



HAL
open science

Sélection des risques et discriminations en droit des assurances

Matthieu Robineau

► **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Sélection des risques et discriminations en droit des assurances. Santé et discriminations (dir.A. Leca et D. Viriot-Barrial), 11, Les études hospitalières, pp.177-191, 2010, Les cahiers de droit de la santé, 978-2-87874-161-1. hal-01778460

HAL Id: hal-01778460

<https://univ-orleans.hal.science/hal-01778460v1>

Submitted on 9 Apr 2019

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.

Sélection des risques et discriminations en droit des assurances¹

Matthieu Robineau, maître de conférences à l'Université d'Orléans

A paraître, *in* Santé et discriminations, Sous la direction du Pr. A. Leca, Actes du colloque du 27 novembre 2009, Faculté de Droit d'Aix-en-Provence, Les études hospitalières, CDSA, 2010

Sélection des risques et discriminations : l'intitulé même de notre contribution laisse entrevoir que les deux expressions entretiennent des rapports de coexistence, d'indifférence ou de rencontre, mais certainement pas des rapports de cause à conséquence comme l'aurait exprimé l'intitulé « sélection donc discrimination » ou des rapports d'exclusion, comme aurait pu le suggérer le thème « sélection ou discrimination ».

A dire vrai, les deux notions n'appartiennent pas au même domaine de la connaissance. La discrimination est une notion juridique désormais bien connue, encore que sa définition ne soit pas des plus simples. Elle peut être approchée, si l'on s'en tient à une définition légale récente², par l'idée qu'elle qualifie la distinction ou la différence de traitement illégitime entre des personnes placées dans une situation comparable, en raison de critères interdits³. Par comparaison, la sélection des risques est, quant à elle,

¹ La forme orale de cette contribution a été conservée.

² Pour une approche doctrinale tout à fait éclairante, V. D. Tharaud, Contribution à une théorie générale des discriminations positives, Thèse dactyl, Limoges, 2006. – *adde*, F. Sudre et H. Surrel (dir.), Le droit à la non-discrimination au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, coll. Droit et justice, 2008, not. X. Bioy, L'ambiguïté du concept de non-discrimination, pp. 51-84.

³ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Art. 1^{er}, al. 1 : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable » ; al. 2 : « Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres

une technique assurantielle, qui ne relève pas en tant que telle du droit. Il s'agit de l'opération par laquelle l'assureur répartit en groupes homogènes les assurés présentant des risques similaires afin d'obtenir des résultats conformes aux données statistiques sur lesquelles repose l'activité d'assurance⁴. En d'autres termes, la sélection des risques consiste à traiter différemment des risques différents. C'est une opération qui relève de la science de l'assurance, ce qui n'empêche pas qu'elle puisse être appréhendée par le droit.

A l'aune de ces deux définitions, il est légitime de se demander si la sélection des risques est susceptible de dégénérer en discrimination ou si, au contraire, l'assureur dispose d'un droit absolu de distinguer, pour ne pas dire un droit légal de discriminer. Il s'agit là d'un exercice habituel de qualification juridique, pas plus, pas moins.

Toutefois, en raison de la charge éthique que comprend la notion de discrimination, l'exercice est certainement plus délicat que dans d'autres occurrences. C'est particulièrement vrai lorsque l'on choisit de s'intéresser aux discriminations en assurances de personnes, c'est-à-dire en assurances vie et en assurances maladie. Aux considérations juridiques et éthiques s'ajoutent en effet des préoccupations politiques, qui consistent notamment à choisir entre assurance privée ou solidarité nationale ou à trouver un juste point d'équilibre entre ces deux modes de couverture.

En d'autres termes, en la matière, la règle de droit apparaît comme le fruit d'un conflit entre la norme assurantielle, qui impose de segmenter et de compartimenter les risques et la norme anti-discrimination, qui véhicule un fonds éthique et politique, et qui interdit la différenciation lorsqu'elle repose sur des critères qui nient l'égalité des personnes.

Dans cette mesure, le conflit apparaît, d'une part, comme un jeu complexe entre deux normes de nature distincte et, d'autre part, comme un conflit en perpétuelle évolution.

I - LE JEU COMPLEXE DES NORMES ASSURANTIELLES ET JURIDIQUES

En assurance de personnes, la sélection des risques est une sélection des personnes : tel individu est un « bon risque » parce qu'il ne fume pas, qu'il est sportif et ne boit pas d'alcool ; tel autre est un « mauvais risque » parce qu'il est diabétique, qu'il fume, qu'il ne pratique aucune activité sportive, qu'il a une consommation élevée d'alcool.

Toute la difficulté est alors d'interroger en droit la sélection des risques. En l'état du droit positif, le principe est celui de sa licéité : l'assureur n'encourt pas le reproche de discrimination lorsqu'il sélectionne les risques. Ce principe traduit l'emprise de la technique assurantielle et sa validation par le droit. Toutefois de fortes exceptions doivent être mentionnées, pour lesquelles la technique assurantielle s'efface et le droit impose sa manière de voir.

personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés ».

⁴ En ce sens, Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, précis, 12^{ème} éd., 2005, n^{os} 38 et s. – J. Landel, *Lexique des termes d'assurance*, préf. Y. Lambert-Faivre, 5^{ème} éd., éd. L'argus, 2007, V^{is}-Sélection des risques.

