions ou que l'assureur ne peut pas accepter un des experts proposés, ils recherchent un consensus⁹⁰. Si aucun consensus n'est trouvé ou si l'assureur maintient son choix malgré une demande de récusation, il rend une décision incidente sujette à recours⁹¹.

Dans le cadre d'expertises bi- ou pluridisciplinaires⁹², la procédure diffère sur certains aspects. L'assureur n'attribue cette fois pas directement le mandat d'expertise, mais le dépose sur SuisseMED@P⁹³. La plateforme va ensuite attribuer le mandat pour les expertises par un courriel de confirmation, qui devra être enregistré dans le dossier de l'assuré⁹⁴. L'assureur transmet au binôme d'experts ou au centre d'expertises médicales⁹⁵ le dossier complet au plus tard le jour qui suit l'attribution du mandat⁹⁶. Pour les expertises pluridisciplinaires, le centre d'expertises examine la liste des disciplines médicales et la modifie si nécessaire. Les disciplines choisies par le centre sont déterminées à titre définitif et ne peuvent être contestées par l'assureur ou l'assuré⁹⁷. Il en va de même pour le choix des disciplines relatives aux expertises mono- et bidisciplinaires par l'assureur⁹⁸.

L'assuré peut en revanche toujours invoquer des motifs de récusation dans le même délai et conditions que pour les expertises monodisciplinaires. En cas d'admission d'un motif pour une expertise pluridisciplinaire, l'office AI en informe le centre d'expertise qui désigne un ou des nouveaux experts⁹⁹. Si cela n'est pas possible, le mandat est à nouveau déposé sur la plateforme SuisseMED@P¹⁰⁰. Pour les expertises bidisciplinaires, le mandat est directement à nouveau

⁸² Art. 36 al. 1 LPGA et 10 al. 1 PA ; art. 44 al. 2 et 3 LPGA.

⁸³ CPAI, ch. 3077.

⁸⁴ ATF 137 V 210, c. 3.4.1, JdT 2011 I 215 (rés.).

⁸⁵ Art. 44 al. 3 LPGA *in fine*.

⁸⁶ CPAI, ch. 3079, généralement 90 jours.

⁸⁷ *Idem*, ch. 3080.

⁸⁸ *Idem*, ch. 3081.

⁸⁹ Art. 44 al. 2 et 3 LPGA.

⁹⁰ Art. 7j al. 1 OPGA ; CPAI, ch. 3083.

⁹¹ Art. 44 al. 4 LPGA ; CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 27.

⁹² Resp. deux disciplines, quatre et plus.

⁹³ Cf. www.suissemedap.ch, plateforme d'attribution des mandats d'expertise ; TF, arrêt 8C_771/2013 du 10 décembre 2013, c. 2.2.

⁹⁴ CPAI, ch. 3098 ; pour le dossier : cf. *supra* II.B.4.

⁹⁵ P. ex. Unisanté à Lausanne.

⁹⁶ CPAI, ch. 3100.

⁹⁷ Art. 44 al. 5 LPGA ; ATF 139 V 349, c. 3.3.

⁹⁸ Art. 44 al. 5 LPGA.

⁹⁹ CPAI, ch. 3107.

¹⁰⁰ *Ibid.*

déposé sur la plateforme¹⁰¹. Si les objections de l'assuré ne sont pas ou que partiellement admises, l'office AI rend une décision incidente¹⁰². Conformément à l'art. 7j al. 3 OPGA, aucune recherche de consensus n'est organisée en cas de désaccord.

2. ...avec enregistrement sonore

En principe, l'enregistrement sonore est obligatoire, à moins que la personne assurée ne le refuse¹⁰³. Dans la communication annonçant qu'une expertise est nécessaire (*supra* II.C.1), l'assureur informe l'assuré que les entretiens seront enregistrés et qu'il aura le droit d'écouter les enregistrements sur demande¹⁰⁴. L'assureur est également tenu de l'informer du but de l'enregistrement sonore et de la possibilité d'y renoncer¹⁰⁵. Le formulaire officiel de renonciation est annexé à la communication¹⁰⁶. Un schéma résumant la suite de notre analyse est disponible à l'annexe B (cf. IV.B).

La renonciation à l'enregistrement sonore peut porter tant sur un seul des entretiens que sur leur intégralité¹⁰⁷. La déclaration de renonciation doit être faite par écrit¹⁰⁸. Elle peut être présentée à l'organe d'exécution¹⁰⁹ (soit l'office AI en assurance invalidité) avant l'entretien et au plus tard 10 jours après que l'entretien auquel l'assuré veut renoncer a eu lieu¹¹⁰. Dans le cas où elle intervient après l'entretien, la renonciation entraîne la destruction de l'enregistrement¹¹¹. L'assureur est seul habilité à accepter une déclaration officielle de renonciation, et non l'expert¹¹². L'assureur doit immédiatement communiquer à l'expert ou aux experts une copie de la déclaration¹¹³.

Lorsque l'assuré demande au moment de l'entretien à ce que celui-ci ne soit pas enregistré, l'expert renvoie à la possibilité de présenter une renonciation après l'entretien à l'assureur dans les délais. L'expert peut aussi renoncer à effectuer l'entretien. Dans ce cas, l'office demande à l'assuré de lui remettre une déclaration de renonciation formelle et convient d'un nouvel entretien avec le même expert¹¹⁴. L'assuré conserve toutefois la faculté de révoquer sa déclaration de renonciation auprès de l'assureur avant l'entretien par oral ou écrit¹¹⁵. L'assureur informe alors le ou les experts de la décision de révocation dans les meilleurs délais¹¹⁶.

À teneur de l'art. 44 al. 6 LPGGA, seul les enregistrements sonores des entretiens auxquels l'assuré n'a pas renoncé font partie du dossier et sont conservés dans le dossier de l'assureur. De surcroît, l'expert réalise l'enregistrement sonore conformément « à des prescriptions

¹⁰¹ CPAI, ch. 3108.

¹⁰² *Idem*, ch. 3109.

¹⁰³ Art. 44 al. 6 LPGGA ;

¹⁰⁴ CPAI, ch. 3117.

¹⁰⁵ Art. 44 al. 6 LPGGA et 7k al. 2 OPGA.

¹⁰⁶ CPAI, ch. 3117.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Art. 7k al. 3 OPGA.

¹⁰⁹ Concernant les utilisations parfois confuses par le législateur des termes et notions « assureur », « organe d'exécution » et « assurance sociale », voir SK ATSG-KIESER, *Vorbemerkungen*, N 110 ss.

¹¹⁰ Art. 7k al. 3 let. b OPGA.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² CPAI, ch. 3119.

¹¹³ Art. 7k al. 3 OPGA.

¹¹⁴ CPAI, ch. 3122.1.

¹¹⁵ Art. 7k al. 4 OPGA.

¹¹⁶ CPAI, ch. 3121.

techniques simples » et est tenu de veiller à son déroulement correct sur le plan technique¹¹⁷. On peut imaginer la situation où le son serait de mauvaise qualité le rendant inaudible¹¹⁸.

En cas de constatation par l'assureur que l'enregistrement sonore n'est pas techniquement correct, il doit contacter l'expert ou le centre d'expertise pour correction. Si le défaut persiste, il en informe l'assuré. Ce dernier peut remettre en cause la validité de l'expertise sur la base de ces informations. Pour ce faire, il doit le notifier par écrit à l'assureur dans les 10 jours à compter de la date de l'information et en indiquer les raisons. L'assuré peut aussi contester la vérifiabilité et l'exploitabilité de l'expertise après avoir écouté et constaté des manquements techniques¹¹⁹. Il doit en informer l'assureur dans les 10 jours après réception de l'enregistrement pour écoute¹²⁰. L'assureur et lui tentent alors de s'accorder sur la suite de la procédure¹²¹. Si aucun accord n'est trouvé, l'assureur rend une décision incidente¹²².

Le cercle des personnes pouvant demander à écouter l'enregistrement sonore est inscrit à l'art. 7l al. 1 OPGA. Il peut être écouté sur demande de l'assuré ou de son représentant légal en cas de litige¹²³. Il peut également être écouté par l'assureur ayant mandaté l'expertise et les autorités décisionnaires dans le cadre de la procédure administrative, de la procédure d'opposition (art. 52 LPGGA), de la révision et de la reconsidération (art. 53 LPGGA) ainsi qu'en cas de contentieux (art. 56 et 62 LPGGA). Cela vaut également pour la procédure de préavis au sens de l'art. 57a LAI (art. 7l al. 1 OPGA). La transmission à des tiers, comme les assurances-accidents ou les autres personnes légitimées à présenter recours selon l'art. 49 LPGGA n'est pas autorisée¹²⁴. La commission fédérale d'assurance qualité des expertises médicales peut également demander l'accès aux enregistrements sonores dans le cadre de ses tâches (art. 7p al. 4 et 5 OPGA)¹²⁵.

Dès la fin de la procédure pour laquelle l'expertise a été mandatée et l'entrée en force de la décision qui en découle, l'assureur peut détruire l'enregistrement sonore en accord avec la personne assurée (art. 7l al. 3 OPGA).

Après avoir vu ce que contient l'enregistrement sonore et sa mise en place, il nous faut à présent aborder la question de son importance en procédure asséurologique, en commençant par la valeur probante de l'expertise médicale.

D. Le rôle de l'enregistrement sonore dans la procédure

1. De la valeur probante de l'expertise médicale...

Comme vu précédemment (*supra* II.A.1), l'expert a pour rôle d'informer le juge ou l'administration sur des faits ou des constatations relevant de son domaine d'expertise. Pour PIGUET, il est leur auxiliaire, dont il complète les connaissances par son savoir de spécialiste¹²⁶. Cependant, et indépendamment du fait qu'il soit nommé par le juge ou l'autorité d'instruction, l'expert officiel n'est pas l'expert d'une partie. Une approche différente devrait être prise pour

¹¹⁷ Art. 7k al. 5 2^e et 3^e ph. OPGA.

¹¹⁸ eAVS/AI, *Support*.

¹¹⁹ Art. 7k al. 8 OPGA.

¹²⁰ CPAI, ch. 3126.

¹²¹ Art. 7k al. 8 OPGA.

¹²² CPAI, ch. 3127.

¹²³ CPAI, ch. 3128.

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Art. 7l al. 2 OPGA.

¹²⁶ CR LPGGA-PIGUET, art. 44 N 10.

un expert privé¹²⁷. Cette notion d'auxiliaire est toutefois contestée. Certains auteurs qualifient même de manière volontairement polémique les experts médicaux de « juges en blanc » (« *Richter in Weiss* »)¹²⁸. Ils mettent ainsi le doigt sur la problématique de la valeur probante des expertises externes mandatées.

Comme point commun à toutes les procédures, l'organe décisionnaire apprécie librement les preuves (art. 157 CPC¹²⁹ ; art. 40 PCF¹³⁰ *cum* art. 55 al. 1 PA¹³¹ et 55 LPGA ; art. 10 al. 2 CPP¹³² ; art. 61 let. c LPGA)¹³³. La jurisprudence en matière d'expertise médicale dans la procédure administrative non contentieuse a beaucoup évolué. Précédemment, elle lui attribuait une pleine valeur probante devant le juge. Ensuite, le Tribunal fédéral a renforcé la participation de l'assuré et, ainsi, relativisé sa force probante¹³⁴. Il lui permet désormais d'attaquer le choix de l'expert opéré par l'administration¹³⁵. En outre, lorsque les preuves provenant de la procédure menée par l'administration sont insuffisantes, l'assuré a le droit de requérir du juge une expertise¹³⁶. Dans son raisonnement, le TF s'est pour l'essentiel fondé sur le droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.¹³⁷ et 42 LPGA) et sur le droit à un procès équitable (art. 6 CEDH¹³⁸).

Dans le cadre des expertises réalisées sur mandat de l'art. 44 LPGA, quel que soit l'assureur social concerné, le TF leur attribue une valeur probante, non plus pleine, mais supérieure à toute autre pièce médicale pouvant figurer dans le dossier médical de l'assuré¹³⁹. Cette expertise s'avère le plus souvent déterminante pour la décision finale sur le droit aux prestations¹⁴⁰. Malgré les aménagements du droit prétorien¹⁴¹, en pratique, l'assuré continue à rencontrer des difficultés pour faire valoir ses droits tant au niveau formel que matériel¹⁴².

Pour évaluer la valeur probante supérieure des rapports des experts médicaux, le TF a développé des critères pour certaines situations, comme c'est le cas pour l'appréciation de la capacité de travail en vue d'une rente AI¹⁴³. Ainsi, le contenu de l'expertise médicale repose désormais en assurances sociales sur des critères « juridico-médicaux »¹⁴⁴.

