

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS**CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :**

D. Noguéro, *Aléa, déclaration du risque et test génétique en droit des assurances* (à propos d'un cas pratique pour le gène de la maladie de Huntington : TGI Nanterre, pôle civil, 6^e ch., 25 oct. 2019, RG n° 19/06316), *bjda.fr* 2020, n° 67

Aléa, déclaration du risque et test génétique en droit des assurances

(à propos d'un cas pratique pour le gène de la maladie de Huntington :

TGI Nanterre, pôle civil, 6^e ch., 25 oct. 2019, RG n° 19/06316)

David Noguéro,

professeur à l'Université de Paris Descartes

Sorbonne Paris Cité devenue Université de Paris (IDS - UMR-INSERM 1145)

Contrat d'assurance – C. assur. L. 112-3 - Preuve – C. civ., art. 1353

Pour la première fois, à notre connaissance, la question des tests génétiques en assurance est envisagée par la jurisprudence au travers de ce jugement¹. Malgré le fait qu'il s'agit d'un jugement de feu le tribunal de grande instance (TGI devenu le tribunal judiciaire au 1^{er} janvier 2020)², il mérite donc un signalement s'agissant de l'impact de la médecine prédictive³ sur le contrat d'assurance - même si le test pour le diagnostic dans cette orientation vers une médecine plus individuelle est loin de s'accompagner systématiquement de la thérapeutique

¹ Test génétique : condamnation d'un assureur au versement du capital décès, *L'Argus de l'assurance*, 4 nov. 2019, par A. Darcel.

² Décr. n° 2019-912 du 30 août 2019 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et pris en application des articles 95 et 103 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* ; Décr. n° 2019-913 du 30 août 2019 *pris en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* ; Décr. n° 2019-914 du 30 août 2019 *modifiant le code de l'organisation judiciaire et portant diverses adaptations pour l'application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* ; Décr. n° 2019-965 du 18 sept. 2019 *portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance dans les textes réglementaires en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice* ; Décr. n° 2019-966 du 18 sept. 2019 *portant substitution du tribunal judiciaire au tribunal de grande instance et au tribunal d'instance en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et diverses dispositions relatives à l'organisation judiciaire et modifiant l'annexe du décret n° 2019-913 du 30 août 2019 pris en application de l'article 95 de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation (2018-2022) et de réforme pour la justice*.

³ I. Vacarié, *Examens génétiques et médecine prédictive*, RDSS 1993, p. 429 - F. Bourguignon et J.-J. Duby, *Médecine prédictive. Nouvelles inégalités ou nouvelle solidarité, Risques. Les cahiers de l'assurance*, n° 21, janv.-mars 1995, p. 125 - X. Labbé, *La médecine prédictive et le contrat d'entretien du corps humain*, D. 2018, Point de vue, p. 2371 - A. Marais, *La prédisposition génétique*, thèse Paris II, 2000, spéc. n° 766 s., p. 341 s., la sélection des personnes par leur prédisposition génétique en droit des assurances.

correspondante. Il s'inscrit dans la réflexion menée sur les discriminations en droit des assurances⁴, ici sous l'aspect de la génétique⁵, en période de révision des lois bioéthiques⁶.

On ne discutera pas de l'opportunité du droit positif français, résultant d'un choix socialement acceptable pour notre pays⁷, sur lequel la doctrine a pu réfléchir en examinant les exigences techniques de l'assurance et en se reportant à des options différentes de systèmes juridiques autres.

Lorsqu'une interdiction totale est édictée, se présente déjà la question de la définition précise du test génétique permettant de fixer le champ des règles applicables. En parallèle, le débat peut être alimenté par les conditions de l'accès aux tests, plus ou moins aisé, comme son coût, plus ou moins lourd. Là, il faut encore distinguer, d'un côté, ce qui est permis et comment, d'un autre côté, ce qu'est la réalité vécue du « marché », notamment grâce à internet qui permet de franchir les frontières pour les « consommateurs ». Il y a aussi l'étendue de l'information à recueillir par les tests disponibles (plus ou moins de prédispositions à des maladies détectables). L'interrogation concerne leur portée et leur utilité, sans même évoquer