A - LA LICÉITE DE LA SÉLECTION DES RISQUES : L'EMPRISE DE LA TECHNIQUE ASSURANTIELLE

En présence d'une sélection des risques reposant sur des critères liés à la personne, le droit peut adopter deux positions : en premier lieu, il peut décider que cette sélection n'est pas une discrimination, auquel cas elle peut-être pratiquée sans réserve ; en second lieu, le droit peut estimer que la sélection est une discrimination, mais que celle-ci n'est pas condamnable lorsque certaines conditions sont remplies. Plus conforme aux principes d'égalité et de dignité des personnes, c'est plutôt la seconde voie que le droit français a choisi d'emprunter, ce que l'on peut illustrer en prenant les exemples de l'état de santé d'une part, de l'âge et du sexe d'autre part.

1 - L'état de santé de l'assuré

Lorsqu'un candidat à l'assurance propose son risque à un assureur, ce dernier a généralement besoin de connaître les caractéristiques de celui-ci⁵. Pour cela, il peut exiger du candidat qu'il remplisse un questionnaire médical, voire qu'il subisse un examen médical, s'agissant d'assurance vie aux capitaux particulièrement élevés. Il s'agit alors de recueillir des informations qui touchent à l'intimité de la personne et qui, utilisées dans d'autres contextes, notamment en droit du travail, peuvent conduire à des discriminations. Les droits fondamentaux sont alors en jeu⁶. Or le droit français des assurances autorise cette recherche d'informations sur l'état de santé et leur exploitation par l'assureur.

Le code pénal prévoit ainsi en son article 225-3, 1^o, al. 1^{er}, que la répression ne « s'applique pas aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ».

La sélection des risques reposant sur l'état de santé est donc pénalement irréprochable, sauf, comme on le verra plus loin, lorsqu'elle repose sur une information génétique. Elle ne paraît pas davantage critiquable sur le terrain civil. Il reste qu'en cas de contestation, l'assureur devra établir que la mesure adoptée est justifiée par des critères objectifs, conformément à l'article 4 de la loi du 17 mai 2008⁷, ce qu'il ne devrait pas avoir de peine à démontrer. Les données statistiques sur lesquelles il

⁵ Il existe toutefois des contrats d'assurance vie pour lesquels l'assureur n'opère aucune recherche sur la physionomie du risque, seul l'âge de l'assuré entrant en ligne de compte. Il en va de même en assurance santé individuelle (v., sur ce dernier point, P. Thourot et F. Fougère, *L'assurance française en 20 leçons*, Economica, coll. Assurance, audit, actuariat, spéc. p. 70.

⁶ V. ainsi, M. Fontaine, *Droit des assurances*, 3^{ème} éd., Larcier, coll. Précis de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, 2006, n° 242 : « Si le législateur s'est focalisé sur les données génétiques, les problèmes en cause concernent de nombreux autres facteurs de risques, dont la communication à l'assureur suscite des problèmes liés tant à la protection de la vie privée qu'à l'interdiction des discriminations. La déclaration du risque est l'un des chapitres du droit des assurances où se manifeste de plus en plus l'influence des droits fondamentaux ». – *adde*, M. Vincineau, *Assurances et vie privée. Du vide légal à l'illicite*, *Rev. Belge Dr. Int.*, 1994/2, pp. 479-532.

⁷ Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. Art. 4 : « Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination. ».

s'appuie présentent en effet par hypothèse une dimension objective parée de vertus scientifiques. La présomption légale de discrimination semble pouvoir être aisément renversée. Techniquement, l'assureur sera irréprochable s'il démontre l'objectivité de l'information disponible, s'il est capable de motiver sa décision d'accepter ou de refuser un risque, s'il établit l'adéquation entre la méthode de recherche de l'information et le risque à couvrir, et enfin, s'il parvient à faire la preuve d'un recours proportionné à l'information⁸.

Pour autant, deux questions demeurent en suspens. En premier lieu, un candidat à l'assurance déçu par le refus de l'assureur de lui accorder sa garantie ou par la configuration de la couverture octroyée (exclusion, délai de carence, montant de la prime) pourrait-il contester le choix des items et des catégories sur lesquelles ont été construites les données statistiques ? Une réponse négative paraît s'imposer parce que, précisément, l'enquête statistique permet de révéler la pertinence ou l'absence de pertinence du critère retenu. Mais il y a là un raisonnement circulaire assez peu satisfaisant qui consiste à valider un choix arbitraire par des informations statistiques qui mettent l'accent sur une donnée plutôt qu'une autre⁹. En second lieu, que penser de données objectives de santé qui conduisent à réserver un sort assurantiel particulier à une partie de la population – c'est-à-dire à un groupe particulier - et font naître le soupçon de pratiques de sélection fondées sur d'autres critères relevant de la discrimination ? De tels actes, si jamais ils existaient – ce qui reste bien improbable, mériteraient très certainement sanction lorsqu'il y a une volonté de fraude de la part de l'assureur : celui-ci ne saurait s'abriter dans ce cas derrière l'argument actuariel pour s'exonérer.