Lorsqu'une expertise est présentée au juge, celui-ci doit évaluer le travail d'un spécialiste reconnu se basant sur des observations approfondies et des investigations complètes en pleine

¹²⁷ ATF 127 I 73, c. 3 f) bb) ; RDAF 2002 I 287.

¹²⁸ Not. KIENER/KRÜSI, p. 490 et réf. citées.

¹²⁹ Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC), RS.272.

¹³⁰ Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale (PCF), RS. 273.

¹³¹ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA), RS. 172.021.

¹³² Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (CPP), RS. 312.0.

¹³³ CHRISTINAT, p. 66.

¹³⁴ ATF 137 V 210, JdT 2011 I 215 (rés.) ; CHRISTINAT, p. 66 ; DUPONT/DURUZ, p. 135.

¹³⁵ ATF 137 V 210, c. 3.4, JdT 2011 I 215 (rés.).

¹³⁶ ATF 137 V 210, c. 3.4.2.6, JdT 2011 I 215 (rés.).

¹³⁷ Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (Cst.), RS. 101.

¹³⁸ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS. 0.101.

¹³⁹ DUPONT/DURUZ, p. 128.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 142.

¹⁴¹ Not. ATF 137 V 210, JdT 2011 I 215 (rés.).

¹⁴² DUPONT/DURUZ, p. 142.

¹⁴³ ATF 143 V 409, c. 4 ; ATF 144 V 280, c. 2 à 5 ; TAF, arrêt C-2719/2016 du 25 avril 2019, c. 6.2 ; CHRISTINAT, p. 65.

¹⁴⁴ CHRISTINAT, p. 65.

connaissance du dossier avec des résultats convaincants¹⁴⁵. L'expertise vise précisément à combler un manque de connaissances¹⁴⁶. Par conséquent, le juge paraît *a priori* démuné pour critiquer les conclusions de l'expertise¹⁴⁷. Dans ce cadre, le TF a considéré que le juge ne peut pas s'écarter des conclusions de l'expert sans se fonder sur des motifs pertinents et sans motiver sa décision en tenant compte du droit d'être entendu des parties¹⁴⁸. À noter que ni l'intitulé du rapport d'expertise, ainsi qualifié ou non, ni l'origine de celui-ci n'ont d'influence sur sa valeur probante¹⁴⁹. En conséquence, c'est au juge qu'appartient la tâche de vérifier que l'appréciation médicale remplisse les réquisits jurisprudentiels en matière d'expertise¹⁵⁰. Si tel est le cas, il doit lui attribuer une valeur probante supérieure¹⁵¹.

Pour analyser la valeur probante de l'expertise, l'examen va donc porter sur les aspects formels (ou « contenu formel ») établis par la jurisprudence¹⁵². Le juge vérifie que l'expert disposait des compétences requises pour analyser la situation en cause, dont font partie sa spécialisation, son expérience dans le domaine concerné et sa réputation¹⁵³.

Il s'assure ensuite que l'expert a procédé à un examen objectif de la situation médicale du sujet, que ses constatations sont faites de façon neutre et circonstanciée et que ses conclusions s'appuient sur des considérations médicales et non des jugements de valeur (critère d'objectivité)¹⁵⁴. Par conséquent, toute formulation dénotant un manque d'objectivité ou suggérant la prévention est en principe rédhibitoire pour l'appréciation de la valeur probante par le juge¹⁵⁵.

Le juge regarde ensuite que l'examen personnel de la personne expertisée a été fait. Il est en principe exigé pour octroyer une valeur probante à l'expertise¹⁵⁶. Il est toutefois possible d'en établir une sur la seule base d'un dossier lorsqu'il contient suffisamment d'informations médicales qui se fondent sur un examen personnel de l'assuré¹⁵⁷.

D'autres critères peuvent encore intervenir tels que la durée de l'examen et la connaissance du dossier¹⁵⁸. Le premier n'est pas un critère en soi, mais peut être pris en compte si la durée est très brève¹⁵⁹. Le deuxième ressort de l'anamnèse et permet de voir si tous les éléments essentiels

¹⁴⁵ HOFMANN, p. 228.

¹⁴⁶ CHRISTINAT, p. 66.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ ATF 133 II 384, c. 4.2.3, JdT 2008 I 451 (trad.) ; TF, arrêt 5A_794/2017 du 7 février 2018, c. 4.1.

¹⁴⁹ ATF 134 I 83 c. 4.1 et réf. citées ; ATF 133 III 235, c. 5.2, JdT 2008 I 102 (rés.) ; ATF 126 I 97, c. 2b, JdT 2004 IV 3 (trad.) ; ATF 125 III 440, c. 2a, JdT 1999 II 173 (trad.) ; TF, arrêt 9C_179/2015 du 22 septembre 2015 c. 3 ; HOFMANN, p. 226 ; KAHIL-WOLFF HUMMER, *Perspective de l'expert*, N 20.

¹⁵⁰ HOFMANN, p. 228.

¹⁵¹ *Ibid.*

¹⁵² ATF 125 V 351, c. 3b ; TF, arrêt 8C_408/2009 du 25 mai 2010, c. 7.2 ; HOFMANN, p. 228 ; SK ATSG-KIESER, art. 44 N 78.

¹⁵³ Ég. cf. *supra* II.C.1 ; CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 13 ; HOFMANN, p. 229.

¹⁵⁴ HOFMANN, p. 230 ; CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 16.

¹⁵⁵ HOFMANN, p. 231.

¹⁵⁶ *Ibid.*

¹⁵⁷ TF, arrêt U 315/02 du 23 octobre 2003, c. 3.2 ; HOFMANN, p. 231.

¹⁵⁸ HOFMANN, p. 231.

¹⁵⁹ Un examen psychiatrique de 20 minutes a déjà été jugé insuffisant par le TF, cf. TF, arrêt I 1094/06 du 14 novembre 2007, c. 3.1.1, RSAS 2008 393.

ont bien été pris en compte, que l'expert a répondu à toutes les questions qui lui ont été posées et qu'il se réfère à des sources scientifiques récentes¹⁶⁰.

Enfin, il est possible de contester le contenu de l'expertise. C'est la contestation dite « matérielle ». Elle se fonde principalement sur un manque de clarté dans les développements du rapport, en invoquant principalement des imprécisions, une incohérence ou encore son caractère incompréhensible¹⁶¹. Pour pallier le problème d'un contexte scientifique complexe, le juge (ou décideur) peut demander à l'expert de l'éclaircir s'il ne le comprend pas seul¹⁶². Les parties ont également le droit de poser des questions complémentaires ou de demander des précisions à l'expert¹⁶³. Cela découle du droit d'être entendu (art. 44 al. 3 LPGA)¹⁶⁴. Ce droit permet à la personne assurée de prendre connaissance et de se déterminer sur le rapport d'expertise. Cela suppose cependant qu'elle ait des connaissances avancées du domaine, ce qui est rarement le cas¹⁶⁵. À défaut, elle peut s'aider de son médecin traitant ou d'un expert privé, ce qui peut s'avérer coûteux et n'est pas un gage de succès¹⁶⁶.

2. ...à l'utilité de l'enregistrement sonore

« L'enregistrement sonore est la variante la moins chère », comme le résumait la conseillère aux Etats BRUDERER WYSS¹⁶⁷. Bien que le coût mentionné est celui de l'assureur, cet avis est également transposable pour l'assuré. En effet, l'enregistrement sonore permet à l'assuré de jouir d'un outil supplémentaire pour vérifier la qualité d'une expertise, voire de la contester à moindre coût. Cet objectif de vérifiabilité ressort de la lettre de l'art. 7k al. 8 OPGA.

Pour rappel (*supra* II.D.1), le juge ne peut en principe s'écarter des conclusions de l'expert qu'en se fondant sur des motifs pertinents. L'examen portant principalement sur les aspects formels, l'enregistrement sonore officie comme procès-verbal de l'entretien¹⁶⁸. Il permet au juge de vérifier la durée de l'entretien et si les questions pertinentes pour l'élucidation du cas ont bel et bien été posées¹⁶⁹. De plus, du point de vue matériel, il permet d'éclaircir directement les imprécisions ou incohérences qui viendraient à apparaître dans le rapport. Il est clair que cela n'empêche pas le juge ou les parties de demander des éclaircissements supplémentaires lorsque le manque de clarté porte sur des points nécessitant des connaissances spéciales.

Sous l'angle des qualités de l'expert, l'assuré peut également soulever des motifs de récusation ou objection se basant sur l'enregistrement sonore. En effet, un soupçon de manque d'objectivité ou de neutralité de la part de l'expert pourrait tout à fait naître au moment de l'écoute de l'enregistrement et la constatation de discordances entre celui-ci et le rapport¹⁷⁰.

Finalement, il est concevable qu'en améliorant la qualité et la transparence des expertises médicales, les enregistrements réduisent les litiges entre assureurs et assurés. Les enregistrements permettent d'éviter de longues procédures pour savoir ce qui a réellement été dit, en protégeant les intérêts tant de l'assuré que de l'expert contre d'éventuelles fausses

¹⁶⁰ HOFMANN, p. 231 s. ; CHRISTINAT, p. 66.

¹⁶¹ CHRISTINAT, p. 67.

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 22.

¹⁶⁵ DUPONT/DURUZ, p. 139.

¹⁶⁶ *Idem*, p. 143.

¹⁶⁷ « *kostengünstigere Variante* », BO CE 2019, 806 (BRUDERER WYSS) (traduction libre).

¹⁶⁸ BO CE 2019, 806 (KUPRECHT) ; CHRISTINAT, p. 66.

¹⁶⁹ HOFMANN, p. 231 ; CHRISTINAT, p. 67.

¹⁷⁰ CR LPGA-PIGUET, art. 44 N 16 s.

déclarations mentionnées dans le rapport¹⁷¹. Cela assurerait *in fine* que l'assuré accepte la décision de l'assureur.

Dans la suite de ce travail, nous nous pencherons sur les modalités pratiques qui permettent de rendre effectif les droits de l'assuré du point de vue asséculo-logique en lien avec la protection ses données personnelles. Nous aborderons dans un premier temps les principes de base comme cadre légal applicable (III.A.1), la qualification des données (III.A.2) et les rôles des acteurs du traitement (III.A.3). Dans un second temps, nous analyserons certains aspects pratiques des droits de l'assurés sur le traitement des informations médicales contenues dans les enregistrements (III.B).

III. Protection des données : implications pratiques

A. Prérequis

1. Le cadre légal applicable : LPD ou *lex specialis* en assurance sociale

Tout d'abord, il est nécessaire de déterminer quel est le cadre applicable aux enregistrements sonores des expertises de l'art. 44 al. 6 LPGa sous l'angle de la protection des données. De portée générale, la LPD¹⁷² vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques dont les données personnelles font l'objet d'un traitement¹⁷³. Cette loi concrétise à la fois la protection constitutionnelle de la sphère privée prévue à l'art. 13 al. 2 Cst. et le droit au respect de la vie privée découlant du droit civil, notamment de l'art. 28 CC¹⁷⁴.

La LPD s'applique au traitement de données personnelles concernant des personnes physiques selon l'art. 2 al. 1 LPD. Par « données personnelles », il faut entendre « toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable »¹⁷⁵. Comme vu précédemment (*supra* II.B.2), le contenu de l'enregistrement porte sur des données relatives à l'état de santé de l'assuré. De plus, il doit confirmer oralement au début de celui-ci son identité¹⁷⁶. Par conséquent, le contenu de l'enregistrement le rend pleinement identifiable et contient bien des données personnelles. Pour la suite de l'analyse, l'enregistrement sonore et les données contenues seront traités ensemble.

Du point de vue des règles de protection des données, l'assuré est qualifié de « personne concernée ». Il est la personne physique dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 5 let. b LPD) et dont la personnalité est protégée sous l'angle de la protection des données¹⁷⁷. Pour le reste de l'analyse, nous utiliserons les termes « personne concernée » et « assuré » de façon interchangeable.

La loi s'applique tant au traitement de données personnelles effectué par une personne privée que par un organe fédéral (art. 2 al. 1 let. a et b LPD). Elle offre une réglementation-cadre (*lex generalis*)¹⁷⁸. Le législateur fédéral peut prévoir des dispositions spéciales concrétisant ou dérogeant aux règles de la LPD (*lex specialis*)¹⁷⁹. C'est notamment le cas en matière de droit

¹⁷¹ BO CE 2019, 806 (BRUDERER WYSS).