⁴ Not. F. Ewald, À quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ?, in Mélanges Yvonne Lambert-Faivre et Denis Clair-Lambert, *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Dalloz, 2002, p. 67 - B. Dubuisson, Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot, *Liber amicorum*, LGDJ Lextensoéditions, 2010, p. 105 : avec des comparaisons en droit belge, après une loi de 2003 de lutte contre les discriminations - M. Robineau, Sélection des risques et discriminations en droit des assurances, in *Santé et discriminations*, dir. A. Leca et D. Viriot-Barrial, Les études hospitalières, CDSA, 2010, p. 177 : sur les tests, interdiction et enjeux - J. Monnet, Discrimination et assurance, JDSAM 2017-16, p. 13, spéc. pp. 15-16 : sur les tests, et Assurance et discrimination, 8^{ème} journée René Savatier, Poitiers, 2007 : différentes législations sur les tests. - Adde L. Mayaux, Éthique et offre d'assurance, RGDA 2000, p. 453 - L. Morlet-Haïdara, L'influence de l'assurance sur le droit de la santé, in *Le droit de la santé d'une décennie à l'autre (2006-2026)*, JDSAM 2017-15, p. 19 - S. Hourdeau, Des droits fondamentaux en assurance : les pesanteurs d'une autre galaxie, RGDA août-sept. 2018, 115x2, p. 387 - E. Linglin, *Corps humain et assurances de personne*, thèse Paris II, 2014, not. n° 159 : sur les tests - M. Leloup-Velay, *L'assurance face aux droits fondamentaux de la personne humaine*, thèse Paris-Dauphine, 2017, spéc. n° 50 s., p. 37 s. : sur les tests, not. en droit comparé.

⁵ Not. G. J. Martin, Tests génétiques et assurances, RID écon. 1993, p. 53 - A. Kahn, Tests génétiques et assurance, Risques, n° 18, avril-juin 1994, p. 95 - F. Ewald et J.-P. Moreau, Génétique médicale, confidentialité et assurance, Risques, n° 18, avril-juin 1994, p. 111 - F. Ewald, Génétique et assurance, RGDA 1999, p. 539 - Ch. Byk, Insurance and genetic tests. Comparing two legislative policies (Australia and France), RGDA févr. 2017, 114e7, p. 97 : soulignant l'interventionnisme de la loi française, comme la perception sociale différente.

⁶ Not. Bioéthique, États généraux. Rapport de synthèse du CCNE. Opinions du comité citoyens, 2 juill. 2018, spéc. p. 38 : rappel de l'interdiction dans le domaine du contrat d'assurance ; p. 42 et p. 172 : crainte des dérives - CCNE, avis n° 129 du 25 sept. 2018, Contribution du comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi bioéthique, spéc. p. 67 : rappel de l'interdiction dans le domaine du contrat d'assurance.

⁷ Not. CCNE, Avis sur l'application de tests génétiques aux études individuelles, études familiales et études de population. (Problèmes des « banques » de l'ADN, des « banques » de cellules et de l'informatisation des données, avis n° 25, 24 juin 1991 : souhait d'interdiction de l'accès à l'information pour les entreprises d'assurance. - CCNE, Avis et recommandation sur Génétique et médecine : de la prédiction à la prévention, avis n° 46, 30 oct. 1995 : tests génétiques et assurance, avec rappel de l'interdiction. L'utilisation à des fins de sélection ou de discrimination dans les systèmes d'assurance, « conduirait à franchir une étape d'une extrême gravité vers la mise en cause des principes d'égalité en droits et en dignité, et de solidarité entre tous les êtres humaines, sur lesquels repose notre société ». Les droits de l'homme sont évoqués. Aussi, allusion à la concurrence européenne dans le secteur et à la possible révision des règles. - CCNE, Réflexion éthique sur l'évolution des tests génétiques liée au séquençage de l'ADN humain à très haut débit, avis n° 126, 21 janv. 2016, spéc. pp. 25, 34, 42, 66-68 : sources de l'interdiction, discrimination, assurabilité et droit des assurances. « C'est donc en raison du caractère incertain du développement de la maladie, que l'état de santé lié à des facteurs génétiques n'a pas à être communiqué à l'assureur ».

le degré de leur fiabilité. De plus, malgré la précision croissante des outils au fur et à mesure des avancées scientifiques, l'anticipation relative à la perspective de santé n'est pas forcément la concrétisation certaine pour le cas particulier. L'augmentation du risque relevé par rapport à la population générale peut ne pas être absolument significative, en elle-même ou à raison de l'incidence d'une pluralité de facteurs non-génétiques. En parallèle, l'absence de prédisposition détectée ne garantit pas forcément la non-survenance de telle maladie. Il demeure que la sélection est susceptible de glisser vers une hyper-segmentation afin de se rapprocher, au mieux, du profil individuel du risque.

La solution retenue par la loi peut être celle d'une interdiction conditionnée ou limitée, par exemple par un seuil franchi en montant au regard de la couverture assurantielle souhaitée⁸, ou/et selon le type d'assurance concerné. Inversement, le test peut être accueilli, avec plus ou moins de contrôle (déjà le consentement vérifié de l'assuré), accueil dès lors encadré par l'autorégulation de l'industrie de l'assurance, une autorité indépendante à désigner ou sans barrière aucune. Chaque État peut avoir sa religion à ce sujet en fonction de divers paramètres. La décision à analyser invite plutôt à se prononcer prosaïquement sur la mise en œuvre pratique de la règle prohibitive nationale.