La possibilité de sélectionner les risques en fonction de l'état de santé s'exprime en particulier lorsque le candidat à l'assurance présente un « risque aggravé ». C'est précisément parce que l'assureur est libre de pratiquer cette sélection qu'une convention nationale relative à l'accès au crédit des personnes présentant, du fait de leur état de santé ou de leur handicap, un risque aggravé de santé a été élaborée entre l'Etat et les différents acteurs concernés. La convention actuellement en vigueur, consacrée par la loi¹⁰, est connue sous le nom de convention AERAS (s'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé). Elle repose précisément sur la liberté de l'assureur de sélectionner les risques. Pour preuve, même si la convention a pour objet de permettre l'accès à l'assurance des emprunteurs, elle ne met pas pour autant en place un droit à l'assurance. Il est possible en effet que le candidat à l'assurance ne trouve pas de couverture, même lorsque son dossier a franchi les différents niveaux de prise en charge mis en place¹¹. Il n'existe pas en la matière d'obligation d'octroyer une couverture à la charge des assureurs comme il peut en exister en d'autres domaines où un Bureau central de tarification a été mise en place¹².

⁸ Sur cette démarche, F. Ewald, A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? Mélanges Lambert, Dalloz, 2002, pp. 167-186.

⁹ Rappr. G. J. Martin, Tests et génétiques et assurances, *RIDE* 1993, pp. 53-60, spéc. p. 58.

¹⁰ C. assur., art. L. 133-1 reproduisant les art. L. 1141-2, L. 1141-2-1 et L. 1141-3 du code de la santé publique.

¹¹ Sur le dispositif conventionnel, [http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/conventionaeras/\\$file/Conventionaerascompletedecembre2006.pdf](http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html/conventionaeras/$file/Conventionaerascompletedecembre2006.pdf). - V. les résultats communiqués par la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) : <http://www.ffsa.fr/webffsa/portailffsa.nsf/html//frameset?opendocument&arg=aerassolutions2009>.

¹² V. par ex., en assurance de responsabilité automobile : C. assur., art. L. 212-1.

D'autres critères potentiellement discriminants sont utilisés par l'assureur lors de l'opération de sélection des risques. Il s'agit de l'âge et du sexe de l'assuré.

2 - L'âge et le sexe de l'assuré

En ce qui concerne l'âge de l'assuré tout d'abord, il importe de signaler que l'art. 225-3 du Code pénal qui pose des exceptions à la répression des discriminations ne fait référence à l'âge qu'à propos des discriminations à l'embauche. Autrement dit, à s'en tenir à la lettre du texte, l'assureur encourt une condamnation pénale s'il discrimine en fonction de l'âge de son assuré.

Pour autant, il ne viendrait à personne l'idée de contester que l'assureur puisse réserver un sort particulier aux assurés selon leur âge au moment de la souscription du contrat. L'âge est en effet une donnée essentielle de l'appréciation du risque en assurance de personnes, à tel point que pour les assurances vie, un régime spécifique est prévu en cas de déclaration inexacte de l'âge de l'assuré¹³. Et il faut bien constater que le code des assurances admet que l'assureur ne couvre pas certains assurés en raison de leur âge¹⁴ et qu'il interdit parfois la garantie¹⁵.

En conséquence, il faut considérer que l'assureur n'encourt aucune sanction pénale s'il pratique une sélection des risques et une tarification tenant compte de l'âge des candidats à l'assurance. Il reste qu'on peut regretter que le droit pénal ne permette pas de lever toute incertitude.

En revanche sur le terrain civil, il sera assez aisé pour les assureurs de démontrer que l'âge est un critère objectif et opérant de sélection et d'éviter ainsi le reproche de discrimination.

Comparativement, en ce qui concerne le sexe, la situation peut être examinée avec davantage de sérénité. Sans doute, comme en matière d'âge, le code pénal n'offre pas à la lettre de fait justificatif aux assureurs¹⁶. Toutefois une loi du 17 décembre 2007¹⁷ a introduit dans le code des assurances un article L. 111-7, maintenu et conforté par la loi du 27 mai 2008. Cette disposition, en raison de sa place dans le Code des assurances¹⁸, régit tous les contrats hormis les conventions d'assurance maritime. Dans une rédaction que l'on peut juger alambiquée, elle prévoit deux principes.

En premier lieu, elle dispose que « Les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de

¹³ C. assur., art. L. 132-26.

¹⁴ V. impl. C. assur., art. L. 132-26, al. 1^{er} : « L'erreur sur l'âge de l'assuré n'entraîne la nullité de l'assurance que lorsque son âge véritable se trouve en dehors des limites fixées pour la conclusion des contrats par les tarifs de l'assureur ».

¹⁵ C. assur., art. L. 132-3, al. 1^{er} : « Il est défendu à toute personne de contracter une assurance en cas de décès sur la tête d'un mineur âgé de moins de douze ans, d'un majeur en tutelle, d'une personne placée dans un établissement psychiatrique d'hospitalisation. »

¹⁶ C. pén., art. 225-3, 4^o : « seules sont exonérées les discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ».

¹⁷ Loi n° 2007-1774 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économique et financier, préc.

