



HAL
open science

Discrimination et assurance

Joël Monnet

► **To cite this version:**

Joël Monnet. Discrimination et assurance. Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie, 2017, 16-19. hal-04206947

HAL Id: hal-04206947

<https://hal.science/hal-04206947>

Submitted on 14 Sep 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La discrimination liée au handicap, à la santé et à l'âge

Discrimination et assurance

Joël MONNET

Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers

Equipe de recherche en droit privé, Université de Poitiers
Co directeur du master de droit des assurances de Niort
(Universités de Poitiers et de La Rochelle)

La prise en compte des données liées à la santé, à l'âge et au handicap dans le secteur de l'assurance constitue l'un des thèmes forts des études consacrées à la question des discriminations en droit des assurances déjà étudiée à d'assez nombreuses reprises¹ ; il est néanmoins toujours au cœur de l'actualité, dans un contexte qui a changé.

En droit de la santé, l'adoption récente de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 de modernisation de notre système de santé, outre ses aspects largement médiatisés, contient des dispositions applicables aux situations d'assurance qui constituent des avancées importantes pour le sujet de la prise en compte des données de santé.

Par ailleurs, dans ses modalités et dans ses conséquences la question du questionnaire médical qui accompagne la souscription de certaines assurances de personnes est directement influencée par la rigueur jurisprudentielle issue de l'arrêt de la Chambre mixte du 7 février 2014² réservant

1 - J. Bigot, « Essai d'une typologie de la solidarité » *Assurance et solidarité*, Colloque A.I.D.A., 1999, *R.G.D.A.*, 2002-3, p. 802 et s ; H. Clément Salavera, La sélection des risques de santé en prévoyance individuelle, comment concilier le point de vue des assureurs et des consommateurs ? Des innovations sont-elles possibles ? Travaux de l'ENASS, B. Dubuisson « Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions », *Mélanges J. Bigot*, L.G.D.J., Lextenso Editions, 2010, p. 105 et s. ; F. Ewald, A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ?, in *Droit et économie de l'assurance et de la santé, Mélanges Yvonne Lambert-Faivre et Denis Clair-Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167 et s. ; J. Monnet, Assurance et discrimination, 8^{ème} journée René Savatier 2007 Poitiers ; D. Noguero, Sélection des risques, discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables », *R.G.D.A.*, 2010-3, p. 633 et s. ; M. Perier, « L'assureur et l'aversion aux risques » in *Etudes offertes à H. Groutel, Responsabilité civile et assurances*, Litec Lexis Nexis, 2006, p. 329 et s. ; M. Robineau, Sélection des risques et discriminations en droit des assurances, Cahiers du droit de la santé du sud-est, n° 11 Santé et discriminations, p. 177.

2 - Cass. Ch. mixte 7 février 2014, n° 12-85107 : D. Noguero, D. 2015, p. 1231, G. Da Costa Gomez, Pratique assurantielle des déclarations pré-imprimées, déroulement d'une saga, JCP 2014, p. 1745 ; J. Kullmann, déclaration pré-rédigée des risques, deux voies pour un arrêt, RGDA 2014, p. 196 ; H. Groutel, Déclaration du risque : modalités, Resp civ. et ass. 2014, comm. 99 ; P. Desuet, La déclaration de risque ne peut être constituée que par des réponses à des questions dont l'assureur peut apporter la preuve. Quelles conséquences en assurance construction ? R.D.I. 2014, p. 217

les sanctions de fausse déclaration intentionnelle aux seules hypothèses de question-réponse et en les écartant dans la simple circonstance de signature d'un document de déclaration de santé pré-rempli. Même si des arrêts très récents de la seconde chambre civile tendent à en limiter la portée, il s'agit là d'un principe jurisprudentiel dont il a déjà été fait application en matière d'assurances de personnes.

Outre ces éléments d'actualité, la question des relations entre les mécanismes assurantiels de sélection ou de segmentation des risques et les objectifs de mutualisation, de non discrimination, d'égalité et de solidarité est maintenant assez classique sans que l'on puisse véritablement établir une hiérarchie d'ensemble entre ces notions.

La sélection des risques est inhérente à l'opération d'assurance, elle cantonne la mutualisation aux assurés acceptés par l'assureur qui est encore considéré, dans le droit du contrat d'assurance, comme celui qui accepte le contrat qui lui est proposé par le candidat à l'assurance. Dans sa formulation légale on la trouve principalement à l'article L. 113-2 du code des assurances obligeant l'assuré à répondre aux questions posées par l'assureur lors de la conclusion du contrat et à déclarer en cours de contrat les circonstances nouvelles qui auraient pour effet d'aggraver les risques, d'en créer de nouveaux et de rendre caduques les réponses initialement faites à l'assureur. L'absence de sélection des risques ne se conçoit que dans une logique de solidarité assortie d'une obligation d'affiliation telles celles qui sont développées dans les régimes de sécurité sociale qui échappent pour ces motifs à la qualification d'entreprise d'assurance³.