¹⁷² Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD), RS. 235.1.

¹⁷³ Art. 1 LPD.

¹⁷⁴ Code civil suisse, du 10 décembre 1907 (CC), RS. 210.

¹⁷⁵ Art. 5 let. a LPD.

¹⁷⁶ Cf. *supra* II.B.2.

¹⁷⁷ MÉTILLE, *La nouvelle loi fédérale*, p. 7.

¹⁷⁸ MEIER, *Protection*, N 372.

¹⁷⁹ *Idem*, N 373.

des assurances sociales¹⁸⁰. Ces règles priment en principe celles de la LPD. De surcroît, elles sont, dans certains cas, applicables tant aux organes fédéraux, qu'aux entités cantonales voire communales, contrairement à la LPD¹⁸¹. Pour le surplus, les règles générales et les principes prévus dans la loi cadre devront être pris en compte¹⁸².

Il est donc nécessaire de vérifier dans quel cas une loi spéciale du droit des assurances sociales s'appliquerait à la place ou en complément des règles générales de protection des données. Comme nous l'avons évoqué, le champ d'application de ces dispositions légales diffère en fonction de l'institution traitant des données et de la matière.

La LPD s'applique au traitement réalisé par des « organes fédéraux »¹⁸³. En est un, l'autorité fédérale, le service fédéral ou la personne chargée d'une tâche publique de la Confédération (art. 5 let. i LPD). Pour ce dernier cas, il peut s'agir tant d'une personne physique que morale¹⁸⁴. La réponse à la question de savoir si les différents acteurs sociaux sont aussi considérés comme des organes fédéraux doit être nuancée. Face à une entité publique, il faut regarder à quel niveau (fédéral, cantonal ou communal) l'on se trouve, les règles applicables de protection des données n'étant pas les mêmes¹⁸⁵. L'assureur-maladie, accident et leurs médecins conseils sont des organes fédéraux.¹⁸⁶ En revanche, les offices AI sont des organes cantonaux¹⁸⁷. Les règles de protection des données cantonales leur sont donc applicables, même s'ils sont chargés de l'exécution de tâches de la Confédération¹⁸⁸.

L'art. 37 al. 1 aLPD¹⁸⁹ prévoyait que le droit fédéral s'appliquait à titre supplétif lorsque le droit cantonal ne fournissait pas un niveau de protection adéquat. Cette disposition n'a pas été reprise dans la nouvelle loi, car les législations cantonales s'appuient désormais sur les mêmes principes que la LPD¹⁹⁰. Comme nous le verrons, les principaux droits octroyés aux personnes concernées en matière de protection des données sont comparables au travers des différentes lois cantonales¹⁹¹. Pour illustrer notre propos à l'aide de dispositions cantonales, nous avons choisi d'utiliser le droit genevois et vaudois.

Selon l'art. 34 al. 1 LPD, les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale expresse. Il s'agit d'une expression du principe de légalité (art. 5 Cst.)¹⁹². Contrairement à un traitement réalisé par un privé, il ne suffit pas que le traitement ne porte pas atteinte à la personnalité de la personne concernée pour être jugé

¹⁸⁰ MEIER/STAEGGER, *Surveillance*, N 16.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ Art. 2 al. 1 let. b LPD.

¹⁸⁴ DSG-RUDIN, art. 2 aLPD N 17.

¹⁸⁵ DSG-RUDIN, art. 2 aLPD N 18 s ; PRIEUR, N 13.6.

¹⁸⁶ ATF 131 II 413, c. 2.3 ; CHUFFART-FINSTERWALD.

¹⁸⁷ CHUFFART-FINSTERWALD.

¹⁸⁸ TF, arrêt 1C_125/2015 du 17 juillet 2015, c. 2.1 ss. ; ATF 122 I 153, c. 2, JdT 1998 I 194 (trad.).

¹⁸⁹ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (aLPD), RS. 235.1.

¹⁹⁰ DUPONT, *Les données*, p. 2.

¹⁹¹ Ceci est dû au fait que le droit cantonal doit respecter le droit supérieur et notamment les conditions de la Convention 108.

¹⁹² DSG-MUND, art. 17 aLPD N 5.

licite¹⁹³. La même exigence se retrouve dans le droit cantonal, notamment à Genève et Vaud (art. 35 LIPAD-GE¹⁹⁴ et art. 5 LPrD-VD¹⁹⁵).

En matière d'assurances sociales, le législateur fédéral a prévu des bases légales spécifiques pour les différentes assurances les autorisant à traiter de données personnelles en vue de leur tâche. On peut notamment citer l'art. 49b LAVS par renvoi de l'art. 66 LAI en matière d'assurance-invalidité et l'art. 96 LAA pour l'assurance-accident. Il faut aussi naturellement considérer l'art. 44 al. 6 LPGa comme une base légale permettant à un assureur social de procéder à l'enregistrement sonore.

2. La qualification des données

Les données sensibles sont une catégorie particulière de données personnelles décrites à l'art. 5 let. c LPD. Ayant vu que les enregistrements sonores constituaient bien des données personnelles (*supra* III.A.1), reste à savoir si celles-ci sont « sensibles ». Cette catégorie comprend notamment les données personnelles sur la santé (5 let. c ch. 2 LPD) et sur des mesures d'aide sociale (5 let. c ch. 3 LPD).

Cette dernière catégorie n'inclut pas les mesures en lien avec les assurances sociales, mais vise l'aide sociale individuelle apportée par la collectivité à une personne se trouvant dans le besoin¹⁹⁶. Étant donné le contenu de l'enregistrement, il faut considérer les enregistrements comme des données relatives à la santé. La notion de santé et les données y afférents doivent être comprises au sens large. Selon MEIER, ce sont toutes les informations qui permettent, directement ou indirectement, de tirer des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique d'une personne¹⁹⁷. C'est exactement ce qui est recherché et consigné lors d'une expertise¹⁹⁸.

De surcroît, la LPD pose une exigence de base légale formelle en cas de traitement de données sensibles par des organes fédéraux (art. 34 al. 2 let. a LPD). Comme évoqué précédemment, en matière d'assurances sociales, le législateur a prévu des bases légales spécifiques pour les différentes assurances¹⁹⁹. Partant, cette exigence est en l'espèce remplie.

3. Les acteurs du traitement

a) L'assureur comme responsable du traitement

Traditionnellement, on distingue les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant ». Le premier est la personne privée ou l'organe fédéral qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles (art. 5 let. i LPD). Le sous-traitant est, lui, la personne privée ou l'organe fédéral qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement (art. 5 let. j LPD). Ces notions reprennent celles que l'on retrouve en droit européen²⁰⁰.

¹⁹³ Art. 30 al. 1 LPD.

¹⁹⁴ Loi du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles genevoise (LIPAD-GE), RSG. A 2 08.

¹⁹⁵ Loi du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles vaudoise (LPrD-VD), RSV 172.65.

¹⁹⁶ MEIER, *Protection*, N 495 s.

¹⁹⁷ *Idem*, N 486.

¹⁹⁸ BK DSG-BLECHTA, art. 3 aLPD N 33.

¹⁹⁹ Cf. *supra* III.A.1.

²⁰⁰ Message, LPD, p. 6643.

Le responsable du traitement est celui qui décide les finalités et les moyens du traitement de données personnelles²⁰¹. Le CEPD²⁰² définit la finalité comme « un résultat attendu qui est prévu ou qui oriente les actions planifiées » et les moyens comme « la manière dont un résultat est obtenu ou un objectif est atteint »²⁰³. Cela concerne ainsi le « pourquoi » et le « comment » du traitement²⁰⁴. Pour le CEPD et une grande partie de la doctrine, ces deux critères sont cumulatifs²⁰⁵.

En pratique, les activités rentrant dans le cadre des assurances sociales nécessitent un traitement de données personnelles. Un traitement est nécessaire au stade de l'assujettissement à l'assurance, comme plus tard lors de la détermination et de l'allocation des prestations d'assurance²⁰⁶. Le traitement de données personnelles est en principe considéré comme inhérent à leurs tâches²⁰⁷. Comme évoqué, les assureurs en tant qu'organes étatiques ont une obligation légale de traiter des données personnelles²⁰⁸. Partant, ils doivent être considérés comme responsables du traitement²⁰⁹.

b) L'expert comme sous-traitant

Concernant le rôle de l'expert lors de l'enregistrement, la réponse nécessite plus de développement. Comme évoqué, un responsable du traitement est celui qui cumulativement détermine des finalités et des moyens (essentiels) du traitement de données personnelles. Dans le cas de l'expert, bien que son indépendance soit une condition *sine qua non* de sa fonction, son traitement de données s'inscrit dans un cadre relativement strict. La notion de responsable (ou de « contrôle du traitement ») s'apprécie de manière factuelle²¹⁰. Nous procéderons par indices pour le cas de l'expert.

Premièrement, quand bien même l'expert met au service de la procédure ses connaissances, il lui est imposé une discipline médicale ainsi qu'un catalogue de questions auxquelles l'expert doit répondre²¹¹. Le but (ou la finalité) de l'expertise semble donc prédéterminé par l'assureur (voire l'assuré, en cas de questions complémentaires) au moment de la remise du mandat (art. 44 al. 3 LPGa).

Deuxièmement, concernant l'enregistrement, l'expert est tenu de le réaliser dans les conditions strictement établies par la loi²¹². Tout d'abord, le contenu de l'enregistrement est exhaustivement défini. Il porte sur l'anamnèse et la description par l'assuré de l'atteinte à sa santé (art. 7k al. 1 OPGA). Ensuite, la manière pour la réalisation de l'enregistrement est également en principe déterminée. Elle doit se faire conformément à des prescriptions techniques simples²¹³. Enfin, à la fin de l'expertise, l'enregistrement et l'expertise sont transmis

²⁰¹ Message, LPD, p. 6643.

²⁰² Comité européen de la protection des données (CEPD).

²⁰³ CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 33.

²⁰⁴ *Idem*, N 35.

²⁰⁵ CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 36 ; Message, LPD, p. 6643 renvoyant au Message, *aLPD*, p. 456 ; SHK DSG-RUDIN, art. 5 N *aLPD* 62 et MEIER, *Protection*, N 583 notamment ; *contra* : ROSENTHAL, *Controller oder Processor*, N 11.

²⁰⁶ Message, *Adaptation et harmonisation*, p. 222.

²⁰⁷ *Idem*, p. 223.

²⁰⁸ Art. 34 al. 1 LPD ; cf. *supra* III.A.1.

²⁰⁹ ROSENTHAL, *Controller oder Processor*, N 32.

²¹⁰ Cf. *supra* II.B.3 ; CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 25.

²¹¹ CR LPGa-PIGUET, art. 44 N 19.

²¹² Cf. *supra* II.C.2.

²¹³ Cf. *infra* III.B.1.

de manière électronique à l'assureur (art. 7k al. 7 OPGA). Partant, l'aspect « comment » du traitement semble en grande partie défini par l'assureur.

Cependant, une marge de manœuvre est laissée à l'expert. Une distinction est alors à faire entre les moyens dits « essentiels » et « non-essentiels ». Les premiers sont ceux qui sont « étroitement liés à la finalité et à la portée du traitement » et sous le contrôle du responsable²¹⁴. Ils peuvent porter sur le type de données, la durée du traitement ou encore les catégories de personnes concernées²¹⁵. Les moyens non-essentiels concernent les aspects plus pratiques de la mise en œuvre du traitement, comprenant le choix du type de matériel ou logiciel, ou encore les mesures de sécurité concrètes²¹⁶.

Dans le cadre de l'enregistrement et de l'expertise en général, l'expert conduit l'entretien et décide lui-même des informations nécessaires à son diagnostic final. En revanche, le type ou les catégories de données, dans notre cas, de santé, est défini à l'avance dans le mandat d'expertise.

Partant, l'expert semble difficilement correspondre aux indices constitutifs d'un responsable du traitement. Il ne paraît pas être en position de décider des moyens dits « essentiels » du traitement ni de déterminer les finalités de celui-ci. Il faut alors vérifier s'il satisfait plutôt les indices démontrant une sous-traitance.

Aux termes de l'art. 5 let. k LPD, le sous-traitant est la personne privée ou l'organe fédéral qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement. Cette notion reprend également celle du droit européen²¹⁷. Deux conditions cumulatives doivent être remplies pour être qualifié de sous-traitant. Tout d'abord, ce doit être une « entité distincte » du responsable du traitement²¹⁸. Le sous-traitant ne peut pas faire partie de la même entité que ce dernier, comme un de ses services ou départements par exemple²¹⁹. Cette condition semble remplie pour le cas de l'expert externe, car son indépendance vis-à-vis de l'assureur est une condition à sa fonction²²⁰. Il en irait différemment de la position du médecin-conseil de l'assureur social qui lui répond directement.