¹⁸ Il appartient au chapitre 1^{er}, intitulé dispositions générales, du titre 1^{er} portant règles communes aux assurances de dommages non maritimes et aux assurances de personnes, du livre premier (le contrat) du code des assurances.

prestations ». Ce principe n'est assorti d'aucune exception. Le non-respect de ces dispositions expose aux sanctions prévues par le Code pénal pour les actes de discrimination.

En second lieu, le même article L. 111-7 prévoit que « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite ». Toutefois, l'assureur échappe au reproche de discrimination « lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissent que le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance », sous un certain nombre de conditions de forme, comme l'autorisation par arrêté ministériel ou l'homologation ministérielle de tables de mortalité en assurance vie. Ainsi, au regard des différences de risque objectivement constatées, l'assureur peut pratiquer une tarification distincte selon le sexe en assurance vie, en assurance maladie et accident ainsi qu'en assurance automobile comme l'ont admis expressément des arrêtés du 19 décembre 2007¹⁹.

Certaines pratiques relevant de la sélection des risques peuvent ainsi, bien que reposant sur des critères niant l'égalité des personnes être autorisées par la loi, encore que le foisonnement des textes conduise à déceler quelques incertitudes et incohérences.

Le droit entérine donc la pratique assurantielle, à moins que la science de l'assurance ne dicte la règle au législateur. En revanche, il arrive que les considérations éthiques et politiques prennent le pas sur les préoccupations actuarielles. Dans ce cas, c'est à l'effacement de la technique assurantielle que l'on assiste.

B - L'INTERDICTION DE LA SÉLECTION DES RISQUES : L'EFFACEMENT DE LA TECHNIQUE ASSURANTIELLE

Si l'assureur a en principe toute liberté pour sélectionner les risques qu'il prend en charge, des exceptions doivent être mentionnées. Sans doute, si les conditions d'exonération de la responsabilité pénale ne sont pas réunies, les discriminations fondées sur l'état de santé et le sexe, et sous les réserves évoquées plus haut, sur l'âge, seront réprimées. Sur le plan civil, une pratique discriminatoire non justifiée par des critères objectifs, pourra également être sanctionnée²⁰.

Cependant, la loi va parfois au-delà en interdisant toute sélection des risques. De la sorte, elle neutralise l'éventualité d'une discrimination, dans trois hypothèses de nature tout à fait différente. D'abord, comme nous l'avons déjà dit, elle prohibe toute discrimination liée à la grossesse ou à la maternité. Il est inutile d'y revenir. Ensuite, elle interdit la sélection en soi dans le cadre de la prévoyance complémentaire. Enfin, la loi interdit catégoriquement tout recours à l'information génétique.

¹⁹ Arrêtés du 19 déc. 2007 relatifs au traitement des données actuarielles et différences en matière de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe, intégrés aux articles A. 111-1 à A. 111-5 c. assur.

²⁰ Les modalités de la sanction posant d'ailleurs un certain nombre de difficultés. On peut ici envisager que l'assureur soit contraint d'octroyer la couverture refusée ou de l'octroyer à des conditions plus favorables que celles qu'il a pratiquées. Cela suppose à l'évidence de la part du juge une expertise et une maîtrise de la technique assurantielle.

1 - L'interdiction de la sélection en matière de prévoyance collective

La sélection individuelle des risques par l'assureur n'est pas autorisée par la loi Evin du 31 décembre 1989 s'agissant des contrats de prévoyance à adhésion obligatoire²¹. Il résulte en effet de l'article 2 de la loi, d'une part, que l'assureur n'a que le choix de refuser ou d'accepter la couverture du groupe formé par les salariés de l'entreprise, quitte à adapter sa tarification au niveau du groupe en fonction de la gravité des risques déclarés ; d'autre part, il est obligé de couvrir les suites des états pathologiques existants avant la souscription du contrat ou l'adhésion à celui-ci.

Cette interdiction de sélection étouffe dans l'œuf tout risque de discrimination.

Ces entorses à la technique assurantielle se justifient de deux manières. D'une part, il est loisible de considérer que le groupe compose en soi une mutualité au sein de laquelle les risques se compensent. En d'autres termes, l'existence d'un aléa au niveau collectif gomme l'absence éventuelle de l'aléa inhérent à tout contrat d'assurance au niveau individuel. D'autre part, il règne un esprit solidariste en matière de prévoyance collective.

Toujours est-il que toute discrimination est impossible parce que la sélection n'est juridiquement pas autorisée. Une autre technique est mise en œuvre lorsque la loi interdit non pas la sélection en soi mais la sélection fondée sur un élément particulier. Tel est le cas en matière de caractéristiques génétiques.

2 - L'interdiction de la sélection fondée sur des critères génétiques

Si le code pénal admet la possibilité pour l'assureur de personnes qui couvre les risques décès et invalidité de tenir compte de l'état de santé, il prévoit une exception à cette autorisation puisque sont sanctionnées les discriminations fondées « sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ».

Il répond ainsi à la crainte éthique que le résultat d'un dépistage génétique ne conduise à l'exclusion de l'assurance sur la vie, voire de l'assurance-maladie, ou à l'admission de couverture moyennant paiement d'une surprime.