Par ailleurs la loi elle-même contient des dispositions qui font dépendre le régime d'assurance applicable de certains critères tels celui de l'âge, que l'on pense par exemple au régime fiscal des primes des contrats d'assurance sur la vie selon qu'elles sont versées avant ou après 70 ans ou encore, même si l'âge ne sera pris en compte qu'à travers l'inexpérience de la conduite aux solutions applicables aux jeunes conducteurs.

La première impression est ainsi celle la liberté contractuelle de l'assureur d'assurer qui il veut et dans les conditions d'indemnisation qu'il a très généralement arrêtées lui-même, plus rarement négociées avec son assuré.

Mais l'assurance n'est pas seulement un contrat, elle est aussi dans une certaine mesure un bien dans ce sens que son utilité se révèle souvent déterminante, que ce soit

3 - CJCE 17 févr. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159/91 et C-160/91, Rec. I-637 ; D. 1993. SC. 277, obs. X. Prétot.

dans la vie quotidienne ou à l'occasion de situations plus exceptionnelles telles qu'un emprunt bancaire si bien que son accès doit être au mieux garanti, au moins facilité.

Et c'est bien sous cet angle que le sujet des discriminations dans le secteur de l'assurance est généralement abordé.

Les éléments de santé ou d'âge ne sont pas totalement absents lorsqu'il s'agit de mesurer l'importance d'un préjudice, que l'on pense par exemple aux modalités de calcul des capitaux alloués en réparation de l'incapacité permanente partielle, ils sont rarement déterminants quant à la reconnaissance même d'un sinistre sauf dans une certaine mesure pour l'appréciation du caractère d'extériorité dans l'assurance des accidents corporels où les prédispositions d'un individu peuvent conduire à refuser une garantie. Ainsi, il est ainsi habituellement admis en jurisprudence que les lésions dues à la piqûre d'un serpent venimeux sont accidentelles car elles touchent de la même manière tous les individus alors que la piqûre d'une guêpe ne sera pas accidentelle car les lésions qu'elle provoque sont dues plus à l'allergie développée par une personne qu'aux effets de la piqure elle-même. La solution peut surprendre mais elle n'est que jurisprudentielle et imitée à une forme spécifique d'assurance habituellement désignée sous l'expression de contrats GAV (Garanties des accidents de la vie).

De même des critères d'âge sont souvent déterminants en matière d'ouverture des droits au versement des prestations dues en cas d'assurance en cas de vie ou encore pour fixer le terme d'une assurance ou faire varier le montant des primes. S'ils peuvent être à l'origine de contentieux en matière d'information ou de conseil, ils ne sont pas sources de contestation au regard des principes d'égalité et de non discrimination.

Enfin il peut arriver que la lecture des dispositions contractuelles conduise à la mise en place de solutions adaptées à la situation d'handicap d'un assuré. Le défenseur des droits a par exemple rappelé qu'un assureur qui prend l'engagement de mettre un véhicule à la disposition d'un conducteur doit prendre toutes les mesures qui permettront au conducteur handicapé de pouvoir utiliser un véhicule adapté à son handicap⁴.

Même si les articles 111-7 et 111-8 du code des assurances interdisent les discriminations autant en termes de refus d'assurance que de différence dans les prestations versées, les questions se posent toutefois davantage en termes d'accès à l'assurance plutôt qu'en termes d'indemnisation. La question qui s'évince du sujet du colloque est donc bien celle de l'accès à l'assurance, notamment au regard des critères d'état de santé.

Une enquête réalisée par la Halde en 2010 démontre que, en dehors de la situation financière du candidat à l'assurance, les aspects de santé sont la source principale de refus d'assurance.

Cette situation est-elle anormale au regard des objectifs de non discrimination, le droit des assurances est-il source de

4 - Défenseur des droits, décision MLD/2012-31

discriminations liées à des raisons de santé et d'âge ?

Il est possible de présenter les choses en relevant qu'il est assez souvent fait obligation aux assureurs de ne pas tenir compte des données (I), notamment de santé mais que dans le même temps la loi leur reconnaît aussi le droit d'y porter un intérêt (II).