Ensuite, le sous-traitant doit traiter des données « pour le compte » du responsable du traitement²²¹. Cela ne signifie cependant pas que le traitement se fait sous l'autorité ou sous le contrôle direct du responsable²²². Il s'agit plutôt de la situation où le sous-traitant agit dans l'intérêt du responsable du traitement. Il est amené à suivre les instructions données par le responsable du traitement²²³. Une certaine marge de manœuvre lui est laissée, non pas sur les moyens « essentiels », mais sur ceux qualifiés de « formels ». En font partie, les moyens techniques et organisationnels visant la sécurité des données, tel que l'accès protégé par mot de passe²²⁴.

²¹⁴ CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 40.

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ Message, LPD, p. 6643.

²¹⁸ CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 76.

²¹⁹ DE TERWANGNE, p. 60.

²²⁰ Cf. *supra* II.B.3.

²²¹ CEPD, *Lignes directrices 07/2020*, N 76.

²²² *Idem*, N 80.

²²³ MÉTILLE, *La nouvelle loi fédérale*, p. 7 ; DE TERWANGNE, p. 61.

²²⁴ ROSENTHAL, *Controller oder Processor*, N 49.

En l'espèce, l'expert traite bien des données pour le compte de l'assureur, car il agit sur mandat. Il bénéficie également d'une marge de manœuvre quant aux moyens techniques pour l'enregistrement (art. 7k al. 5 OPGA). Dès lors, il devrait être considéré comme sous-traitant du traitement de données personnelles. Cette solution est soumise à la condition que l'expert ne les traite pas également pour son propre compte, comme à des fins statistiques par exemple²²⁵.

L'art. 9 LPD fixe les conditions autorisant la sous-traitance. Cette dernière doit être prévue par un contrat ou une loi (art. 9 al. 1 LPD), ce qui est le cas selon l'art. 44 LPGA, en particulier l'al. 6 pour l'enregistrement. Le responsable du traitement doit être en droit d'effectuer le traitement. C'est également le cas, la compétence pour mandater une expertise est prévue par la loi²²⁶. Finalement, aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne doit l'interdire (art. 9 al. 1 let. b LPD). Cette dernière condition est également remplie. Il y a bien obligation de garder le secret est prévue à l'art. 33 LPGA qui s'applique aux médecins-experts²²⁷. En revanche, la loi n'interdit pas le traitement de données, à savoir l'enregistrement sonore, mais le prévoit expressément à l'art. 44 al. 6 LPGA²²⁸.

En conclusion, l'expert devrait être qualifié de sous-traitant du traitement de données personnelles réalisé par l'assureur social responsable du traitement. Ces deux rôles – responsable de traitement et sous-traitant – ont des devoirs et des obligations différents vis-à-vis du traitement et des personnes concernées. Nous nous intéresserons à présent à certaines situations et problématiques pouvant surgir en cas d'enregistrement sonore lors d'expertises. Nous verrons en particulier quels moyens et quelles mesures doivent être mises en place, ainsi que l'éventualité de l'effacement et la rectification et finalement son accès.

B. Problématiques choisies

1. Les moyens pour l'enregistrement

Concernant les moyens à mettre en place pour l'enregistrement par l'expert, le principe est prévu à l'art. 7k al. 5 1^e ph. OPGA. Il prévoit que l'enregistrement doit être réalisé par l'expert conformément à des « prescriptions techniques simples ». De surcroît, les assureurs ont pour tâche de garantir l'uniformité de ces prescriptions dans les mandats d'expertise (2^e ph.). Enfin, il en va de la responsabilité de l'expert de s'assurer que l'enregistrement se déroule correctement sur le plan technique (3^e ph.).

En cas de mandat direct attribué par l'AI, l'expert peut librement choisir le moyen pour l'enregistrement. Lorsque le mandat est attribué par le centre d'expertises médicales, celui-ci prescrira la manière de procéder à l'enregistrement sonore et sa transmission²²⁹. Pour le reste, il faut s'en remettre aux règles et principes généraux de la protection des données.

Dans le contexte des enregistrements des expertises AI, la conférence des offices AI (COAI) a chargé l'association eAVS/AI de définir et développer des interfaces et des normes pour l'échange de données en coopération avec l'OFAS²³⁰. L'eAVS/AI propose une solution aux experts externes mandatés pour faciliter la mise en pratique des enregistrements et leur transmission.

²²⁵ À titre d'exemple, on peut citer l'arrêt de la CJUE *Wirtschaftsakademie* (C-210/16).

²²⁶ Art. 44 al. 1 LPGA.

²²⁷ ERARD, N 639.

²²⁸ Message, *Adaptation et harmonisation*, p. 227 s.

²²⁹ BAERISWYL *et al.*, p. 1711.

²³⁰ Site de l'eAVS/AI : [<https://www.eahv-iv.ch/fr>] (consulté le 25 avril 2023).

Lors du choix de l'appareil, deux possibilités s'offrent à l'expert. Il peut soit utiliser l'application mobile (logiciel) mise à disposition par l'eAVS/AI, soit utiliser son propre appareil (dictaphone, smartphone, etc.), logiciel compris et ensuite télécharger l'enregistrement sur la plateforme web destinée aux offices AI²³¹. Dans tous les cas, les enregistrements doivent être mis en ligne sur la plateforme de l'eAVS/AI.

Dans son rôle de sous-traitant, l'expert a aussi certains devoirs vis-à-vis du traitement. Il doit notamment assurer, par des mesures organisationnelles et techniques appropriées, une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru (art. 8 al. 1 LPD). Le Conseil fédéral a édicté des exigences minimales se trouvant aux art. 1 à 6 OPDo (art. 8 al. 3 LPD). Selon l'art. 61 let. c LPD, leur violation est pénalement repréhensible.

Dans le cadre de notre sujet, l'expert est tenu de veiller à la sécurité des enregistrements sonores dès l'instant où ils sont créés et qu'il les traite²³². Il en est responsable jusqu'à leur transmission (comprise), mais aussi tant qu'il les conserve dans le système informatique de son cabinet médical²³³. Le choix du moyen pour l'enregistrement n'est donc pas anodin.

En effet, si l'expert opte pour la solution de l'application de l'eAVS/AI, l'enregistrement ne sera pas stocké sur son appareil, mais directement téléversé sur la plateforme de l'association²³⁴. L'enregistrement reste accessible uniquement par l'expert, qui peut l'écouter ou le supprimer. Le manuel d'utilisation ne mentionne cependant pas s'il peut également être téléchargé depuis la plateforme. L'expert n'est alors plus responsable de la sécurité de l'enregistrement téléchargé. La responsabilité est du ressort de l'assureur AI qui a mandaté l'association eAVS/AI pour sa plateforme. Dans cette situation, l'association a d'ailleurs également un rôle de sous-traitant, si le traitement qu'elle réalise est uniquement destiné au stockage et à l'acheminement des enregistrements sonores vers les offices AI.

En revanche, lorsque l'expert utilise un support privé, sa responsabilité quant à la sécurité des données est accrue²³⁵. En effet, l'enregistrement est cette fois-ci stocké localement sur son appareil. Il doit alors se connecter et s'authentifier sur la plateforme pour pouvoir mettre en ligne le fichier. À cet instant, il existe deux exemplaires de l'enregistrement (sur la plateforme et en local chez l'expert). L'expert peut alors effacer le fichier de ses dossiers et ainsi ne plus être responsable de sa sécurité.

Lorsque l'enregistrement est mis en ligne sur la plateforme, l'expert est le seul à y avoir accès pour constituer son dossier. Au moment où l'enregistrement convient et est techniquement conforme, l'expert le soumet à l'office AI compétent. Il est alors rendu accessible à l'office, mais le reste également pour l'expert pendant une durée de 90 jours²³⁶. Il n'est cependant plus possible pour lui de le supprimer ou de le modifier.

Nous ajoutons qu'il n'existe pas d'intérêt juridiquement protégé, ni de droit de la personne assurée à un enregistrement sonore sur un support privé²³⁷. On tire cette conclusion des aménagements dont l'assuré bénéficie en matière de renonciation (art. 7k al. 2 OPGA).

²³¹ BAERISWYL *et al.*, p. 1711.

²³² SHK DSG- BAERISWYL, art. 8 N 8 et N 56.

²³³ BAERISWYL *et al.*, p. 1711.

²³⁴ eAVS/AI, *Manuel d'utilisation*, p. 7.

²³⁵ BAERISWYL *et al.*, p. 1711.

²³⁶ eAVS/AI, *Manuel d'utilisation*, p. 7.

²³⁷ ZBÄREN-LUTZ/KOCHER, p. 34.

S'agissant de données sensibles, il faut à présent s'intéresser aux mesures à prendre en vue du stockage des enregistrements qui requièrent une attention particulière.

2. Les mesures pour le stockage et transfert

a)auprès du médecin-expert

Comme évoqué, durant la procédure d'expertise, l'expert est amené à potentiellement conserver localement les enregistrements sonores réalisés, lorsqu'il n'utilise pas directement l'application pour enregistrer. Il est alors responsable de mettre en place des mesures organisationnelles et techniques pour leur assurer une sécurité adéquate conformément à l'art. 8 LPD. Selon l'art. 2 OPDo, ces mesures doivent poursuivre quatre objectifs vis-à-vis des données traitées : leur confidentialité (let. a), leur disponibilité (let. b), leur intégrité (let. c) et leur traçabilité (let. d).

Lorsque l'entretien est terminé, son enregistrement sonore se trouve sur le support de l'expert, dans le cas où il utilise un support privé. Le fichier est ensuite temporairement stocké en attendant d'être envoyé à l'assureur compétent. La sécurité des données par l'expert doit alors avoir lieu à plusieurs niveaux.

Premièrement, au niveau du support, qu'il utilise un dictaphone ou un smartphone, l'expert doit garder l'appareil dans un endroit inaccessible par des personnes non-autorisées (contrôle de l'accès aux données, art. 3 al. 1 let. a OPDo). De surcroît, lorsque l'enregistrement se trouve sur un support électronique, comme un smartphone ou un ordinateur, celui-ci doit être protégé contre des logiciels malveillants et mis à jour régulièrement (sécurité du système, art. 3 al. 2 let. f OPDo)²³⁸.

Les cabinets et centres médicaux sont amenés à traiter un grand nombre de données. Ces données nécessitent de l'espace et une structure pouvant les stocker. Ainsi, de plus en plus d'institutions recourent à des solutions d'informatique en nuage ou « *cloud* »²³⁹. Le « *cloud* » peut être défini comme « l'accès à distance à des composantes IT, soit une infrastructure IT (*hardware*) et/ou à des fonctionnalités IT (*software*) »²⁴⁰. Du point de vue de la protection des données le fournisseur *cloud* est un sous-traitant²⁴¹. Cette solution offre des avantages logistiques – grande capacité de stockage, accessibilité facilitée – mais également sécuritaires²⁴². En effet, grâce à cette solution, des infrastructures de plus petites tailles peuvent bénéficier d'installations sur mesure offrant un niveau élevé de performance et de sécurité des données à des coûts raisonnables²⁴³.

Cependant, l'utilisation du *cloud* n'est pas sans risque. Des risques pour les données peuvent provenir de trois domaines distincts. Le fournisseur *cloud* doit veiller à la confidentialité et l'intégrité des données en isolant les données des différents clients du service et en les protégeant contre des accès indus (risques sécuritaires liés au fournisseur *cloud*)²⁴⁴. Lorsque l'utilisateur communique avec le service *cloud*, le transfert d'information doit être sécurisé principalement en cas d'utilisation d'un réseau public (risques sécuritaires liés à la connexion réseau). Finalement, les terminaux utilisés par l'utilisateur peuvent également compromettre

²³⁸ FMH, *Sécurité informatique*, p. 21.

²³⁹ ERARD, N 120.

²⁴⁰ CHAPPUIS/ALBERINI, p. 338.

²⁴¹ FISCHER/PITTET, p. 42.

²⁴² ERARD, N 121.

²⁴³ *Ibid.* ; JOTTERAND, p. 2.

²⁴⁴ KESSLER, p. 1493 ; ERARD, N 122.

la sécurité du *cloud* s'ils ne sont pas correctement protégés (risques sécuritaires liés à l'utilisateur)²⁴⁵.