Il est important de rappeler le contexte factuel particulièrement douloureux qui a probablement influencé la solution concrète, au moins en partie, que ce soit sciemment ou pas. Pareillement, il faut relever que le jugement n'a pas été frappé d'appel. Aussi, même s'il existe comme précédent, désormais, il s'agit d'une première décision, pour l'heure isolée, dont la suite aurait peut-être été différente devant une juridiction du fond du second degré appréciant les éléments de preuve autrement. Nous resterons dans l'ignorance à ce propos.

En l'espèce, le 25 août 2016, l'assuré né en 1970 a adhéré aux contrats collectifs Aviva Senseo Prévoyance Libéral et Aviva Senseo Prévoyance Libéral « loi Madelin ». Le père de famille a opté pour les garanties des risques incapacité de travail, invalidité, perte d'autonomie et décès. La clause bénéficiaire était au profit de sa femme, à défaut leurs enfants. Le 6 mars 2018 - soit un peu plus de 18 mois plus tard -, l'assuré est décédé, laissant son épouse et leurs trois enfants. Le constat des officiers de police judiciaire et le rapport du médecin légiste ont permis de conclure à un suicide par pendaison. L'épouse a sollicité l'assureur, informé de cet événement, pour la mise en œuvre de la garantie décès. Elle a notamment transmis la copie du rapport des services de police et une attestation du médecin traitant de son mari.

Le 4 juillet 2018, la société Aviva Vie a refusé sa garantie après avoir demandé des pièces complémentaires pour l'instruction du dossier. L'assureur a considéré que l'absence d'indication par l'assuré de ses antécédents médicaux constituait une fausse déclaration intentionnelle du risque entraînant la nullité du contrat sur le fondement de l'article L. 113-8 du code des assurances.

Le 29 novembre 2018, l'assureur a été mis en demeure, sans succès, de régler le capital décès. Le 1^{er} février 2019, la veuve de l'assuré a saisi le juge des référés du tribunal de grande

⁸ Comp. *mutatis mutandis*, en France, face au suicide pour la garantie décès en assurance emprunteur, la limite du plafond réglementaire, V. C. assur., art. L. 132-7, al. 4 ; art. R. 132-5. Ainsi, on aboutit à une maîtrise financière du risque.

instance de Nanterre (devenant le juge de la procédure accélérée au fond en 2020⁹). Par ordonnance du 21 mai 2019, le tribunal a ordonné à l'assureur de communiquer l'ensemble des documents contractuels de la couverture prévoyance. La demande de provision de 70 000€ à valoir sur le capital n'a pas été satisfaite, les parties étant invitées à mieux se pourvoir sur le fond¹⁰. Le 20 juin 2019, en possession des documents contractuels communiqués le 24 mai 2019, la veuve a été autorisée à assigner à jour fixe la société d'assurance, ce qu'elle a fait par acte du 24 juin 2019. Elle a demandé, au visa des articles L. 1141-1 du code de la santé publique et L. 113-8 du code des assurances, la somme de 308 670 euros en règlement du capital décès, avec intérêts au taux légal, assorti de la capitalisation ; 10 000 euros à titre de dommages et intérêts pour résistance abusive ; outre 5 000 euros sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile.

La position de chacune des parties est à évoquer avec précision à partir de la motivation du jugement. Du côté de la veuve, il est défendu que le corps de son mari a été retrouvé après son suicide. Elle a reconnu « qu'il se savait depuis 2003 [i.e. avant la date d'adhésion] porteur du gène responsable du déclenchement de la maladie de Huntington »¹¹. Compte tenu du passé familial, l'assuré y a procédé pour déterminer s'il présentait un risque pour sa descendance¹². Néanmoins, la veuve bénéficiaire a contesté le refus de garantie qui lui a été opposé. Dans ce but, elle a clairement rappelé « qu'il est interdit à l'assureur de tenir compte du résultat de tests génétiques »¹³. De préciser « qu'avant une dernière consultation médicale en 2017 [i.e. après la date de l'adhésion] son mari ne présentait aucun symptôme, n'était pas malade et n'avait aucune raison de répondre positivement au questionnaire de santé complété en août 2016 »¹⁴. Sollicitant le jeu des garanties contractuelles, la veuve a soutenu « qu'en interdisant à l'assureur de se prévaloir du résultat d'un test génétique, le code de la santé publique lui interdit également de tirer partie de l'absence d'aléa, née du caractère inéluctable du déclenchement de la maladie ainsi révélée et du décès qu'elle entraînera à un terme incertain ».