I – L'indifférence imposée des données médicales

Une série de dispositions érige certaines considérations de santé en critères interdits dont l'utilisation est susceptible dans certains cas de conduire à la qualification de discrimination.

Deux cas peuvent être distingués selon que l'indifférence est liée à la nature de la relation contractuelle (A) ou aux caractéristiques des données médicales (B).

A – La nature de la relation contractuelle

A l'évidence bon nombre de situations d'assurance sont indifférentes aux questions de handicap, de santé et d'âge. Il est dans l'ordre des choses que ces critères soient parfois inefficients dans la mesure du risque.

Ainsi, les contrats d'assurance auto, notamment dans leur déclinaison en termes de responsabilité pour conduite d'un véhicule ne sont pas tarifés en fonction de l'état de santé du conducteur principal et il en va ainsi de la plupart des contrats relevant des branches IARD (Incendie Assurance Risques Divers).

Lorsque l'ordre des choses ne suffit pas, la neutralité des données médicales peut être imposée ce qui est notamment le cas dans le cadre de l'assurance emprunteur. Ainsi, selon les dispositions de la convention AERAS (s'Assurer et Emprunter avec un Risque Aggravé de Santé) l'assurance la demande d'assurance liée à un prêt à la consommation se fait sans questionnaire médical lorsque l'emprunt porte sur une somme, éventuellement cumulée sur plusieurs opérations de 17 000 euros, que la durée de l'emprunt est inférieure à 4 années et que l'emprunteur n'est pas âgé de plus de 50 ans⁵.

C'est aussi le cas dans une règle générale qui fait échapper le titulaire d'un contrat d'assurance sur la vie à l'obligation de déclarer les aggravations de risque qui surviennent en cours de contrat et dont il ignorait l'existence au moment de la souscription⁶. La solution n'est pas explicitement énoncée à propos des contrats d'assurance contre la maladie et l'on peut imaginer que l'obligation de déclaration d'un risque nouveau pèse toujours sur l'assuré⁷. Toutefois

5 - Voir site internet convention AERAS, points clé, crédit à la consommation

6 - C. Ass. art. L. 113-2 dernier alinéa

7 - Les juges l'ont admis dans le cadre d'une assurance emprunteur à propos d'une absence de déclaration d'une séropositivité constatée ultérieurement à la souscription mais avant la mise en œuvre du contrat, Cass. 2^{ème} civ., 22 janv. 2004, n° 02-20532 Resp. civ. et ass. 2004 comm. 117 obs. H. Groutel

contrairement aux solutions admises à propos des autres situations d'assurance, il n'en résultera aucune modification du contrat, l'article L. 113-4 du code des assurances n'étant pas applicable à l'assurance vie et à l'assurance contre les maladies en cas d'évolution de l'état de santé de l'assuré⁸

Mais l'indifférence peut aussi être imposée en raison du statut de l'entreprise d'assurance. Ainsi l'article L. 112-1 du code de la mutualité interdit aux mutuelles de recourir au questionnaire médical⁹ pour les assurances individuelles et collectives à adhésion facultative relatives au remboursement ou à l'indemnisation des faits occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident.

Il s'agit là d'un engagement fort dont les entreprises d'assurance relevant du code des assurances ont bien conscience comme le démontre l'engagement pris par la FFSA le 26 novembre 2013 de pratiquer de la même manière pour les contrats proposés aux entreprises concernées par la loi du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi. Cet engagement prévoit que l'accès des salariés à la couverture rendue obligatoire au niveau de la branche se fera sans effectuer de sélection reposant sur l'état de santé tant pour les garanties santé que de prévoyance prévues par l'accord de branche.

L'indifférence des données médicales peut aussi être une condition d'application d'un régime social et fiscal approprié. Ainsi l'article R. 242-1-1 du code de la Sécurité sociale dispose que pour le bénéfice de l'exclusion de l'assiette des cotisations en matière de retraite et de prévoyance, qu'elles soient prévues par un ou par plusieurs dispositifs mis en place conformément aux procédures mentionnées à l'article L. 911-1, doivent couvrir l'ensemble des salariés¹⁰.

De même jusqu'à la loi 2015-1785 du 29 décembre 2015, l'article 1001 2 bis du code général des impôts¹¹ réservait l'application d'un taux de 7 % en matière de taxe sur les conventions d'assurance aux contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations individuelles ou collectives à adhésion facultative à la condition, notamment, que les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré.