Enfin, il est recommandé d'avoir une utilisation consciente des services *cloud*. Les données doivent demeurer en Suisse²⁴⁶. En effet, les experts sont soumis au secret professionnel médical selon l'art. 321 CP²⁴⁷. Partant, les données qu'ils traitent sont couvertes par le secret et ne devraient pas être hébergées par un fournisseur *cloud* à l'étranger²⁴⁸. Les garanties de protection du droit suisse ne seraient pas applicables et elles risqueraient de subir un déficit de protection lié au régime étranger applicable²⁴⁹. Pour finir, il est également recommandé de faire une copie des données de sauvegarde (*back-up*), pour éviter une paralysie du cabinet en cas de défaillance du *cloud*²⁵⁰.

b) Vers l'assureur

Même si le stockage des enregistrements par l'expert est conforme aux principes de sécurité, il doit encore veiller dessus jusqu'à ce qu'ils se trouvent chez l'assureur compétent. Selon l'art. 7k al. 7 OPGA, l'expert et le centre d'expertise transmettent l'enregistrement sonore à l'assureur sous forme électronique sécurisée en même temps que l'expertise. En règle générale, les données sensibles doivent être chiffrées²⁵¹. Cela permet de garantir que lors de leur échange, elles ne puissent être consultées, modifiées ou supprimées par des personnes non-autorisées.

En cas de transfert des enregistrements sonores au travers d'une application web (comme dans le cas de la plateforme eAVS/AI), l'accès ne doit se faire qu'avec une connexion sécurisée par le biais de protocoles de communication sécurisés (p. ex : *https*)²⁵². Si les enregistrements sont communiqués par voie électronique, les messages doivent aussi être chiffrés (chiffrement symétrique ou asymétrique)²⁵³.

L'assureur qui a mandaté l'expertise reçoit alors l'enregistrement. Grâce à sa clé de déchiffrement, il déchiffre le fichier d'expertise et l'enregistre dans son dossier. Le fichier fait alors partie des documents soumis à l'obligation de gestion de l'assureur conformément à l'art. 46 LPGA²⁵⁴. De surcroît, selon une interprétation littérale de l'art. 7k al. 7 OPGA, l'assureur ne devrait pas pouvoir accéder à l'enregistrement avant de recevoir le rapport d'expertise final.

3. La durée de conservation

Lorsque l'assureur est en possession des enregistrements, il ne peut pas les garder indéfiniment. En effet, dans le domaine de la protection des données, la durée de conservation découle du principe de proportionnalité dans sa portée temporelle²⁵⁵. Ce principe, consacré à l'art. 6 al. 4 LPD, prévoit que les données personnelles sont détruites ou anonymisées dès qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités du traitement. La LPD n'établit donc pas de durée

²⁴⁵ KESSLER, p. 1494.

²⁴⁶ PFPDT, *Dossiers médicaux dans le nuage*.

²⁴⁷ KESSLER, p. 1494.

²⁴⁸ ERARD, N 1372.

²⁴⁹ *Ibid.*

²⁵⁰ KESSLER, p. 1494.

²⁵¹ FMH, *Sécurité informatique*, p. 29.

²⁵² *Ibid.* ; PFPDT, *Guide*, p. 22 ; MEYER.

²⁵³ PFPDT, *Guide*, p. 22.

²⁵⁴ Cf. *supra* II.B.4.

²⁵⁵ MEIER, *Protection*, N 679.

fixe²⁵⁶. Elle se détermine en fonction du cas concret en prenant en compte les finalités pour lesquelles les données ont été collectées, leur nature et les impératifs de sécurité²⁵⁷. D'autres lois spéciales pourraient en revanche prévoir une durée fixe.

En matière d'enregistrements sonores, leur finalité est déterminée. Ils servent l'expertise qui a été mandatée et sont utilisés en cas de litige. Ensuite, les enregistrements sonores contiennent des données sensibles (art. 5 let. c ch. 2 LPD). Finalement, dû à leur nature « sensible », un niveau accru de sécurité est exigé (art. 8 al. 1 LPD). Partant, leur durée de conservation doit, selon nous, être limitée.

L'OPGA fixe en principe la durée de conservation (et par extension, la destruction) des dossiers de l'assureur à son art. 9a. Dans ses directives sur la gestion et la conservation de documents dans les domaines AVS/AI/APG notamment, l'OFAS prévoit une durée de conservation de 10 ans après l'extinction du dernier droit à une prestation, « après quoi ils peuvent être détruits s'il est certain qu'ils ne seront plus nécessaires pour des prestations octroyées ultérieurement »²⁵⁸. L'OFAS précise que cette dernière hypothèse est remplie au plus tard lorsque la personne assurée atteint l'âge hypothétique (et relativement avancé) de 150 ans²⁵⁹.

Une durée de conservation de 150 ans pour des documents où peuvent figurer des données personnelles sensibles semble, à notre sens, disproportionnée au regard des principes de protection des données (art. 6 al. 2 LPD). Il en va différemment pour une durée de 10 ans. Une durée minimale de 10 ans est également prévue pour la conservation de dossiers médicaux par les professionnels de santé en droit cantonal (art. 57 LS-GE et 87 LSP-VD)²⁶⁰.

Concernant les enregistrements sonores, l'art. 7l al. 3 OPGA prévoit un régime particulier. Il dispose que lorsque la procédure pour laquelle l'expertise a été mandatée est terminée et que la décision qui en découle est entrée en force, l'assureur peut détruire l'enregistrement sonore en accord avec l'assuré. Le législateur a concrétisé ici différents principes de protection des données, comme le principe de finalité de l'art. 6 al. 3 et 4 LPD. Dès que la décision basée sur l'expertise entre en force, les enregistrements n'ont plus d'utilité quant à celle-ci et doivent être détruits. Le principe de proportionnalité entre aussi en considération (art. 6 al. 2 LPD). De fait, comme les enregistrements n'ont plus d'utilité pour la tâche initiale, le responsable du traitement est tenu de les détruire ou les anonymiser²⁶¹. Finalement, cette destruction doit se faire « en accord avec l'assuré ». On peut y voir une forme de matérialisation du droit à l'autodétermination informationnelle de la personne assurée (art. 13 al. 2 Cst.). Néanmoins, il n'est pas mentionné de ce qu'il advient en cas de désaccord de l'assuré²⁶².

Pour l'expert, le droit cantonal lui prévoit une obligation de conservation du dossier médical. Un minimum de 10 ans y est souvent prévu, mais, dû aux délais de prescription applicables aux actions en responsabilité tant civiles (contractuelle ou délictuelle) que pénales des patients

²⁵⁶ MEIER, *Protection*, N 684.

²⁵⁷ *Idem*, N 684 s.

²⁵⁸ OFAS, *DGD*, N 4421.

²⁵⁹ *Ibid.*

²⁶⁰ Loi du 7 avril 2006 sur la santé (LS-GE), RSG. K 1 03 ; Loi sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP-VD), RSV. 800.01.

²⁶¹ MEIER, *Protection*, N 680.

²⁶² OFAS, *Dispositions d'exécution*, p. 75.

contre leurs soignants, il est préconisé de les garder au moins 20 ans²⁶³. Il est attendu que l'expert mandaté conserve donc des enregistrements localement durant ce laps de temps.

La durée de conservation sera donc différente en fonction du cas d'espèce et de la personne ou entité qui traite les données personnelles. Il existe cependant également d'autres institutions qui permettent l'effacement et la destruction de données, évitant peut-être ainsi d'attendre l'échéance du délai de conservation.

4. Les éventuels effacement et rectification

a) Droit à l'effacement

Il existe en protection des données un droit pour la personne concernée de demander l'effacement ou la destruction des données la concernant auprès d'une personne privée (art. 32 al. 2 let. c LPD) ou d'un organe fédéral (art. 41 al. 2 let. a LPD). Il existe une distinction entre la destruction et l'effacement des données. La destruction implique une mesure plus forte que l'effacement, il s'agit de l'élimination irréversible des données²⁶⁴. Il s'agit par exemple de rendre inutilisable un disque dur, un support USB ou un CD si des données s'y trouvent. En cas de copies, il faut que celles-ci soient rendues illisibles. Selon le Message, les ordres habituels de suppression ou un pur reformatage ne représentent pas une destruction, mais un effacement²⁶⁵.

Il faut s'intéresser au cas où l'assuré voudrait requérir du responsable du traitement qu'il détruise ou du moins efface ses données. Dans le cas d'un traitement par une personne privée, dans notre cas l'expert, les dispositions topiques se trouvent aux art. 30, 31 et 32 LPD²⁶⁶. L'art. 30 LPD concrétise les atteintes à la personnalité lors du traitement des données. L'art. 31 LPD définit les motifs justificatifs. L'art. 32 LPD règle les droits que les victimes d'un traitement ayant porté atteinte à leur personnalité peuvent faire valoir²⁶⁷.

Pour rappel, l'art. 6 al. 1 LPD prévoit le principe de licéité du traitement. L'art. 30 al. 2 LPD liste les cas constituant une atteinte illicite à la personnalité. La let. b prévoit notamment que traiter des données personnelles contre la manifestation expresse de la volonté de la personne concernée est constitutif d'une atteinte. Une telle volonté peut être déduite du fait qu'elle en demande la destruction ou l'effacement²⁶⁸. Le responsable du traitement peut cependant invoquer un motif justificatif conformément à l'art. 31 LPD. L'atteinte peut être justifiée par le consentement de la personne concernée, par un intérêt privé ou public prépondérant, ou par la loi (art. 31 al. 1 LPD). Dans le cas du médecin-expert saisi d'une requête d'effacement, il a bien une obligation de tenir un dossier sur ses patients²⁶⁹. Cependant, les dispositions du droit sanitaire doivent être interprétées dans l'intérêt du patient et ne devraient pas fonder à elles seules un refus de destruction du dossier²⁷⁰. Seules la santé publique et la préservation de preuves en vue d'une éventuelle action en responsabilité contre le médecin pourraient justifier un refus après pesée des intérêts²⁷¹. Aussi, lorsqu'une demande de suppression intervient dans une procédure d'expertise, la destruction du dossier ne devrait pas non plus être possible

²⁶³ JUNOD, p. 766.

²⁶⁴ Message, LPD, p. 6641 ; SHK DSG- RUDIN, art. 5 N 44.

²⁶⁵ Message, LPD, p. 6641.

²⁶⁶ *Idem*, p. 6693.

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ SHK DSG- PFAFFINGER, art. 30 N 49.

²⁶⁹ Cf. *supra* III.B.3.

²⁷⁰ ERARD/AMEY, p. 284 et 291.

²⁷¹ *Idem*, p. 291.

L'expert ayant un mandat de droit public, il nous semble difficilement soutenable de l'obliger à supprimer des données qui ne seraient pas erronées.

Pour la destruction et l'effacement du dossier conservé par l'assureur social, s'agissant d'un organe fédéral, les dispositions applicables se trouvent à l'art. 41 LPD. Cette disposition implique que le traitement soit illicite²⁷². Lorsque celui-ci est réalisé par un organe fédéral, l'illicéité se caractérise par une violation de la loi (principe de légalité) ou des principes de l'art. 6 LPD. À notre sens, une demande d'effacement, intervenant lors d'une procédure d'expertise en cours, répond aux conditions de l'art. 41 LPD. En effet, l'expert reçoit le dossier complet de l'assureur²⁷³. Quand bien même c'est l'expert qui le détient à ce moment, le dossier ne lui appartient pas. L'organe fédéral peut néanmoins limiter le traitement au lieu d'effacer les données lorsque l'effacement compromettrait son instruction notamment (art. 41 al. 3 let. d LPD).

En matière d'enregistrements, le traitement est illicite s'il ne respecte pas les dispositions formelles du régime particulier des assurances sociales et générales de la protection des données. La prétention en destruction et effacement des données faisant partie du droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.), toute restriction doit respecter les conditions de l'art. 36 Cst.²⁷⁴. Dans le cas d'espèce, la LPGA prévoit à son art. 44 al. 6, le principe pour l'enregistrement sonore et aux art. 7j ss OPGA, les mesures pratiques. L'art. 7k al. 3 let. b OPGA prévoit expressément la destruction de l'enregistrement prenant en compte les principes de protection des données et a fixé un cadre pour l'effacement. Enfin et à défaut de renonciation dans les 10 jours, l'art. 7l al. 3 ne prévoit le point de départ de la destruction de l'enregistrement qu'au moment de l'entrée en force de la décision. Cette destruction doit intervenir en accord avec l'assuré et l'assureur.

b) Droit à la rectification

En plus d'une prétention en destruction ou effacement, les règles de protection des données prévoient un droit pour la personne concernée de requérir la rectification des données la concernant, auprès de personnes privées (art. 32 al. 1 LPD) et auprès d'organes fédéraux (art. 41 al. 2 let. a LPD). Cette prétention découle du principe d'exactitude de l'art. 6 al. 5 LPD et ne dépend pas d'une atteinte à la personnalité²⁷⁵. La rectification peut avoir plusieurs formes : l'ajout de données manquantes, la correction ou la destruction des données erronées et, le cas échéant, leur remplacement par des nouvelles correctes²⁷⁶. Cette prétention vise à parer au risque de porter gravement atteinte aux personnes concernées, car des erreurs minimales peuvent déjà causer de grands dommages²⁷⁷. Dans le cas d'un enregistrement inexact ou défaillant, l'assuré perdrait un moyen de preuve en cas de litige²⁷⁸.