À l'inverse, la compagnie d'assurance a demandé que la veuve soit déboutée de ses différentes demandes. Elle s'est appuyée sur les articles [anciens] 1104, 1134, 1964 du code civil, en leur rédaction applicable jusqu'au 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 *portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*¹⁵. Ces textes de droit commun sont devenus les articles 1103 - la force obligatoire du contrat -, 1104 - l'exigence de bonne foi, d'ordre public -, et 1108, alinéa 2. La disposition relative au caractère aléatoire du contrat citant le contrat

⁹ Décr. n° 2019-1419 du 20 déc. 2019 *relatif à la procédure accélérée au fond devant les juridictions judiciaires*. Art. 24 pour l'entrée en vigueur.

¹⁰ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 4.

¹¹ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 3 : faits non contestés.

¹² Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 3 : « En décembre 2003, [l'assuré] s'est soumis au dépistage pré-symptomatique et a appris qu'il était porteur de la mutation. S'ensuivront les naissances de trois enfants non porteurs, entrecoupées de plusieurs interruptions médicales de grossesse ». Grand-mère paternelle et père affectés par la maladie et décédés.

¹³ Et Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 3.

¹⁴ Et Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 3, *in fine*.

¹⁵ J. Bigot, L'ordonnance portant réforme du droit des contrats, des obligations et de leur preuve et le contrat d'assurance, JCP G 2016, Étude 833 - P. Bertrand, Réforme du droit des contrats. Quel impact sur le contrat d'assurance ?, D. 2016, chr., p. 1156.

d'assurance comme illustration a disparu¹⁶. La double approche de la définition du contrat aléatoire dans les articles [anciens] 1104¹⁷ et 1964¹⁸ est remplacée par celle unifiée de l'alinéa 2 de l'article 1108 du code civil : « Il [i.e. le contrat] est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». L'assureur a aussi invoqué les articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances - ce qui obligeait à examiner l'articulation avec l'article L. 1141-1 du code de la santé publique -, relatifs à la déclaration initiale du risque et à sa sanction en cas de mauvaise foi du souscripteur, reprochant à son assuré d'avoir fait une fausse déclaration intentionnelle ayant modifié l'opinion du cocontractant du risque à garantir. Si la nullité du contrat sollicitée sur ce fondement n'était pas accueillie, l'assureur la demandait subsidiairement en raison du défaut d'aléa.

Dans cette optique, la société Aviva Vie a soutenu que « la prohibition de tenir compte des résultats de tests génétiques ne lui interdit pas de tenir compte des données de santé pouvant ressortir des réponses données à un questionnaire médical faisant état d'une maladie, d'une hospitalisation ou d'une surveillance médicale, peu important les circonstances de la révélation à l'assuré de l'affection concernée, d'opérer une sélection des risques sur le fondement de ces données de santé et d'opposer à l'assuré les dispositions [des] article[s] L. 113-8 et L. 113-9 du code des assurances en cas de manquement à ses obligations déclaratives concernant lesdites données »¹⁹. Il est fréquent, selon tel type d'assurance, que les assureurs recourent à des questionnaires de santé ou/et des examens médicaux - information directement accessible par cette méthode.

En l'occurrence, il était relevé que la veuve « a déclaré aux autorités de police que son mari était malade depuis sa naissance et faisait l'objet d'une surveillance médicale antérieure à son adhésion au contrat ». L'assureur a nettement mis en avant que l'assuré, « qui exerçait les fonctions de courtier en assurances et ne pouvait dès lors ignorer les obligations pesant sur le candidat à l'assurance, a effectué intentionnellement une fausse déclaration de nature à modifier l'opinion de l'assureur sur le risque garanti ». En outre, le contrat doit être déclaré « nul pour défaut d'aléa, la maladie de Huntington étant incurable et inéluctable ».

La maladie de Huntington, parfois dénommée chorée de Huntington, est une maladie héréditaire et orpheline, de nature chronique et évolutive. Elle se traduit par une dégénérescence neurologique, qui entraîne différents troubles importants : des troubles moteurs, cognitifs et psychiatriques. L'évolution dirige la personne atteinte vers la dépendance avant la mort. Le développement de la maladie se situe souvent entre 40 et 50 ans, qui est la tranche d'âge de l'assuré ici, au moment de son décès. C'est une anomalie génétique qui provoque la maladie de Huntington. Rare, une forme juvénile de la maladie peut aussi se développer, ce qui ne semble pas le cas de l'assuré, des informations à dispositions. De même, rien ne vient attester du fait que lors de la déclaration du risque, l'assuré était dans un état psychologique lui ôtant sa lucidité, empêchant, le cas échéant, de lui

¹⁶ C. civ., anc. art. 1964, abrogé au 1^{er} oct. 2016 : « Le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain. / Tels sont : Le contrat d'assurance, (...) ».