8 - C. Ass. art. L. 113-4 dernier alinéa

9 - Code de la mutualité, Article L112-1 Modifié par La loi n° 2014-57 du 27 janvier 2014

10 - Article R242-1-1 modifié par DÉCRET n°2014-786 du 8 juillet 2014 - art. 1

11 - 2° bis à 7 % pour les contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations individuelles et collectives à adhésion facultative à la condition que l'organisme ne recueille pas d'informations médicales auprès de l'assuré au titre de ce contrat ou des personnes souhaitant bénéficier de cette couverture, que les cotisations ou les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré et que ces garanties respectent les conditions mentionnées à l'article L. 871-1 du code de la sécurité sociale, ainsi que pour les contrats d'assurance maladie relatifs à des opérations collectives à adhésion obligatoire à la condition que les cotisations ou les primes ne soient pas fixées en fonction de l'état de santé de l'assuré et que ces garanties respectent les conditions mentionnées au même article L. 871-1 ;

B – En fonction de la nature des données médicales

Plusieurs mesures vont dans le sens de la neutralité des données médicales dans l'opération d'assurance.

Ainsi de nouvelles interdictions de discrimination ont été inscrites à l'article 111-8 du code des assurances par la loi du 7 juin 2011 relative à la bioéthique qui interdit dorénavant aux assureurs de tenir d'un don d'organes par refuser une assurance ou établir des différences en termes de primes ou de prestations. La loi du 26 janvier 2016 a ajouté les cas de dons de cellules ou de gamètes.

De même il convient de mentionner une disposition de la loi du 26 janvier 2016 que l'on trouve dans la partie de la loi relative à l'accès aux données en matière de santé¹² et en vertu de laquelle la politique dite d'open data ne doit pas être utilisée par les assureurs pour fonder des exclusions ou justifier des modifications de primes d'assurance (code de la santé publique L. 1561-1 V 2°).

Mais au-delà de ces précisions la question de la nature des données médicales doit principalement être envisagée sous deux aspects, celui de l'interdiction des tests génétiques d'une part et celui du droit à l'oubli prévu aujourd'hui pour certaines pathologies d'autre part.

A propos des tests génétiques le principe est celui de l'interdiction formulée à l'article 1141-1 du code de la santé publique¹³ issu, tout comme l'article 16-13 du code civil qui contient la même interdiction, de la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 contribuant à la création d'un « no man's land génétique »¹⁴ qui concerne autant les contrats individuels que collectifs¹⁵ et qui est réaffirmé dans le Code des assurances (C. ass., art. L. 133-1), dans le Code de la sécurité sociale (CSS, art. L. 932-29) et dans le Code de la mutualité (C. mut., art. L. 112-4). La solution est aussi exprimée à l'article 225-3 du code pénal qui s'il autorise la prise en compte de données de santé dans le cadre de certaines assurances¹⁶ dispose que

12 - A. Laude, De quelques problématiques relatives à l'ouverture des bases de données en santé, Journal du droit de la santé et de l'assurance maladie, 2014, n° 3, p. 30.

13 - Modifié par Loi n°2002-303 du 4 mars 2002 - art. 98 JORF 5 mars 2002

Les entreprises et organismes qui proposent une garantie des risques d'invalidité ou de décès ne doivent pas tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne demandant à bénéficier de cette garantie, même si ceux-ci leur sont transmis par la personne concernée ou avec son accord. En outre, ils ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, ni demander à une personne de se soumettre à des tests génétiques avant que ne soit conclu le contrat et pendant toute la durée de celui-ci.

L'infraction à ces dispositions expose son auteur à des sanctions pénales : un an d'emprisonnement et 20 000 euros d'amende (art. 226-25 code pénal issu d'une loi 2004-800 du 6 août 2004).

14 - E. Linglin, Corps humain et assurance, Thèse Paris II 2014, n° 159, p. 137

15 - En ce sens, P. Pierre, Traité du contrat d'assurance terrestre, Litec, 2008, n° 2049, p. 1303

16 - Voir seconde partie de l'étude

les discriminations restent punies lorsque se fondent sur la prise en compte de tests prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie.

La règle selon laquelle « l'étude des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales et de recherche scientifique » était déjà contenue dans la loi bioéthique du 29 juillet 1994. De même la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999 portant création de la CMU interdit de tenir compte des caractéristiques génétiques d'une personne qui demande à bénéficier d'un régime de protection complémentaire en matière de santé.