Dans le cas des enregistrements sonores conservés par le médecin-expert, la mise en pratique de ce droit semble relativement restreinte. En effet, si l'assuré prétend à juste titre que des informations sont erronées dans l'enregistrement, l'expert doit en tenir compte lors de

²⁷² TAF, arrêt A-7372/2006, du 6 juin 2007, c.4.2.

²⁷³ Cf. *supra* II.C.1.

²⁷⁴ ERARD/AMEY, p. 279 s.

²⁷⁵ MÉTILLE, *La nouvelle loi fédérale*, p. 22 ; *contra* : ROSENTHAL, *La nouvelle loi*, N 139.

²⁷⁶ Message, LPD, p. 6692.

²⁷⁷ Message, aLPD, p. 457.

²⁷⁸ Cf. *supra* II.D.2.

l'élaboration de son rapport d'expertise en les supprimant, voire en refaisant l'entretien. Il en va de son devoir d'objectivité et du fait que son expertise a une valeur probante supérieure²⁷⁹.

Le législateur semble également avoir pris les devants quant à la concrétisation du droit à la rectification dans le cadre de la révision de l'AI. En effet, l'art. 7k al. 8 OPGA prévoit que l'assuré peut contester le caractère vérifiable de l'expertise en cas de constatation de manquements techniques de l'enregistrement. Le cas échéant, l'assuré et l'assureur tentent de s'accorder sur la suite de la procédure. À défaut, l'assureur rend une décision incidente²⁸⁰.

À notre sens, l'assureur et l'assuré, voire l'expert, ont tout intérêt à ce que les enregistrements sonores soient exacts et non contestés. Tout d'abord, du point de vue de la protection des données, la violation du principe d'exactitude fait présumer l'illicéité du traitement²⁸¹. Ensuite, du point de vue asséculogique, en cas de dossier incomplet ou inexact, l'assureur risque d'en subir les conséquences en cas de procédure judiciaire, notamment en matière de fardeau de la preuve²⁸². Finalement, l'assuré pourra aussi invoquer son droit d'être entendu et contester la vérifiabilité de l'expertise sur cette base devant le juge bénéficiant d'une libre appréciation des preuves²⁸³.

Cependant, pour que l'assuré puisse demander l'effacement, la destruction ou la rectification, encore faut-il que l'enregistrement lui soit accessible.

5. L'accès aux enregistrements

a) Art. 47 LPGA ou 25 LPD ?

En matière d'accès aux informations contenues dans les dossiers des assureurs, deux institutions différentes peuvent intervenir. D'une part, la LPGA prévoit à son art. 47 un droit de consulter le dossier. D'autre part, la LPD dispose à son art. 25 un droit d'accès pour la personne concernée à ses propres données. En apparence similaires, ces deux droits ne s'appliquent pas dans le même contexte et n'ont pas la même portée. Dès lors, il est important de les préciser.

Tout d'abord, le droit de consulter le dossier est de nature procédurale. Il s'inscrit dans le cadre d'une procédure relative à des prestations d'assurance sociale²⁸⁴. En revanche, le droit d'accès peut être utilisé tant dans une procédure administrative de première instance qu'hors de celle-ci²⁸⁵. Ils suivent aussi des buts différents.

Le premier est une concrétisation du droit d'être entendu²⁸⁶. Il garantit le droit pour la personne assurée d'éclaircir l'état de fait et de participer à la procédure conduisant à une décision qui porte atteinte à sa situation juridique²⁸⁷. Ce droit s'étend à tous les documents constituant le dossier, en font également partie les pièces dites « internes »²⁸⁸. Comme il englobe tous les éléments, les supports non-papier tels que les bandes-son sont également compris²⁸⁹.

²⁷⁹ Cf. *supra* II.B.3 et II.D.1.

²⁸⁰ OFAS, *Dispositions d'exécution*, p. 75.

²⁸¹ MEIER, *Protection*, N 742.

²⁸² CR LPGA-LONGCHAMP, art. 46 N 18.

²⁸³ CHRISTINAT, p. 66.

²⁸⁴ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 12.

²⁸⁵ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 13.

²⁸⁶ Message, *Adaptation et harmonisation*, p. 227 ; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 6.

²⁸⁷ BOVAY, p. 250.

²⁸⁸ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 9.

²⁸⁹ *Idem*, art. 47 N 10.

Le second permet à la personne concernée de demander au responsable du traitement si des données la concernant sont traitées, sans qu'elle ne doive la motiver²⁹⁰. Comme relevé, le droit cantonal reprend en grande partie les principes généraux de la LPD. De ce fait, le droit d'accès y est également une institution prévue, comme aux art. 25 LPrD-VD et 44 LIPAD-GE avec quelques différences. Nous nous limiterons ici à traiter ce droit sous l'angle fédéral.

L'art. 25 al. 1 LPD complète le devoir d'informer des art. 19 ss LPD²⁹¹. Il vise la protection de la personnalité par la garantie de l'exercice des droits de la personne concernée et de la transparence (art. 25 al. 2 LPD). Il découle du droit à l'autodétermination informationnelle²⁹². Il s'agit d'un droit strictement personnel auquel la personne concernée ne peut pas renoncer à l'avance²⁹³.

Le responsable du traitement doit fournir les informations décrites à l'art. 25 al. 2 LPD. Cependant, ce droit d'accès ne porte pas sur tous les documents, mais uniquement sur ceux qui comportent des données personnelles²⁹⁴. Il comporte une clause générale, ainsi qu'une liste des informations minimales à fournir dans tous les cas au requérant²⁹⁵. Dès la réception de la demande, l'assureur a 30 jours pour donner les renseignements demandés par la personne concernée ou lui indiquer qu'il refuse, restreint ou diffère le droit d'accès (art. 25 al. 7 LPD)²⁹⁶.

Le droit d'accès est à la fois « plus étroit et plus large » que le droit de consulter le dossier. Plus étroit, car il ne porte pas sur toutes les pièces essentielles de la procédure, mais que sur les données personnelles²⁹⁷. Plus large, car il peut être invoqué à tout moment, même hors procédure et sans qu'il faille invoquer un intérêt particulier²⁹⁸.

Ensuite, conformément à l'art. 16 al. 4 OPDo, le renseignement doit avoir une forme compréhensible et lisible²⁹⁹. En d'autres termes, le format de l'enregistrement transmis doit être « techniquement lisible » pour le requérant³⁰⁰. Pour ce faire, la transmission peut se faire par la remise d'un CD, d'une clé USB ou par voie électronique. S'agissant de données sensibles, des mesures appropriées pour les protéger sur ce support doivent être prises, tel que le chiffrement³⁰¹.

Finalement, conformément aux art. 25 al. 6 LPD et 16 al. 2 OPDo³⁰², les renseignements provenant d'une demande de droit d'accès sont fournis gratuitement et par écrit. Une consultation sur place n'est envisageable qu'en cas d'accord de la personne concernée³⁰³. En matière d'assurance sociale, la consultation a lieu en principe au siège de l'assureur³⁰⁴.

²⁹⁰ MÉTILLE, *La nouvelle loi fédérale*, p. 18.

²⁹¹ ROSENTHAL, *La nouvelle loi*, N 115.

²⁹² SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N 6.

²⁹³ Art. 25 al. 5 LPD ; ROSENTHAL, *La nouvelle loi*, N 115.

²⁹⁴ TF, arrêt 8C_192/2008 du 8 avril 2009, c. 3.3.

²⁹⁵ SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N 19 ; Message, *LPD*, p. 6683.

²⁹⁶ OFJ, *OPDo*, p. 42.

²⁹⁷ ATF 127 V 219, c. 1a) aa) ; ROSENTHAL, *La nouvelle loi*, N 120 ; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N 21.

²⁹⁸ *Ibid.* ; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 15 ; FRÉSARD-FELLAY, N 45.

²⁹⁹ SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N 32.

³⁰⁰ OFJ, *OPDo*, p. 41.

³⁰¹ CNIL, *Professionnels*.

³⁰² Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données (OPDo), RS. 235.11.

³⁰³ Art. 16 al. 2 OPDo.

³⁰⁴ Art. 8b al. 2 OPGA.

Après avoir vu, les différentes portées des art. 25 LPD et 47 LPGA, il nous faut centrer l'analyse sur le cas des enregistrements sonores, dans la perspective de l'assuré, de l'assureur et du médecin-expert.

b) Le cas de l'enregistrement

Avant de traiter le cas précis de l'enregistrement, il sied de rappeler le rapport entre le droit de consulter le dossier de l'art. 47 LPGA et les règles prévues dans la LPD en général.

Une « collision » entre les deux droits peut arriver au cours d'une même procédure administrative, sans pour autant affecter la portée de chacun³⁰⁵. Le cas échéant, ce sont les règles spéciales de procédure qui s'appliqueront³⁰⁶. Hors procédure, il faudra suivre les règles de la LPD. De plus, il faut rappeler qu'en cas de procédure contentieuse devant un tribunal, la LPD ne s'applique pas³⁰⁷. Toutefois, cette exception au champ d'application de la LPD n'est pas applicable aux procédures administratives de première instance. Les règles générales de la LPD sont donc en principe invocables dans la procédure instruite par l'assureur³⁰⁸.

Dans le cas du droit d'accès et du droit de consulter le dossier, la jurisprudence a eu l'occasion de traiter de leur conjugaison et distinction. Elle rappelle la *ratio legis* de l'exclusion du champ d'application, selon laquelle les lois spéciales autres que la LPD et les règles de procédure garantissent généralement le respect des droits de la personnalité de l'intéressé³⁰⁹. C'est le cas des dispositions sur le droit d'être entendu notamment³¹⁰. Appliquer ces dispositions et celles de la LPD de manière concurrente entraînerait un conflit de loi et retarderait inutilement les procédures³¹¹. Par conséquent, le TF a estimé que le droit d'accès de la LPD ne s'appliquait pas dans la mesure où un assuré demandait à consulter son dossier dans le cadre d'une procédure concernant des prétentions du droit des assurances sociales encore pendante et qu'il incombait au juge des assurances sociales de traiter du litige³¹².

Pour le cas de l'enregistrement sonore, c'est l'art. 71 al. 1 OPGA qui prévoit qui peut l'écouter et dans quel cadre. Selon le rapport explicatif et la doctrine, l'enregistrement sonore ne peut être écouté qu'en cas de « contentieux » ou de « litige »³¹³. En droit administratif, le contentieux vise « l'ensemble des méthodes de résolution que l'ordre juridique apporte aux conflits auxquels l'administration est partie »³¹⁴. Il s'agit d'une contestation qui peut naître soit de la saisine d'un moyen de droit contre une décision prise, soit de l'ouverture d'une action³¹⁵. Partant, l'enregistrement ne pourrait être accédé qu'après décision, en présence d'un litige à trancher.

L'interprétation du rapport explicatif impacte l'application de la LPD et du droit de consulter le dossier. Tout d'abord, nous l'avons vu, l'art. 2 al. 3 LPD prévoit une exception au champ d'application de la LPD. La loi ne s'applique pas aux traitements de données dans le cadre de procédure devant des tribunaux ou dans le cadre de procédure régies par des dispositions

³⁰⁵ Art. 2 al. 3 2^e ph. LPD ; Message, *Adaptation et harmonisation*, p. 227.

³⁰⁶ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 13.

³⁰⁷ Art. 2 al. 3 LPD ; Message, *LPD*, p. 6634 ss ; voir ég. ATF 139 V 492, c. 3.2 s, in : FLÜCKIGER, p. 167 (rés).

³⁰⁸ Message, *aLPD*, p. 451 par renvoi du Message, *LPD*, p. 6635.

³⁰⁹ TAF, arrêt A-5430/2013 du 28 janvier 2015, c. 1.3.2.9.