¹⁷ C. civ., anc. art. 1104, al. 2 : « Lorsque l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain, le contrat est aléatoire ».

¹⁸ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 11.

¹⁹ Adde M. Périer, L'assureur et l'aversion aux risques, in Études offertes à Hubert Groutel, *Responsabilité civile et assurances*, Litec, 2006, p. 329.

imputer une fausse déclaration intentionnelle - une volonté dirigée au-delà de la simple conscience -, si une déclaration inexacte était déjà vraiment opposable.

Il est important de faire un diagnostic différentiel afin de distinguer la maladie de Huntington d'autres maladies. Il s'agit d'une maladie sans traitement curatif mais avec une prise en charge symptomatique pluridisciplinaire conseillée par la Haute autorité de santé. En 1993, l'identification du gène (localisé sur le chromosome 4) prédisposant à la maladie connue depuis la fin du XIX^e siècle a été réalisée. Par suite, la mise au point d'un test génétique a permis de déceler la présence du gène responsable chez une personne à risque, qu'elle soit symptomatique ou non. Différentes modalités existent afin d'effectuer un tel test jugé fiable à 100%. Le prélèvement sanguin permet une étude génétique dans le respect du cadre médical strict. Si l'on met de côté le diagnostic pré-implantatoire pour un couple « à risque » souhaitant connaître la situation de l'embryon avant implantation, il faut évoquer le diagnostic pré-symptomatique et le diagnostic de confirmation. Pour le premier, la personne n'a pas encore de symptômes mais, du fait de la présence de la maladie dans sa famille, le test peut être fait pour déterminer précisément la situation. Il n'est aucunement obligatoire, ne serait-ce qu'en regard de la liberté de la personne d'y recourir, qui va devoir gérer, éventuellement, l'annonce d'une information aux lourdes conséquences. Dans cette optique, le but est de détecter la présence d'une anomalie génétique sur un individu sain avant toute manifestation de la maladie correspondant au gène muté, défectueux. D'un point de vue statistique, le test est loin d'être pratiqué par l'ensemble des personnes pouvant être concernées en raison des antécédents héréditaires. S'agissant du second diagnostic, là, malheureusement, les symptômes sont présents et la personne cherche à savoir s'ils sont bien rattachés à la maladie de Huntington. Si une certaine prise en charge existe, comme des expérimentations thérapeutiques, en l'état des données de la science, le processus n'est pas enrayé. La maladie de Huntington est classée dans la catégorie des maladies monogéniques, affections dues à un seul gène, comme la trisomie 21, par exemple. Le gène apparaît davantage décisif que dans d'autres situations.

Ce contexte général brossé, il convient de se reporter au jugement, avec exécution provisoire ordonnée, qui rejette la nullité pour fausse déclaration du risque, ainsi que celle pour absence d'aléa. Il est jugé que l'assureur est tenu au paiement, ne soulevant aucun moyen de nature à s'y opposer. L'actualisation du capital doit se faire uniquement à la date anniversaire du contrat selon les conditions générales applicables²⁰, avec intérêts au taux légal²¹ et capitalisation²². L'assureur est également condamné à 3 000 euros de dommages et intérêts pour le préjudice distinct des intérêts moratoires. Le Tribunal s'est prononcé sur les deux fondements de la fausse déclaration du risque (I) et du défaut d'aléa (II) afin d'écarter, en l'espèce, la nullité, points qu'il y a lieu d'envisager successivement.

I. La fausse déclaration du risque relative à la maladie de Huntington.

Le rappel des textes applicables (A) est suivi de la riche motivation subtile (B) du tribunal sur l'interdiction des tests génétiques et ses conséquences quant à la déclaration du risque.

²⁰ D'où le règlement de la somme de 304 754,51 euros en fonction du dernier relevé des garanties du 1^{er} sept. 2017.

²¹ Cela « à compter du 4 juillet 2018, date à laquelle il est justifié que l'assureur était en possession de tous les documents nécessaires à l'exécution de ses obligations ».

²² « En application de l'article 1343-2 du code civil, les intérêts échus pour une année entière depuis la demande en justice (24 juin 2019) seront capitalisés ».

A) Le rappel des textes applicables.

D'emblée, le TGI a reproduit les dispositions des articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances, puis celle relative à l'examen des caractéristiques génétiques au regard du droit des assurances afin de se prononcer sur leurs articulation et mise en œuvre.