Ce principe a été aussi exprimé dans le cadre de plusieurs engagements internationaux¹⁷. Dès 1989 une résolution du Parlement européen concluait à l'indifférence des données génétique en matière d'assurance¹⁸. La convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et de la biomédecine signée à Oviedo le 4 avril 1997 en son article 11 énonce que « toute forme de discrimination à l'encontre d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite. La déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'UNESCO énonce en son article 6 que « nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques... ». De même la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne signée à Nice le 7 décembre 2000 interdit toute discrimination fondée sur plusieurs critères dont les caractéristiques génétiques. Il est possible de citer enfin, la résolution 2004/9 sur la confidentialité des données génétiques du conseil économique et social des Nations Unies du 21 juillet 2004 (point 3). Tout dernièrement, une recommandation du Conseil de l'Europe du 26 octobre 2016 appelle les États membres à interdire les tests génétiques à des fins d'assurance - et à mieux protéger les données relatives à la santé ou au patrimoine génétique traitées par les compagnies d'assurance¹⁹.

Les organisations professionnelles du secteur de l'assurance avaient elles-mêmes pris les résolutions nécessaires sans attendre ce front législatif. Ainsi dès 1994 elles se sont engagées dans un moratoire renouvelé en 1999 pour un délai de 5 ans²⁰, à ne pas tenir compte des résultats de l'étude génétique des caractéristiques d'un candidat à l'assurance, à ne poser aucune question relative à des tests génétiques et à ne pas demander au candidat à l'assurance de se soumettre à de tests génétiques, ni de leur fournir les résultats de tests préexistants.

Il s'agit donc là d'une position forte du droit français des assurances dans la mesure où l'interdiction des tests

génétiques accroît l'asymétrie d'information et donc le risque d'anti sélection dans le cas où une personne qui connaît un test l'exposant à une maladie grave et qui souscrit une assurance décès sans informer l'assureur ou, inversement personne connaissant un test très favorable souscrit un contrat en cas de vie.

Cette description de l'état du droit positif n'épuise pourtant pas totalement la question, outre qu'il est toujours possible de se demander dans quelle mesure les tests génétiques et notamment les tests prédictifs peuvent constituer une donnée fiable pour la mesure des risques de santé d'un individu²¹, le sujet trouve encore un écho dans une double direction.

D'abord, l'interdiction des tests génétiques n'interdit pas à l'assureur de tenir compte de données qui pourraient ressortir des réponses données à un questionnaire médical, ne serait-ce par exemple que par référence à une hospitalisation, à des soins donnés en raison de tel ou tel symptôme ou encore aux antécédents familiaux. Par ailleurs, l'accroissement considérable des données disponibles sur la personne humaine par les différents intervenants du secteur du numérique peut faire courir le risque d'une prise en compte indirecte de données génétiques par le rapprochement d'informations d'un autre ordre.

Cela explique justifie sans doute que la question ne soit pas abordée de la même manière dans toutes les législations²².

En ce qui concerne le droit à l'oubli, le sujet était en discussion depuis d'assez nombreuses années et constituait l'une des revendications régulières des associations défendant les droits des personnes atteintes de maladie et notamment de pathologies cancéreuses.

Le droit à l'oubli s'est d'abord concrétisé par un protocole d'accord signé le 24 mars 2015 dans le cadre du plan cancer et qui a servi de base à une révision de la convention AERAS (S'assurer, emprunter avec un risque aggravé de santé) selon laquelle les assureurs se sont engagés à ne plus poser de questions lorsque s'est écoulé un temps de 5 années après la fin des protocoles thérapeutiques mis en place pour des cancers ayant atteint des personnes de moins de 15 ans

21 - M. A. Hermitte, L'utilisation des tests génétiques par les assureurs, Médecine/science 2000, 16 : 1232-5 ; « Notions fondamentales de génétique à l'attention des underwriters en matière d'assurance vie » SCOR 2013 Global Life.

22 - Des pays connaissent une législation identique à celle de la France, c'est le cas de la Belgique, du Danemark et de l'Irlande. Dans d'autres pays les tests sont autorisés mais avec consentement et seulement au-delà d'un seuil de prise en charge : Pays Bas, Suède, Allemagne pour assurance vie avec capital supérieur à 300 000 euros ou 30 000 euros rente annuelle. Royaume uni : seuil de 500 000 livres sterling et test doit être approuvé par le Gouvernement. Aux États-Unis, la loi GINA (Genetic Information Nondiscrimination Act) interdit la discrimination fondée sur des informations obtenues de tests génétiques en matière d'assurance maladie, mais cela ne concerne pas l'assurance-vie, l'assurance invalidité ni l'assurance dépendance. Au Québec les tests sont autorisés mais encadrés, voir le lien : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/805740/test-genetique-assurances-projet-de-loi-discrimination> et <http://www.ledevoir.com/politique/canada/484753/hbuzzetti-discrimination-genetique>