A dire vrai, la solution est le fruit d'une multitude de dispositions disparates, dispersées et souvent redondantes, dont il résulte parfois un certain flou bien regrettable au regard des enjeux éthiques en cause. Pour ne citer qu'un seul texte, l'article L. 1141-1 du code de la santé publique, reproduit à l'article L. 133-1 du code des assurances, dispose : « 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 ».

²¹ Ce qui vise les contrats conclus au profit des salariés d'une entreprise, à la suite d'une convention, d'un accord collectif, d'un référendum ou d'une décision unilatérale de l'employeur ayant pour objet de garantir les risques liés à l'intégrité physique de la personne ou à la maternité, les risques d'incapacité de travail, d'invalidité ou de décès.

Cette prohibition met, de prime abord, fin à toute incertitude. A l'évidence, encore que la problématique puisse relever à certains égards du fantasme²², les informations sur les caractéristiques génétiques d'une personne peuvent être particulièrement précieuses pour l'assureur en quête d'une juste appréciation du risque que lui apporte le candidat à l'assurance. Elles représentent un outil de sélection des risques, au même titre que n'importe quelle information relative à la santé de l'assuré. Et effectivement, dans les Etats où la communication et l'exploitation de l'information génétique est admise, on constate, sous réserve d'une part des freins liés au coût des tests et de l'encadrement légal de ces pratiques²³ et, d'autre part, de la technique assurantielle elle-même²⁴, que les caractéristiques génétiques des personnes constituent un critère tout à fait significatif et opérant de sélection des risques²⁵.

Aussi peut-on se réjouir de la prohibition posée par la loi française et assortie de sanctions pénales, dans la continuité de nombreux textes internationaux et européens²⁶. Il reste que l'on peut regretter quelques insuffisances du texte : d'une part, la notion-même de caractéristiques génétiques est problématique²⁷ ; d'autre part, à la lettre, la prohibition n'a pour domaine que les risques décès et invalidité, ce qui est bien restrictif.

Les différents exemples traités montrent combien le droit positif est le reflet d'un conflit entre des préoccupations techniques justifiant la sélection des risques et des considérations éthiques et politiques défendues, protégées et véhiculées par le droit. Ce jeu complexe ne paraît pas pouvoir être considéré comme figé. C'est un jeu évolutif qu'il convient d'observer d'un œil vigilant.

²² G. J. Martin, Tests et génétiques et assurances, préc.

²³ Sur les différents cadres juridiques : T. Lemmens, Y. Joly et B. M. Knoppers, Génétique et assurance vie : analyse comparative, *GenEdit*, 2004, Vil. 2, n° 2, ISSN 1718-9306, <http://www.humgen.org/int/GE/fr/2004-2.pdf>. Pour un exemple récent, v. le Genetic Information Nondiscrimination Act dans sa nouvelle version adoptée le 21 mai 2008, loi fédérale des Etats-Unis, qui s'applique à l'assurance santé. Sur ce texte, v. G. Grégoire, R. Alemdjrodo et A. Chagnon, La discrimination génétique et l'assurance-vie : les mesures de protection actuelles suffisent-elles ? *Lex electronica*, vol. 14, n° 1 (printemps 2009), spéc. pp. 25-27 et réf. cit.

²⁴ V. F. Ewald, Génétique et assurance, *RGDA* 1999, p. 539-555, spéc. p. 541.

²⁵ Cet élément est souvent évoqué sans d'ailleurs être établi. On trouve d'ailleurs des auteurs niant toute incidence de l'information génétique sur l'opération de sélection (V. G. Grégoire, R. Alemdjrodo et A. Chagnon, préc., spéc. p. 12).

²⁶ Pour n'en citer que quelques exemples, traitant directement ou indirectement la question : UNESCO, Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme, 1997 ; Déclaration internationale sur les données génétiques humaines, 2003 ; Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'homme, 2005. – CES des Nations Unies, résolution 2004/9 : Confidentialité des données génétiques et non-discrimination. – Conseil de l'Europe, Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, Oviedo, 1997 ; Protocole additionnel à la convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale.

²⁷ C. Ruet, L'information relative aux caractéristiques génétiques, in P. Bloch et V. Depadt-Sebag (dir.), L'identité génétique de la personne entre transparence et opacité, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2007, pp. 103-132, spéc. p. 129.

II - LE JEU EVOLUTIF DES NORMES ASSURANTIELLES ET JURIDIQUES

Le jeu des normes assurantielles et juridiques évolue en raison de deux phénomènes distincts, qui tantôt s'opposent, tantôt convergent. D'une part, l'interdiction de la sélection des risques peut être parfois contestée, d'autre part, l'arbitrage entre les préoccupations actuarielles et les arguments éthiques est appelé à évoluer sous le poids, notamment, de considérations économiques.

A - LA CONTESTATION DE L'INTERDICTION DE LA SELECTION DES RISQUES

C'est à propos de l'interdiction faite aux assureurs de tenir compte des informations génétiques, et à plus forte raison, d'exiger communication ou soumission à des tests génétiques que la contestation est la plus sérieuse. Les arguments avancés relèvent de plusieurs types de préoccupations²⁸. Certains sont d'ordre technique, quand d'autres reposent davantage sur des considérations pragmatiques. Il importe de les présenter, même si l'on avoue sans peine notre attachement à la prohibition actuelle.