³¹⁰ Message, *aLPD*, p. 450.

³¹¹ ATF 123 II 534, c. 2e, JdT 1999 I 193 (rés.) ; Message, *aLPD*, p. 450.

³¹² ATF 127 V 219, c. 1 a)aa) ; TAF, arrêt C-2802/2016, du 23 octobre 2018, c. 3.3.

³¹³ OFAS, *Dispositions d'exécution*, p. 74 ; ZBÄREN-LUTZ/KOCHER, p. 35, qui parlent de « Streitfall ».

³¹⁴ BOVAY, p. 409.

³¹⁵ *Ibid.*

fédérales de procédure, à l'exception des procédures administratives de première instance. Partant, si l'enregistrement sonore ne peut être écouté qu'en cas de contentieux et donc après qu'une décision ne soit rendue, on se trouve dans l'exception du champ d'application de l'art. 2 al. 3 LPD. Concernant l'écoute et l'accès à l'enregistrement, il ne pourrait alors pas faire l'objet de l'art. 25 LPD.

Ensuite, du point de vue du droit de consulter le dossier découlant du droit d'être entendu et de l'art. 47 LPGA, il ne devrait pas non plus être possible d'y accéder avant que l'assureur n'ait rendu de décision basée sur l'expertise. En effet, s'il ne peut qu'être écouté lors d'un contentieux, cela sous-entend qu'une décision a déjà été prise.

Cette interprétation de l'art. 7l al. 1 OPGA, quant au moment pour écouter l'enregistrement comme étant possible « qu'en cas de contentieux », et la jurisprudence du TF, au sujet de l'applicabilité de la LPD, semblent donc en théorie rendre inutilisable tant le droit d'accès de l'art. 25 LPD que le droit de l'art. 47 LPGA durant l'instruction de la demande par l'assureur.

c) Critique de la solution

La conclusion selon laquelle tant l'art. 25 LPD que l'art. 47 LPGA ne sauraient être utilisés avant qu'une décision de la part de l'assureur ne soit rendue nous paraît déroutante et soulève quelques critiques de notre part.

Tout d'abord, le texte de l'art. 7l al. 1 OPGA explicite dans quelles situations l'enregistrement peut être écouté et mentionne notamment « le cadre d'une procédure administrative ». L'alinéa énumère ensuite d'autres situations contenues dans la LPGA. Il est bel et bien fait mention du cas de contentieux (art. 56 et 62 LPGA), mais plus tard dans la phrase. À notre sens, on ne devrait donc pas comprendre la « procédure administrative » comme uniquement celle contentieuse, mais au sens large comprenant aussi la « non-contentieuse »³¹⁶.

Ensuite, l'art. 7k al. 8 1^e ph. OPGA permet à l'assuré de contester la vérifiabilité de l'expertise après avoir écouté l'enregistrement et constaté des manquements techniques. L'assuré et l'assureur devront alors s'accorder sur la suite de la procédure (2^e ph.). Il n'est ici pas expressément mentionné le moment où l'assuré peut l'écouter. Cependant, il nous paraîtrait peu judicieux d'attendre que l'autorité ne rende une décision basée sur l'expertise, pour permettre à l'assuré de l'écouter et de possiblement constater des problèmes techniques mettant en cause sa vérifiabilité.

Troisièmement, comme évoqué, l'art. 47 LPGA est une concrétisation du droit d'être entendu, qui est un élément charnière de la procédure administrative³¹⁷. Le droit d'être entendu a également été formalisé dans le cadre de la procédure en matière d'assurances sociales à l'art. 42 LPGA. Ce droit vise le droit de l'assuré de faire valoir son point de vue envers l'autorité, avant que celle-ci ne rende une décision à son sujet³¹⁸. Dans le cas d'expertise médicale externe selon l'art. 44 LPGA, l'assuré doit pouvoir s'exprimer sur les conclusions de l'expert avant qu'une décision ne soit rendue³¹⁹. Partant, tant pour le but poursuivi par l'enregistrement sonore que d'un point de vue d'économie de procédure, il semble discutable

³¹⁶ BOVAY, p. 211 ss.

³¹⁷ Cf. *supra* III.B.5.a) ; BOVAY, p. 249.

³¹⁸ CR LPGA- DUPONT, art. 42 N 4.

³¹⁹ *Idem*, art. 42 N 17.

de permettre à l'assuré de s'exprimer sur les conclusions du rapport sans avoir accès aux enregistrements pour les comparer³²⁰.

De surcroît, lorsque la consultation d'une pièce a été refusée, elle ne peut en principe pas être utilisée au désavantage de l'assuré qui la demande, à moins que l'assureur lui en a communiqué le contenu essentiel se rapportant à l'affaire et lui donne la possibilité de s'exprimer (art. 48 LPGGA). Par conséquent, si l'enregistrement sonore contient des informations importantes dont l'assuré n'a pas connaissance, ces informations ne devraient pas pouvoir être utilisées à son désavantage³²¹.

Concernant la restriction au droit d'accès de l'art. 25 LPD, le but de cette disposition n'est pas de prendre connaissance des bases de la décision pour s'exprimer, mais bien de permettre à la personne concernée de contrôler les données la concernant³²². Partant, il est admis que l'autorité puisse refuser de communiquer certains actes tant qu'une procédure est en cours³²³. Cependant, et conformément à la jurisprudence du TF, ce refus ne peut concerner que les documents effectivement nécessaires à la formation de la volonté interne de l'autorité pour ainsi ne pas retarder la procédure³²⁴. *A contrario*, les autres données personnelles doivent pouvoir être accessibles par le biais de l'art. 25 LPD. Par conséquent, la notion de litige (ou de contentieux) doit être, à notre avis, interprétée au sens large dans le cadre d'une expertise. En effet, si l'on s'en tient à la définition du dictionnaire, un litige est « un différend entre deux ou plusieurs personnes, les uns contestant aux autres d'être titulaires d'un droit à l'exercice duquel ils prétendent. Il n'est pas le procès (...) »³²⁵. Partant, il faudrait plutôt le comprendre comme une contestation de l'expertise de la part de l'assuré, rendant l'écoute possible dès le moment où il conteste les conclusions du rapport d'expertise.

L'art. 71 al. 1 OPGA prévoit toutefois une particularité dans le cadre de l'assurance-invalidité permettant de passer outre la question du contentieux. En effet, il prévoit que l'enregistrement peut être écouté en procédure de préavis selon l'art. 57a LAI. Cette disposition prévoit que l'office AI doit informer l'assuré de toute décision finale qu'il entend prendre au sujet d'une demande de prestation notamment (al. 1). Il doit également garantir son droit d'être entendu conformément à l'art. 42 LPGGA.

Il s'agit alors de voir comment l'accès dans ce cas particulier peut se faire en pratique. Compte tenu du fait que le droit procédural d'accès au dossier garantit également la protection de la personnalité, le reste de l'analyse se concentrera sur les aspects pratiques de l'accès à l'enregistrement sous l'angle asséculo-logique et non de l'art. 25 LPD durant l'instruction de l'assureur.

d) L'accès sous l'angle du droit de consulter le dossier

i. Par l'assuré

L'assuré est le titulaire primaire du droit de consulter le dossier³²⁶. Comme nous l'avons vu, bien que le droit de consulter le dossier vise l'intégralité de celui-ci, l'art. 71 OPGA régit

³²⁰ Cf. *supra* II.D.2.

³²¹ ATF 113 Ib 257, c. 4 c), JdT 1989 IV 29 (rés.) ; CR LPGGA-LONGCHAMP, art. 48 N 12.

³²² BOVAY, p. 290.

³²³ *Ibid.*

³²⁴ ATF 127 V 219, c. 1 a) aa) ; BOVAY, p. 290.

³²⁵ Dictionnaire juridique, disponible sur : [<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/litige.php>] (consulté le 25 avril 2023).

³²⁶ Art. 25 al. 1 LPD et art. 47 al. 1 let. a LPGGA.

spécialement l'utilisation et la destruction de l'enregistrement sonore de l'entretien³²⁷. Son al. 1 prévoit, entre autres, que l'assuré peut l'écouter. Les modalités d'accès n'y sont pas définies. De surcroît, cet aménagement fait partie des dispositions générales de procédure en assurances sociales. Comme l'enregistrement fait partie du dossier de l'assureur (*supra* II.B.4), les modalités d'accès sont celles de l'art. 47 LPGa.

Le droit de consulter le dossier, découlant du droit d'être entendu, obéit aux règles de procédure et ne peut être utilisé que dans ce cadre³²⁸. La procédure relative aux dossiers est précisée aux art. 8b et 9 OPGA. L'assureur peut subordonner la consultation à une demande écrite³²⁹. La consultation a lieu en principe au siège de l'assureur ou de ses organes d'exécution³³⁰.

Sous l'angle du droit d'être entendu, il n'existe en principe pas de droit pour l'assuré de recevoir une copie des pièces du dossier³³¹. Cependant, l'art. 8b al. 2 OPGA prévoit la possibilité pour l'assureur de fournir des copies du dossier sur demande du requérant. En pratique, il est fait usage de cette faculté qui d'ailleurs renvoie à l'art. 16 al. 2 OPDo³³². Cet article prévoit la communication par forme écrite ou sous la forme dans laquelle l'information se présente. La procédure est en principe gratuite³³³.

Le TF a d'ailleurs eu l'occasion de s'exprimer sur la question de la forme de la communication pour l'envoi de copies du dossier à un administré. Pour lui, il ne se justifie pas de traiter différemment d'un côté, la demande d'un assuré d'envoyer par écrit ses données personnelles, indépendamment de prétentions fondées sur le droit des assurances, et de l'autre, sa requête présentée dans le cadre de l'instruction d'une demande de prestations selon son droit d'être entendu³³⁴. Partant, lorsque l'assuré demande le rapport d'expertise, il devrait pouvoir exiger de l'assureur qu'il le lui envoie directement.

Une consultation indirecte est également possible en cas de données de santé dont la communication pourrait engendrer une atteinte à la santé de l'assuré requérant (art. 47 al. 2 LPGa). Il est tenu de désigner un médecin qui les lui communiquera (art. 47 al. 2 LPGa *in fine*). Cette disposition correspond à l'art. 25 al. 3 LPD³³⁵. La communication à son médecin traitant d'une copie du rapport d'expertise n'épuise pas le droit de l'assuré à se le voir aussi communiqué par écrit³³⁶.

ii. Auprès de l'assureur

La demande de consulter le dossier arrive alors en mains de l'assureur, en tant qu'autorité décisionnaire³³⁷. Il s'agit donc de déterminer quelles sont les prochaines étapes.

Dans le cas où l'assureur est saisi d'une demande de consultation du dossier de nature procédurale, il est tenu d'y donner suite³³⁸. En effet, ne pas répondre reviendrait à violer le droit

³²⁷ Cf. *supra* II.C.2 ; SK ATSG-KIESER, art. 47 N 7 ; CR LPGa-LONGCHAMP, art. 47 N 10.

³²⁸ SK ATSG-KIESER, art. 47 N 13.

³²⁹ Art. 8b al. 1 OPGA.

³³⁰ Art. 8b al. 2 1^e ph. OPGA.

³³¹ TF, arrêt 9C_369/2012 du 2 novembre 2012, c. 6.3 ; CR LPGa-LONGCHAMP, art. 47 N 10.

³³² SK ATSG-KIESER, art. 47 N 16.

³³³ Art. 9 al. 1 OPGA.

³³⁴ ATF 127 V 219, c. 1 b).

³³⁵ CR LPGa-LONGCHAMP, art. 47 N 46.

³³⁶ ATF 127 V 219, c. 1 b) ; ATF 123 II 534, c. 3d, JdT 1999 I 193 (rés.) ; CR LPGa-LONGCHAMP, art. 47 N 50.

³³⁷ SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, art. 25 N 17 ; art. 47 LPGa.

³³⁸ BOVAY, p. 286.

d'être entendu de l'assuré. Étant une garantie constitutionnelle de caractère formel, sa violation entraîne l'annulation de la décision attaquée³³⁹.

Comme évoqué précédemment, bien que la consultation ait en principe lieu au siège de l'assureur, il a également la possibilité d'accéder à la requête de l'assuré en lui envoyant des copies du dossier³⁴⁰. En l'espèce, l'envoi devrait être préféré³⁴¹. Dans ce cas, la communication se fait sous la forme écrite ou dans laquelle l'information se trouve³⁴².