17 - C. Ruet, l'information relative aux caractéristiques génétiques, in P. Blochet V. Depadt-Sebag (dir) in L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, p. 103 - 132 spéc. P. 129

18 - Résolution du Parlement européen du 16 mars 1989, Problèmes éthiques et juridiques de la manipulation génétique et de la fécondation humaine artificielle

19 - Communiqué de presse DC168(2016)

20 - D. 2001, somm. P. 1429

et dans tous les autres cas après un temps de 15 années. Les personnes se trouvant dans ces situations devront être assurées au tarif normal, sans surprime. De manière plus spéciale il était prévu qu'une grille de référence mise en place par la commission des études et des recherches de la convention AERAS définissent les types de cancer concernés et le délai à prendre en compte depuis la fin du traitement.

La loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 relative à la modernisation du système de santé, art. 190²³ s'est saisie de la question du droit à l'oubli ce qui a eu pour conséquence d'une part de réduire le délai mentionné ci-dessus de 15 à 10 années et de faire passer l'âge des cancers dits pédiatriques de 14 à 18 ans. Ainsi, le droit à l'oubli a donc non seulement reçu une consécration légale avec la loi du 26 janvier 2016 modifiant les dispositions du code de la santé publique auxquelles renvoie l'article L. 133-1 du code des assurances mais il s'est aussi consolidé dans ses modalités en limitant encore davantage le domaine possible pour le questionnement de l'assureur et en étendant la solution, à la suite des débats parlementaires, à d'autres types de pathologies.

Cette solution légale se trouve aujourd'hui complétée par les premiers résultats de la grille de référence prévue par la convention AERAS qui réduit encore le délai à partir duquel il ne sera plus possible aux assureurs de solliciter des informations médicales en tenant compte de la nature de certaines pathologies. A ce jour une grille de référence a été adoptée le 4 février 2016 qui concerne 6 maladies et qui prévoit des délais de droit à l'oubli allant de 1 an (48 semaines pour les pathologies d'hépatite virale C) à 10 ans et précise par ailleurs ce qu'il faut entendre par fin du protocole thérapeutique : fin du traitement actif, absence de rechute, date à laquelle aucun traitement n'est nécessaire hormis possibilité d'une thérapeutique persistante de type hormonothérapie ou immunothérapie.

Par ailleurs les assureurs ne pourront plus désormais pour une même pathologie, cumuler les limites d'exclusion de garantie et de régime de surprimes. Bien qu'inscrite à l'art. L. 1141-16 du code de la santé publique, la règle est naturellement destinée à compléter le régime juridique déjà conséquent des clauses d'exclusion.

II – L'intérêt reconnu des données de santé,

Il faut redire ici ce qui a déjà été indiqué à de multiples reprises tant la solution est importante, la loi pénale qui interdit et sanctionne les discriminations comporte une exception qui permet aux assureurs dans le cadre des garanties touchant

à la personne de l'assuré de tenir compte des données relatives à l'état de santé du candidat à l'assurance.

Ainsi les comportements interdits visés à l'article 225-2 du code pénal tels que refus d'assurance pour l'un des motifs de discrimination énoncés à l'article précédent, 225-11 ou encore sa prise en compte pour conditionner une prestation d'assurance, échappent aux sanctions de discriminations lorsque les données de santé sont utilisées dans le cadre des assurances dites de personnes concernant les risques décès, atteinte à l'intégrité physique, incapacité de travail et invalidité²⁴.

Certes si l'article 225-3 prend soin de rappeler l'interdiction de prise en compte des tests génétiques et des prélèvements d'organes, il n'en constitue pas moins une solution régulièrement mise en débat car elle autorise tout simplement un assureur à refuser une assurance ou à en conditionner la mise en place à des conditions de cotisations ou d'exclusion particulières. Même si la prise en compte des données relatives à l'état de santé dans le cadre des assurances de personnes est bien légalement toujours présentée comme une discrimination, l'article 125-3 du code pénal a pour conséquence qu'elle ne sera pas sanctionnée.

La sélection des risques est donc possible qu'elle soit individuelle ou collective et il appartient aux organes compétents, notamment aux services du défenseur des droits, de veiller à ce qu'elle ne se transforme pas en une discrimination sanctionnée.

Il est utile de donner quelques éléments d'appréciation pour chacune de ces situations de sélection individuelle ou collective.

A – La sélection individuelle des risques en matière de santé

Lorsqu'il s'agit de veiller à la bonne application de l'article 225-3 du code pénal deux tendances peuvent être relevées.