1 - Arguments techniques

Il existe en matière d'assurance une asymétrie de l'information : l'assuré en sait davantage sur le risque qu'il apporte que l'assureur qui le prend en charge. Or ce déséquilibre peut conduire à un phénomène regrettable pour l'assureur, celui de l'antisélection²⁹. Par cette expression, on décrit la tendance, bien compréhensible, des assurés à se couvrir en fonction de leurs connaissances personnelles du risque et à fausser en conséquence les calculs de l'assureur. Par exemple, les personnes qui se savent atteintes d'une pathologie grave ont tendance à souscrire des assurances en cas de décès, tandis que les personnes en excellente santé sont plutôt enclines à souscrire des garanties en cas de vie. Ainsi, si une personne sait à la suite d'un test génétique, qu'elle court un risque de décès prématuré, sa tentation sera grande de contracter une assurance d'un montant considérable, faussant ainsi les calculs de l'assureur, contraint de rester dans l'ignorance de cette information. En d'autres termes, l'assureur se retrouve en présence de groupes d'assurés qui ne correspondent pas nécessairement aux groupes théoriques sur lesquels il a construit ses garanties et ses tarifs.

Or en interdisant à l'assureur l'accès à l'information génétique, la loi accroît mécaniquement l'asymétrie d'information et le risque d'antisélection. C'est la raison pour laquelle un certain nombre de voix s'élèvent pour autoriser les assureurs à interroger le candidat à l'assurance sur l'existence et le contenu d'informations génétiques et à sanctionner celui-ci en cas de réponses inexactes.

Cette préoccupation liée à l'antisélection prend actuellement une ampleur sans précédent, dans la mesure où l'on trouve sur Internet de plus en plus de tests pouvant

²⁸ D'autres arguments peuvent affecter la problématique, certains tenant à la qualité des tests et au contexte dans lesquels ils sont réalisés (v. sur ce point, S. Bauzon, Du bon usage juridique de l'identité génétique de la personne, *in* Ch. Hervé *et alii* (dir.), *Généticisation et responsabilités*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2008, pp. 121-137, spéc. p. 133, d'autres tenant au risque que plus personne n'accepte de se prêter à des tests génétiques de crainte de voir les informations exploitées par d'autres personnes que les chercheurs, ce qui pourrait constituer un frein au progrès médical.

²⁹ V., not. F. Ewald, *Généétique et assurance*, préc.

être très facilement pratiqués sur soi-même, sans concours professionnel, la lecture et le diagnostic se faisant à distance, au mépris de la législation nationale³⁰.

En guise de second argument, on soulignera que l'information génétique n'est qu'un élément d'information sur le risque parmi d'autres et qu'interdire son accès est lui donner une importance qu'elle n'a peut-être pas (ce qui en soi pourrait relever de la discrimination, pour défaut de proportionnalité).

C'est l'évidence même en présence de maladies multifactorielles. Pour ces maladies, dont la survenance est également liée à un environnement défavorable, le diagnostic génétique n'est qu'un diagnostic de susceptibilité. L'altération du gène n'augmente que faiblement la probabilité de survenue de la maladie et elle n'empêche pas la survenue d'autres maladies, d'accidents, de décès subits. L'aléa est donc maintenu.

C'est moins certain il est vrai pour les maladies monogéniques. Dans ce cas, le diagnostic s'apparente à un diagnostic de certitude, ce qui paraît supprimer en très grande partie l'aléa inhérent au contrat d'assurance. Mais en partie seulement car la personne atteinte est pour le reste exposée à bien d'autres risques pouvant porter atteinte à son intégrité physique. La couverture assurantielle n'est donc pas totalement impossible.

A ces arguments techniques s'ajoutent des considérations très pragmatiques.

2 - Arguments pragmatiques

Le premier argument consiste à relever qu'en pratique l'assureur pose très souvent des questions sur les antécédents familiaux. On conviendra sans mal que c'est là interroger le candidat à l'assurance sur son hérité, de manière certes moins scientifique et moins précise que par le recours à des tests génétiques.

Le deuxième argument est lié à la pression de la concurrence internationale. Certains Etats admettent en effet, sous certaines conditions variables, l'exploitation de l'information génétique par les assureurs. Il est à craindre en conséquence que les assurés se sachant porteurs de gènes ne les prédisposant pas à des maladies graves désertent le marché français et aillent se couvrir ailleurs. Les questions de la bioéthique, on le sait, sont aussi gouvernées par des enjeux économiques, tels que les intérêts des laboratoires pharmaceutiques. Il n'y a pas de raison que les préoccupations des assureurs, investisseurs institutionnels, ne soient pas entendues – sans préjuger d'ailleurs du comportement des assureurs français qui jusqu'à l'entrée en vigueur des textes précités se sont montrés particulièrement prudents en adoptant des moratoires mettant en évidence leur volonté de ne pas se servir de l'information génétique. A dire vrai, seule une réglementation s'imposant à tous les assureurs de la planète permettrait de retirer toute force à cet argument.