On ne s'étendra pas outre mesure sur les textes habituels concernant la déclaration du risque et sa sanction qui exigent, par principe, que l'assureur pose des questions précises²³ en phase précontractuelle auxquelles le candidat à l'assurance est tenu de répondre sincèrement, avec la difficulté de preuve que cela peut représenter²⁴. Pour la nullité, il ne suffit pas d'une déclaration inexacte. Celle-ci doit en outre être faite de mauvaise foi ; intentionnelle²⁵, elle a pour conséquence alternative de changer l'objet du risque ou d'en diminuer l'opinion pour l'assureur²⁶. En revanche, peu importe l'impact sur tel sinistre du risque omis ou dénaturé. Les règles techniques de l'assurance dictent cette protection de la mutualité des assurés. Les conditions sont cumulatives, partant l'absence de l'une d'elles permet d'écarter la sanction. L'appréciation des juges est souveraine, même s'ils doivent la motiver, en examinant les éléments de preuve fournis, démonstration qui incombe à l'assureur²⁷.

La déclaration initiale du risque doit permettre son appréciation dans le but de sa sélection par l'assureur qui est libre d'élaborer un questionnaire de santé, spécialement dans les assurances de personnes, voire de proposer un examen médical, en certaines circonstances. Dans ses conclusions, l'assureur s'est prévalu de cette possibilité : « Le proposant à l'assurance doit donc répondre exactement au questionnaire de santé qui lui est soumis, sans pouvoir se faire juge de ce qu'il doit ou non déclarer. L'assureur a pour sa part la faculté de compléter son information en demandant à l'assuré de lui fournir, dans le respect des exigences du secret médical, des éléments médicaux complémentaires ou de se soumettre à des examens complémentaires. Au vu des éléments communiqués, l'assureur est libre d'accepter ou de refuser le risque, de limiter sa garantie par application de clauses d'exclusion, d'imposer le cas échéant une surprime. L'assureur est donc par principe habilité à procéder à une sélection des risques qu'il prend en charge »²⁸. Il n'est nullement tenu de contracter surtout s'agissant d'assurances facultatives, peut-on indiquer en sus.

²³ Ex. en matière de santé, Civ. 2^e, 9 févr. 2012, n° 11-11.470 : maladie de Crohn - Civ. 2^e, 5 mars 2015, n° 14-12.090 ; RGDA 2015, p. 191, note A. Péliissier - Civ. 2^e, 17 nov. 2016, n° 15-24.819 : oui ici, pour « Avez-vous subi, au cours des 5 dernières années, des tests biologiques et/ ou sérologiques qui se soient révélés anormaux-nature ? Résultats ? » - Civ. 2^e, 2 févr. 2017, n° 16-14.815 - Civ. 2^e, 29 juin 2017, n° 16-18.975 : Bull. civ. II ; RGDA 2017, p. 477, note crit. L. Mayaux ; Gaz. Pal. 17 oct. 2017, n° 35, p. 59, note approb. D. Noguéro ; RCA 2017, n° 291, note approb. H. Groutel ; LPA 22 déc. 2017, n° 255, p. 14, note G. Hilger : oui ici, « question relative à l'existence d'une « affection grave ou chronique » ».

²⁴ D. Noguéro, *La déclaration initiale des risques pour le contrat d'assurance en France*, éd. Thomson Reuters Aranzadi, Espagne, 2020, à paraître.

²⁵ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 9 : sur la tentative de démonstration de ce caractère intentionnel, à partir des questions posées estimées claires et simples, outre la qualité de courtier de l'assuré.

²⁶ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 10 : sur la tentative de démonstration de l'opinion faussée.

²⁷ D. Noguéro, *Droit des assurances et droit de la preuve*, BJDA 2020, Dossier du FDA n° 1.

²⁸ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 5, et p. 6 : « Les articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances n'ont pas été modifiés après l'entrée en vigueur de la loi du 4 mars 2002. Enfin, il convient de rappeler que le contrat d'assurances est par essence un contrat aléatoire comme rappelé par l'article 1964 du code civil, en sa rédaction applicable jusqu'au 1^{er} octobre 2016, ce qui implique que seul un risque dépendant d'un événement incertain puisse être garanti ».

Le tribunal s'appuie encore sur un texte auquel le code des assurances renvoie expressément par son article L. 133-1²⁹ : « L'accès à l'assurance contre les risques d'invalidité ou de décès est garanti dans les conditions fixées aux articles L. 1141-1 à L. 1141-3, L. 1141-5 et L. 1141-6 du code de la santé publique ». Il s'agit d'une interdiction légale, dont la force est assurément contraignante au-delà des engagements déontologiques de la profession qui avait anticipé l'appréhension des tests génétiques³⁰.