D'un côté il est assez naturel qu'il soit rappelé que la loi doit être respectée et qu'en soi un refus ou une obligation de surprime n'est pas une discrimination interdite susceptible de sanction. Ainsi le fait de proposer des tarifs d'assurance différenciés en fonction de l'état de santé ne constituerait pas un comportement qui pourrait être sanctionné²⁵ sous réserve que le prix ne soit pas totalement disproportionné²⁶.

Dans le domaine particulier de l'assurance emprunteur, c'est même l'objectif de la convention AERAS, outre les solutions évoquées ci-dessus à propos des assurances souscrites dans

23 - L. Morlet-Haidara, L'impact de la loi santé sur les usagers du système de santé, RDSS 2016, p. 658, M. Desolneux, La création d'un nouveau droit à l'oubli pour les malades, Rev. Lamy dr. civil 2016, n° 135 p. 41 ; S. Chamouard-El-Bakkali, Un droit à l'oubli pour les personnes ayant subi une pathologie cancéreuse, Rev. Lamy dr. civ. 2016, n° 135 p. 25 ; L. Bloch « Loi Touraine : quelles nouveautés dans le domaine de la responsabilité et des assurances ? (L. n° 2016-41, 26 janv. 2016) Responsabilité civile et assurances n° 3, Mars 2016, alerte 7 ; s. la dir. de G. Fauré, Chronique de droit des patients, Petites affiches 26 fév. 2016

24 - La solution résulte de la loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur handicap, art. 4, et était inscrite initialement à l'article 416 du code pénal. La dernière mouture de l'article 125-3 est issue de la loi n° 2014-173 du 21 février 2014.

25 - Sur des circonstances voisines Cass. crim. 8 juin 1993, n° 92-82479 et délibération de la Halde du 3 sept. 2007, dél. n° 2007-194

26 - Sur des circonstances voisines, Cass. crim., 25 nov. 1997, n° 96-85670

le cadre des contrats de consommation, d'aménager l'étude du dossier médical du candidat à l'assurance en situation de risque aggravé de santé tout et d'en limiter éventuellement les effets par des solutions de limitation des surprimes. Même si elle constitue une avancée importante qui permet à de nombreuses personnes de répondre aux conditions d'octroi d'un crédit immobilier, la convention AERAS repose néanmoins dans son principe même sur la persistance d'une sélection des risques présentés par les personnes atteintes de maladies.

D'un autre côté, il est tout aussi normal que l'article 225-3 fasse l'objet d'une interprétation stricte qui appelle plusieurs observations à propos de la prise en compte des critères d'âge et de handicap.

Pour l'essentiel il semble important de relever que la notion d'état de santé ne doit pas être interprétée trop largement ce qui implique notamment de ne pas y ranger des considérations touchant à l'âge d'un candidat à l'assurance ou à sa seule situation de bénéficiaire de l'allocation aux adultes handicapés²⁷ ou de titulaire d'une assurance chômage dont la cessation était prévue à partir de l'âge de 55 ans²⁸.

En lui-même le critère de l'âge est mentionné, aux côtés de celui de l'état de santé, à l'article 225-1 du code pénal, il ne l'est pas à l'article 225-3 il n'y a donc aucune raison, aucun motif d'interprétation qui permettrait d'écarter le grief de discrimination en cas de refus d'assurance exclusivement fondé sur des conditions d'âge. A ce jour une décision est régulièrement citée en exemple sans qu'elle ait été confirmée ultérieurement, il s'agit d'un arrêt de la cour d'appel de Nîmes²⁹ par lequel un assureur a été reconnu coupable de l'infraction de refus de fourniture de services en raison de l'âge, la Cour énonçant notamment que la sélection des risques par l'assureur, autorisée dans son principe, a pour limite la prohibition résultant des articles 225-1 et s. du code pénal.

La prise en compte du critère de l'âge n'a toutefois pas été vue comme une discrimination interdite lorsqu'elle intervient dans le cadre des assurances de personnes pour lesquelles le critère de l'âge constitue un élément fort d'appréciation du risque dès lors qu'elle est objectivement justifiée par des éléments actuariels et statistiques. Par une décision du 16 novembre 2012³⁰, le Défenseur des droits s'est prononcé en faveur de la mise en place d'un partenariat entre assureurs et autres parties sur les enjeux liés à la fixation de limites d'âge dans l'accès aux assurances de personnes.