Un troisième et dernier argument peut être avancé, selon lequel en interdisant la communication et l'exploitation des informations génétiques, la loi met en œuvre une double discrimination. D'abord une discrimination indirecte au détriment des personnes

³⁰ Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Rapport sur l'évaluation de l'application de la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique par MM. A. Claeys et J.-S. Vialatte, spéc. pp. 45 et s.

atteintes d'une maladie grave d'origine non génétique³¹. Ces personnes n'ont aucune raison de subir un accès plus délicat à l'assurance que celles dont les gènes affirment qu'elles seront à court ou moyen terme gravement malades. Ce reproche de discrimination rejoint la critique faite à ce que l'on appelle l'exceptionnalisme génétique³², qui consiste à réserver un régime juridique spécifique aux questions génétiques. Ensuite, une seconde discrimination peut être évoquée, celle qui empêche le candidat à l'assurance soupçonné, en raison de ses antécédents familiaux d'être porteur d'une altération génétique d'établir la preuve contraire et de bénéficier en conséquence d'une couverture moins onéreuse.

Ainsi un certain nombre de considérations peuvent conduire à remettre en cause la prohibition de la communication et de l'exploitation des informations génétiques en matière d'assurance. Le débat ne paraît donc pas clos, d'autant que les évolutions permanentes de la génétique conduisent à le renouveler continûment. Au-delà, la question même de l'admission de la sélection des risques, et son éventuelle qualification en termes de discriminations, résulte d'un arbitrage politique, qui n'est pas figé.

B - L'ARBITRAGE POLITIQUE DE LA CONFRONTATION ENTRE NORMES ASSURANTIELLES ET JURIDIQUES

L'arbitrage de la confrontation entre normes assurantielles et juridiques peut être appréhendé ici en évoquant une double question, celle de la place de la solidarité d'une part, celle des fonctions de l'assurance privée d'autre part.

1 - La place de la solidarité

Il est habituel de distinguer entre couverture des risques par l'assurance privée et couverture par des mécanismes de solidarité nationale telle que la sécurité sociale. De manière schématique, la première repose sur la sélection des risques et sur l'idée que chacun finance la couverture de son risque à proportion de celui-ci, tandis que la seconde n'opère aucune sélection et est financée par les assurés à proportion de leurs revenus, indépendamment du risque qu'ils apportent.

La philosophie des deux systèmes est donc très différente. Toutefois, indépendamment des transferts observés de la solidarité vers l'assurance privée³³, on trouve des régimes intermédiaires qui colorent l'assurance privée d'une teinte de solidarité comme les incitations fiscales et sociales à choisir des contrats responsables, c'est-à-dire des contrats qui, en autres particularités, n'opèrent aucune sélection³⁴.

³¹ En ce sens, J.-M. Binon, *Droit des assurances de personnes, Aspects civils, techniques et sociaux*, Larcier, coll. Précis de la Faculté de l'université catholique de Louvain, 2007, n° 43.

³² Sur cette notion et ses implications, A. Rouvroy, *Généricisation et responsabilité : les habits neufs de la gouvernance néolibérale*, in Ch. Hervé *et alii*, *Généricisation et responsabilités*, *op. cit.*, pp. 111-120, spéc. pp. 115 et s.

³³ V. V. Nicolas, *L'assurance, substitut à la solidarité nationale en matière de santé ?* in A. Leca et G. Rebecq (dir.), *La prise en charge des dépenses de santé par la solidarité nationale*, actes du colloque de Toulon, CDSA, 2005, PUAM, 2006, pp. 177-183.

³⁴ Un contrat responsable doit respecter les conditions de garantie prévues à l'art. L. 871-1 du CSS. Il ne doit pas couvrir la participation forfaitaire, actuellement de 1€, qui doit toujours demeurer à la charge de l'assuré social, ni couvrir la majoration de ticket modérateur lorsque l'assuré refuse de se choisir un médecin traitant (art. L. 162-5-3 CSS) ou d'avoir un dossier médical personnalisé (art. L. 161-36-2). Il ne

Il faut y insister, le lien entre absence de sélection et solidarité est des plus clairs. Il a été plusieurs fois affirmé que « Empêcher les assureurs de procéder à une sélection médicale reviendrait à rendre automatique l'acceptation de candidatures à l'assurance de personnes touchées par des maladies graves pour lesquelles il n'existe pas, à ce jour, de traitement efficace. De fait, serait ainsi créé un mécanisme de solidarité qui ne relève pas du champ d'activité des sociétés d'assurance³⁵ ».

En outre, il importe de conserver à l'esprit que plus l'assurance privée individuelle interviendra sur le marché des complémentaires, plus les questions de sélection des risques se poseront avec une acuité nouvelle, dans un environnement fortement concurrentiel.

Or si chacun accepte sans trop de difficultés une tarification distincte selon le nombre de pièces de son habitation ou selon la cylindrée de son véhicule, parce qu'il y a là des éléments sur lesquels chacun exerce un choix et une emprise, en revanche, la différenciation tarifaire est moins bien perçue lorsque l'élément déterminant apparaît comme le fruit du destin ou de la fatalité. Payer une surprime pour tabagisme est accepté, devoir cotiser à un tarif plus élevé en raison de ses gènes l'est beaucoup moins. Derrière cette forme parmi d'autres d'inégalité devant la santé que mettent au jour les tests génétiques surgit l'exigence nécessaire d'une solidarité entre les personnes, voire la mise en place de discriminations positives.