Pour le cas d'un enregistrement sonore, une communication sous forme écrite n'est ni satisfaisante du point de vue légal, ni du point de vue pratique. Comme nous l'avons vu (*supra* III.B.2), l'enregistrement se trouve sous forme électronique auprès de l'assureur ou de l'expert. Partant, nous pourrions tout à fait imaginer une communication du fichier sur un CD, une clé USB ou par une autre voie sécurisée³⁴³. La remise du support peut également intervenir au siège de l'assureur ou par courrier recommandé³⁴⁴.

Le délai de réponse du droit de consulter le dossier n'est pas prévu expressément. Provenant, du droit d'être entendu, le dossier servant à la décision doit être transmis en temps utile (« *rechtzeitig* ») à l'assuré³⁴⁵. Cette durée dépend de la complexité du cas³⁴⁶. L'assureur doit dans tous les cas transmettre l'enregistrement avant de prendre sa décision³⁴⁷. Dans le cas particulier de la procédure de préavis de l'art. 57a LAI, l'assuré dispose d'une période de 30 jours pour prendre position³⁴⁸.

En principe, le dossier complet doit être mis à disposition pour que le droit d'être entendu soit respecté³⁴⁹. Dans l'exercice de son droit, l'assuré peut se déplacer au siège de l'assureur et y prendre des notes et des photocopies. Il peut donc choisir de cibler les informations qu'il juge pertinentes à sa cause. Dès lors, à notre sens et suivant l'esprit des dispositions sur l'enregistrement sonore, rien n'empêcherait que l'assuré ne cible dans sa demande de consultation des enregistrements précis.

Par conséquent, selon la demande de consultation, l'assureur devrait donner l'accès à l'ensemble de son dossier ou seulement à certaines pièces. Le droit de consulter le dossier peut également être limité par des intérêts privés prépondérants³⁵⁰. L'autorité saisie de la demande est compétente pour les peser³⁵¹. En général, ces intérêts devraient concerner la personne qui est touchée par le dossier demandé³⁵². Des intérêts de tiers peuvent toutefois aussi être impliqués³⁵³.

³³⁹ Art. 29 al. 2 Cst. ; art. 42 LPGA ; BOVAY, p. 311 ; CR LPGA-DUPONT, art. 42 N 21 ss.

³⁴⁰ Art. 8b al. 2 1^e et 2^e ph. OPGA.

³⁴¹ Cf. *supra* III.B.5.d)j.

³⁴² Art. 8b al. 2 3^e ph. OPGA et 16 al. 2 OPDo.

³⁴³ ATF 139 V 492, c. 4.2.; CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 55.

³⁴⁴ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 56.

³⁴⁵ ATF 139 I 206, c. 3.2 ; KASPAR/PLÜSS, N 517.

³⁴⁶ KASPAR/PLÜSS, N 517.

³⁴⁷ BOVAY, p. 291.

³⁴⁸ VALTERIO, N 7.

³⁴⁹ BOVAY, p. 288 s.

³⁵⁰ Art. 47 al. 1 1^e ph. LPGA.

³⁵¹ CR LPGA-LONGCHAMP, art. 47 N 29.

³⁵² *Idem*, art. 47 N 30.

³⁵³ *Idem*, art. 47 N 31.

iii. Rôle du médecin-expert

Finalement, il est important de s'intéresser au rôle de l'expert lors d'une procédure d'accès à l'enregistrement. Comme évoquer précédemment, il n'est ni l'autorité décisionnaire en assurance-sociale, ni le responsable du traitement lors d'une demande de droit d'accès. Toutefois, il peut arriver que, pendant une période donnée, le ou les enregistrements effectués se trouvent chez lui (*supra* III.B.2).

L'expert n'est pas compétent pour une demande visant à écouter l'enregistrement par l'assuré³⁵⁴. Tout d'abord, le droit de consulter le dossier porte sur les documents de l'assureur concernant le cas et non du dossier médical de l'expert³⁵⁵. Ensuite, selon l'art. 44 al. 6 LPGA, les enregistrements font partie du dossier de l'assureur et sont donc compris dans ce droit. Se pose alors la question du moment auquel l'enregistrement est versé au dossier, car ce n'est qu'à partir de ce moment qu'il devient « consultable » sous l'angle de 47 LPGA³⁵⁶. Conformément à l'art. 7k al. 7 OPGA, l'expert transmet l'enregistrement sonore à l'assureur sous forme électronique sécurisée en même temps que l'expertise. *A contrario*, il ne transmet pas l'enregistrement tant que l'expertise n'est pas terminée. De ce fait, l'enregistrement n'est versé au dossier de l'assureur qu'au moment où l'expert transmet son expertise à l'assureur. C'est à ce moment-là qu'il devient consultable.

Cela fait également sens compte tenu du but des enregistrements sonores. Ceux-ci servent précisément à avoir un outil permettant de vérifier la qualité des expertises médicales externes, ce qui n'est possible que s'il existe un dossier d'expertise complet.

Dans l'hypothèse où l'expert mandaté aurait également conservé des données après la fin de la procédure d'expertise pour ses propres fins, il doit alors être considéré comme responsable du traitement selon la protection des données. L'assuré, en tant que personne concernée, peut dans ce cas faire usage de l'art. 25 LPD pour accéder à ses données selon les grandes lignes évoquées (*supra* III.B.5.a)).

Nous mettrons aussi en avant que les enregistrements sonores comprennent également des données personnelles de l'expert, par exemple son nom³⁵⁷. L'expert bénéficie en conséquence aussi de la protection de sa personnalité et peut, si besoin, restreindre l'accès aux conditions de l'art. 26 LPD³⁵⁸.

IV. Conclusion

L'introduction de l'enregistrement sonore de l'expertise a créé un paradigme intéressant. En effet, l'expertise étant un moyen de preuve particulier en matière d'assurances sociales, l'enregistrement est alors « la preuve de la preuve ». En d'autres termes, il sert à vérifier l'expertise. S'inscrivant dans la poursuite d'une plus grande transparence, ce nouvel outil se veut le garant d'une procédure d'expertise correcte afin d'éviter d'éventuels litiges.

Cette nouvelle exigence crée également une nouvelle charge administrative tant pour l'assureur que pour l'expert. De fait, l'enregistrement sonore s'inscrit dans une procédure d'expertise déjà complexe, bien qu'il vise au contraire à la rendre plus « claire ». Malgré cela, le législateur insiste par ses dispositions y relatives à ce que l'assuré faisant l'objet de l'entretien soit dûment

³⁵⁴ OFAS, *Enregistrements sonores*, p. 2.

³⁵⁵ Cf. *supra* II.B.4.

³⁵⁶ RAMELET, N 168.

³⁵⁷ Cf. *supra* II.C.2.

³⁵⁸ BAERISWYL/HERZOG-ZWITTER/SOJER, p. 928.

informer de ses droits. Tenant compte de l'importance des règles procédurales, les informations à lui fournir concernant ses droits sont en grande partie formalisées.

Cela se justifie d'autant plus par le fait que pour ne pas faire l'objet d'un enregistrement, l'assuré doit activement y renoncer (*opt-out*). Ainsi, cette renonciation peut arriver à tout moment avant l'entretien et dans les 10 jours après celui-ci. Le législateur a sans doute tenté d'allier le droit de l'assuré à l'autodétermination informationnelle et l'importance de l'enregistrement. Notons aussi que ce dernier sert également les intérêts de l'assuré en procédure assécurologique relativement à la valeur probante de l'expertise.

En matière de traitement des données, il est important d'examiner quelle est l'assurance sociale en jeu et à quel niveau l'institution se situe. En effet, les bases légales justifiant le traitement de données ne seront pas les mêmes selon les cas et le niveau fédéral ou cantonal de l'organe les traitant. La LPD ou les lois cantonales auront alors une application combinée plus ou moins grande du fait de leur nature de réglementation-cadre en matière de protection des données.

Dans le cadre d'une expertise avec enregistrement sonore, l'assureur, qui la mandate, a le rôle de responsable du traitement, car il fixe les finalités et les moyens du traitement. En revanche, l'expert a, selon notre analyse, une position de sous-traitant. De prime abord, il ne semble en effet pas satisfaire les indices constitutifs d'un responsable de traitement.

Lors de la mise en place de l'enregistrement, l'expert doit faire plusieurs choix qui ne sont pas sans conséquence. Tout d'abord, il est tenu de le réaliser conformément à des prescriptions simples. Formulées de manière large, l'expert possède une certaine marge de manœuvre quant aux moyens pour l'enregistrement. Dans le cas particulier de l'AI, cette marge a été limitée par la COAI. Ainsi, une plateforme obligatoire a été mise sur pied pour tous les échanges d'enregistrements sonores provenant d'expertises.

Ensuite, de la création au transfert vers l'assureur, l'expert est tenu de garantir la sécurité adéquate des enregistrements contenant des données personnelles. Cette exigence de sécurité s'étend du choix du support au moyen pour le transférer, en passant par le stockage et la durée de conservation dans l'entre-deux. L'utilisation d'une plateforme d'échange mise en place par l'assureur permet toutefois de réduire les conséquences de ces choix.

D'autres problématiques soulevées donneront sans doute lieu à des nouvelles jurisprudences en matière de protection des données pour définir certains contours de l'art. 44 al. 6 LPGA. Le TF devra sans doute encore se pencher sur la question du droit à l'effacement adressé tant à l'expert qu'à l'assureur lors de la procédure d'expertise. Le droit à la rectification semble lui moins problématique et plutôt dans l'intérêt de toutes les parties concernées.

Finalement et c'est sans doute ce qui fera le plus couler d'encre, le cadre de l'accès aux enregistrements devra être plus clairement fixé. En effet, si l'on se tient à l'interprétation selon laquelle ils ne seraient accessibles qu'en cas de contentieux, tant le droit de consulter le dossier que celui d'accès seraient inutilisables avant la décision de l'assureur. Selon l'analyse que nous avons menée, seul le droit d'accès pourrait faire l'objet de restriction. Le droit de consulter le dossier devrait quant à lui être possible. Dans le cadre de cette contribution, cette possibilité a été permise par l'utilisation de la procédure de préavis de la LAI. En revanche, la portée de l'enregistrement sonore n'est pas limitée à l'AI, mais de portée générale. Il faudrait donc que l'accès soit possible aussi pour d'autres assurances.

Une première évaluation aura lieu à l'occasion du quatrième programme pluriannuel de recherche sur la mise en œuvre de l'assurance-invalidité³⁵⁹. Cela permettra d'estimer l'importance et le (bon ?) fonctionnement de l'enregistrement sonore des expertises.

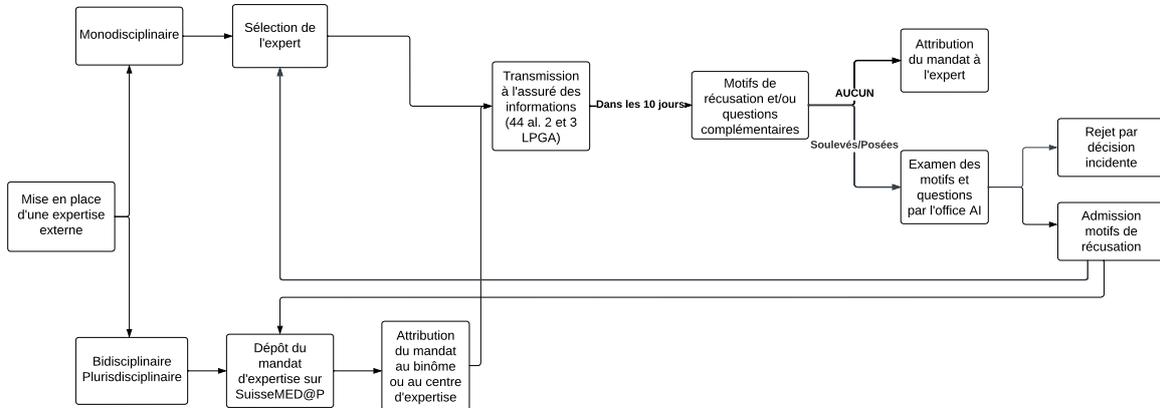
Pour terminer, la révision de la LPGA avait à cœur les intérêts des assurés par la poursuite d'un objectif de transparence et de qualité des expertises. Il est donc souhaitable de les garder à l'esprit au moment d'appliquer ces dispositions pour que ceux-ci puissent s'exprimer librement lors de l'expertise et trouver la meilleure solution avec l'assureur par rapport à leur état de santé.

³⁵⁹ OFAS, *Programme* ; MESSI.

Annexes

A. Mise en place d'une expertise externe

(cf. II.C.1)



B. Entretien avec enregistrement sonore

(cf. II.C.2)