Ce qui vaut pour l'âge vaut aussi pour le handicap qui selon la Halde ne doit pas être confondu avec l'état de santé. Le refus d'assurance fondé sur la prise en compte du seul handicap

ne saurait être justifié s'il ne s'accompagne pas d'une prise en compte de risques déterminés liés à la santé du candidat à l'assurance. Il s'agit là d'une position importante³¹ rappelée dans une délibération ultérieure³².

On indiquera enfin que la Commission européenne a déposé le 2 juillet 2008 une proposition de directive relative aux discriminations fondées sur l'âge et sur le handicap la religion et les convictions et orientations sexuelles, qui contenait des solutions propres à l'assurance. Malgré un vote favorable du Parlement européen le 2 avril 2009, la proposition n'a pas à ce jour été adoptée par le conseil européen.

B- La sélection des risques en matière de prévoyance collective

Il convient ici d'examiner une situation tout à fait particulière, présentée généralement comme l'archétype de l'anti sélection et de l'interdiction de discrimination qui dans son application pourtant a conduit à des conséquences qui viennent d'être sanctionnées par le Défenseur des droits.

En matière de souscription des contrats collectifs de prévoyance complémentaire la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989³³ prévoit en son article 2 que lorsque les salariés sont garantis par un contrat collectif à adhésion obligatoire contre les risques de décès, d'atteinte à l'intégrité physique, d'incapacité de travail ou d'invalidité, l'assureur devra prendre en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration. La règle est un peu différente en cas de contrats à adhésion facultative (art. 3 de la loi).

L'assimilation postérieure de l'état pathologique à la maladie par la Cour de cassation³⁴ a contribué à élargir la portée de la solution. L'assureur ne pouvant alors pratiquer une sélection individuelle des risques est contraint soit d'assurer l'ensemble du groupe, soit de refuser sa garantie à l'ensemble du groupe³⁵. C'est la raison pour laquelle il est possible de parler de sélection collective des risques, approche qui est renforcée par la possibilité qui est laissée par la loi à l'assureur de faire valoir d'éventuelles fausses déclarations qui ne lui auraient pas permis d'apprécier correctement l'ensemble des risques à couvrir.

Par l'effet des longues hésitations et oppositions qui ont animé la controverse sur la pratique des clauses de désignation finalement écartées par le conseil constitutionnel³⁶ malgré de fortes résistances, il est désormais possible à l'assureur

31 - Délibération n° 2007-234 du 1^{er} octobre 2007

32 - Délibération n° 2010-266 du 31 décembre 2010

33 - Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989, dite loi EVIN ou « Loi Prévoyance », relative à la prévoyance complémentaire.

34 - V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 février 2001, pourvoi n° 98-12478, R.G.D.A., 2001-2, p. 373, note L. FONLLADOSA; Cass. civ. 2^e, 3 février 2011, pourvoi n° 10-30588,

35 - E. Linglin, thèse précitée, n° 3421, p. 283 ; Ph. Pierre, Traité du contrat d'assurance terrestre, Litec, 2008, n° 2049, p. 1300.

36 - Conseil constitutionnel, déc. n° 2013-672 DC du 13 juin 2013

27 - Décision du défenseur des droits, MLD/2013-117

28 - Délibération de la Halde n° 2010-196 du 27 sept. 2010 : la cessation de l'assurance à partir d'un certain âge ne pourrait être admise que si l'assureur était en mesure de démontrer que le dépassement d'un âge déterminé fait perdre au contrat d'assurance son caractère aléatoire.

29 - CA Nîmes 6 novembre 2008, 02 - 100901

30 - Décision MLD 2012/150

qui a en charge les garanties accordées aux salariés d'une entreprise de mettre un terme à son assurance en procédant à la résiliation annuelle des contrats. Ainsi l'assureur qui ne serait pas lié d'une manière ou d'une autre à l'égard d'une branche professionnelle peut en quelque sorte pratiquer une sélection collective au terme de chaque année de son contrat ce qui est une manière pour lui de prendre en compte des données liées à la santé des salariés concernés.

C'est dans ce cadre qu'un assureur avait pris le parti de ne pas renouveler le contrat accordé aux personnels d'une entreprise qui venait de procéder à l'embauche d'une personne handicapée. L'entrepreneur craignant de ne pas trouver un nouvel assureur avait alors préféré se séparer de son employé de manière à conserver des conditions identiques d'assurance ce dont le dossier laisse imaginer. Saisi de cette situation le Défenseur des droits a décidé de recommander à la Ministre du travail, à la Ministre de la santé et au Ministre de l'économie de mettre en place un dispositif de suivi de l'accès des entreprises aux couvertures de prévoyance collective obligatoire³⁷.

Joël Monnet

.....
37 - Décision du défenseur des droits, MLD-2015-283