Il reste alors à définir qui doit bénéficier de telles mesures et de quelles manières mettre en œuvre ces politiques favorables. Les questions sont alors les suivantes : qui doit-on protéger : toutes les personnes atteintes de maladies graves, avec toutes les difficultés de définition que cette notion comporte ou bien seulement certaines d'entre elles ? Ensuite, quel dispositif mettre en place : l'interdiction de toute sélection des risques ou bien la prohibition de la sélection selon certains critères expressément visés par la loi ? En aval, si la sélection est possible, comment couvrir les personnes présentant un risque de santé aggravé : par un fonds de garantie relevant de la solidarité nationale, par le recours au marché, ou par des dispositifs intermédiaires, à l'image de la convention AERAS évoquée plus haut³⁶ ?

C'est ainsi le rôle octroyé à l'assurance privée qu'il convient d'interroger.

2 - Les fonctions de l'assurance

Sous un autre angle que celui de la solidarité, la question des fonctions de l'assurance peut en effet être posée. En termes de politique de santé en particulier et de prévention des risques de manière générale, limiter la sélection des risques peut apparaître inopportun. Si chacun est libre de se soigner, de choisir le mode thérapeutique qui lui convient, d'adopter le comportement qui lui convient en termes d'hygiène de vie ou de prévention, ces choix ont évidemment une incidence sur les risques pris en charge par les assureurs. Et précisément, ces derniers sont

doit pas comporter de questionnaire médical ni de tarification établie en fonction de l'état de santé, comme pour le contrat solidaire auquel il se substitue.

³⁵ Rép. min. à QE n° 13209, JO Sénat Q. 27 févr. 1997, p. 638 ; Rép. min. à QE n° 42832, JOAN Q. 24 mars 1997, p. 1542.- ces réponses ont été données à des parlementaires qui s'interrogeaient sur le point de savoir s'il n'était pas opportun d'abroger l'article 225-3 du code pénal précité. Le simple fait que la question ait été posée suffit à montrer que le domaine de la solidarité peut s'élargir, même si la tendance est plutôt, pour les raisons que chacun sait, au reflux.

³⁶ Comp., F. Ewald, La solidarité et la génétique, *RGDA* 2002, p. 880-882.

particulièrement bien placés pour inciter leurs assurés, notamment par une politique tarifaire ou l'aménagement de l'étendue de la garantie, à adopter un comportement destiné à diminuer la fréquence des sinistres ou leur intensité.

Cette dimension de responsabilisation est bien connue en assurance de dommage. Pour prendre quelques exemples, les conditions de garantie et les exclusions ont parfois pour but d'inciter à la prévention, à l'instar des clauses exigeant, en assurance contre le vol, l'installation, l'entretien et la mise en fonctionnement de systèmes d'alarmes. De même, les franchises et plafonds de garantie, en laissant une part du dommage à la charge de l'assuré ont pour vertu, parmi d'autres avantages, de responsabiliser l'assuré³⁷.

Il n'est pas déraisonnable d'envisager que les assureurs pourraient jouer un tel rôle en matière de santé. Certes, la liberté des personnes est en jeu et certes encore, on peut douter qu'il appartienne à des acteurs privés, dont les capitaux échappent en grande partie aux assurés, de mener une politique de santé publique. Il n'en demeure pas moins que l'idée est régulièrement avancée que l'assurance pourrait jouer un rôle déterminant dans l'amélioration de la santé de chacun. L'assuré informé de son patrimoine génétique serait ainsi tenu d'adopter des démarches de prévention et serait responsable de lui-même³⁸.

On le voit, il y a ici encore un choix politique fort : tout est fonction du modèle de société que l'on choisit de défendre, tout est question des fonctions que l'on assigne respectivement à l'Etat et aux acteurs privés de la santé.

Il reste que sélectionner les risques est une technique assurantielle performante de bonne gestion sans laquelle la solvabilité des assureurs et l'accès aux couvertures vie et maladie sont menacés. Mais sélectionner, c'est aussi, en partie, rompre avec l'égalité. Or si traiter différemment l'assuré qui conduit une voiture de sport et celui qui conduit une petite voiture de ville est conforme au principe d'égalité qui autorise, faut-il le rappeler, à traiter différemment des situations différentes, en revanche traiter différemment deux assurés inégaux devant la santé en raison d'une certaine fatalité ou d'une inégale destinée c'est nier l'égalité des personnes et, dès lors, discriminer³⁹. C'est alors au droit d'arbitrer entre les préoccupations éthiques, politiques, techniques et économiques et au citoyen de garder un œil vigilant sur les solutions adoptées, puisqu'en la matière, rien ne paraît définitivement acquis.

³⁷ Sur cette problématique, M. Robineau, Contribution à l'étude du système responsabilité : les potentialités du droit des assurances, Defrénois, coll. Doctorat et notariat, 2006. – sur un plan plus philosophique, H. Chartier, Responsabilisation en droit des assurances, thèse dactyl, Orléans, 2003.

³⁸ Pour une approche économique de cette question, M. Fall, Assurance et tests génétiques, thèse dactyl, sc. écos, Orléans, 2006.

³⁹ Comp. F. Ewald, A quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? art. préc.