Reproduit littéralement par le jugement, l'article L. 1141-1 du code de la santé publique énonce : « 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 ». Créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 *relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, dite loi Kouchner, ce texte figure dans un Chapitre 1^{er} intitulé *Accès à l'assurance contre les risques d'invalidité ou de décès*, Section 1 *Tests génétiques*. Ainsi, est tracé son domaine qui concerne les garanties spécifiées, propres aux assurances de personne. On reviendra sur le champ exact de l'interdiction au regard des tests.

Signalons simplement que la Section 2 est relatives aux *Risques aggravés*³¹, avec le dispositif de la fameuse convention AERAS (s'assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé)³² - révisée le 22 juillet 2019 -, qui permet, selon des modalités particulières, l'accès à l'assurance, non généralisé absolument mais largement élargi, pour des personnes présentant un risque aggravé en raison de leur état de santé ou de leur handicap. Il ne s'agit pas d'un accès obligatoire à l'assurance pour tous mais d'un accès facilité pour certains, autant que possible. C'est différent d'une obligation d'assurance. La sélection du risque y est affinée, et encadrée

²⁹ Situé in Livre Ier *Le contrat*, Titre III *Règles relatives aux assurances de personnes et aux opérations de capitalisation*, Chapitre III *Accès à l'assurance contre les risques d'invalidité ou de décès*. - Selon l'opérateur concerné, même renvoi pour C. mut., art. L. 110-6 ; anc. art. L. 112-4. Et CSS, art. L. 932-39. Renvoi CMF, art. L. 313-6-1 : « L'accès au crédit est garanti dans les conditions (...) ». - Déjà, certes dans le champ de la solidarité, Loi n° 99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle, JO 28 juill. 1999, p. 11229, D. 1999, Lég., p. 439. Art. 62 : « Les organismes visés aux a et b de l'article L. 861-4 du code de la sécurité sociale ne doivent pas tenir compte des résultats de l'étude génétique des caractéristiques d'une personne demandant à bénéficier d'une protection complémentaire en matière de santé, même si ceux-ci leur sont apportés par la personne elle-même. 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 un contrat de protection complémentaire en matière de santé et pendant toute la durée de celui-ci. / Toute infraction aux dispositions du précédent alinéa est punie d'un an d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende ». La matrice plus tard généralisée à l'assurance privée existait donc.

³⁰ Les assureurs s'étaient engagés, à partir de 1994, par moratoires successifs - qui ne préjugent en rien d'un changement d'option pour le futur -, à ne pas tenir compte des résultats de tests génétiques. - Rien n'est explicitement indiqué quant aux tests, dans le Recueil des engagements à caractère déontologique des entreprises d'assurance membres de la FFA, mars 2019. - Conclusions de la société Aviva Vie, p. 6 : rappel du moratoire renouvelé en 1999 - Et Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 5.

³¹ CSP, art. 1141-2 et s..

³² Not. E. Linglin, « L'assurance pour tous » ? Réflexion juridique sur un dessein politique, LPA 21 févr. 2017, n° 37, p. 7. - V. Lefevre, *L'assurance des personnes malades : l'exemple de l'accès à l'assurance emprunteur*, thèse Paris V, 2011.

par une espèce de « discrimination positive ». Dans le présent cadre, on y renvoie pour le détail. Au travers de ce dispositif, la loi aboutit à une forme de transparence sur l'utilisation de certaines données de santé.

Le dispositif AERAS n'est en rien en cause dans la présente affaire. Toutefois, il permet de constater la prise en compte du risque aggravé de santé avec des modalités adaptées de la sélection du risque.

L'interdiction consacrée par le législateur, en France, dans le champ spécifique de l'assurance, n'étonne guère, dans la mouvance de la protection de la personne, de sa dignité³³.

Créé par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 *relative au respect du corps humain*, et modifié par la loi n° 2004-800 du 6 août 2004 *relative à la bioéthique*, l'article 16-10 du code civil³⁴ énonce en son premier alinéa : « L'examen des caractéristiques génétiques d'une personne ne peut être entrepris qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique »³⁵. Dès lors, c'est par exception énumérée explicitement que l'étude génétique est ouverte, avec le consentement de la personne intéressée dans le respect d'un formalisme imposé (alinéa 2). La finalité de l'examen à mentionner montre le cantonnement voulu et imposé à tous³⁶. L'ouverture est restrictive.

Le sujet des tests génétiques a pu intéresser la doctrine comme les praticiens³⁷. En pratique, pour la chorée de Huntington, la presse spécialisée s'était fait l'écho, il y a quelques années, d'une affaire ayant abouti à un règlement en dehors des prétoires³⁸. Le présent jugement a donc une valeur certaine.

B) La riche motivation subtile.

Le TGI de Nanterre a scrupuleusement soigné la motivation du jugement initiateur rendu. De juger : « Il résulte de la combinaison de ces textes que l'assureur ne peut opposer au candidat à une assurance le résultat de tests génétiques prédictifs ayant pour objet la recherche d'une maladie qui n'est pas encore déclarée ni, par voie de conséquence, lui reprocher de ne pas dévoiler, au moment de son adhésion, une telle prédisposition dès lors que la maladie ne s'est pas encore manifestée ». La solution de principe dicte la portée de l'interdiction légale déterminée par le juge.

³³ C. civ., art. 16.

³⁴ Et alors, sur les finalités autorisées, créé par la loi n° 94-654 du 29 juillet 1994 *relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, CSP, anc. art. L. 145-15, version abrogée au 22 juin 2000 ; puis CSP, art. L. 1131-1, outre la réglementation étouffée. - Sanction pénale, C. pén., art. 226-25 ; art. 226-26 ; art. 226-29.

³⁵ Comp. pour les techniques d'imagerie cérébrales, C. civ., art. 16-14, créé par la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011 *relative à la bioéthique*.

³⁶ L'identification par empreintes génétiques suit la même voie des finalités restrictivement nommées. C. civ., art. 16-11. Sanction pénale, C. pén., art. 226-27 s.. Et personnes habilitées à la pratiquer, C. civ., art. 16-12.

³⁷ A. Marais, thèse préc. - E. Linglin, thèse préc. ; M. Leloup-Velay, thèse préc.. - Encore : les articles cités *supra*. - H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre et M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 1^{re} éd., 2008, n° 2053, pp. 1310-1312 - J. Bigot ss dir., *Traité de droit des assurances*, t. 3 *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2^e éd., 2014, n°s 1593-1594, pp. 774-775.

³⁸ Pour une assurance emprunteur auprès du Crédit Mutuel où la personne assurée avait déclaré ne pas avoir passé de test et s'était d'abord confrontée à un refus de garantie en 1997.

À admettre que l'assuré a effectué un test génétique - ici qui existe au sujet de la maladie de Huntington -, qu'il en connaît le résultat, le TGI rappelle justement l'interdiction légale impérative d'en faire usage pour l'assureur.

Le tribunal ne s'attarde pas sur la façon dont l'assureur pourrait savoir que l'assuré disposait de l'information grâce au test. En toute hypothèse, l'interdiction française dressée est large. L'assureur ne doit pas tenir compte des résultats d'un test génétique, en l'exigeant - tant en phase précontractuelle qu'en cours de contrat³⁹ -, le sollicitant - si l'assuré en dispose - ou en le recevant - serait-ce à l'initiative de l'assuré qui en serait d'accord. Est ainsi gommée la difficulté de tracer la frontière entre l'information active recherchée directement par l'assureur et celle passive, spontanément transmise par l'assuré.

Sur ce dernier point, on devine que celui qui disposerait du résultat négatif d'un test pourrait être tenté de s'empresse de s'en prévaloir afin d'obtenir de meilleures conditions tarifaires, par exemple⁴⁰. Du coup, celui qui serait silencieux, ou s'abstiendrait de se prononcer, serait fortement soupçonné du résultat positif du test. Il en irait de même de celui refusant de se prêter à un test, si cette possibilité était ouverte. L'abstention ou l'inertie pourrait se retourner contre l'assuré n'adaptant pas un comportement de quête d'information.

L'accès à ce type de garanties assurantielles serait menacé. La loi française entend lutter contre cet effet en aménageant autoritairement la sélection du risque, ce qu'elle fait parfois autrement, dans différents domaines, comme par exemple l'interdiction de la sélection individuelle en assurance prévoyance relevant de la loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 *renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques*, dite loi *Prévoyance* ou loi *Évin*⁴¹.

La protection française d'ordre public exige l'interdiction radicale - forte et sans tempérament -, et large, au profit de tous, au besoin contre la volonté de quelques-uns - à l'inverse du choix possible d'autres systèmes juridiques étrangers. La convention ne peut tout face à l'ordre public, lorsque celui-ci est défendu, au moins nationalement. La dimension collective transcende l'intérêt individuel, y compris avec le consentement de l'assuré sur la disposition de ses données de santé. Ce n'est plus la même logique que celle de la renonciation au secret médical qui contient des tempéraments auxquels nous renvoyons⁴².

La loi ajoute que les assureurs « ne peuvent poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats ». L'information qui serait éventuellement disponible par ce biais devient donc inexploitable au titre du contrat d'assurance. L'assuré peut garder le silence ou donner une réponse inexacte pour se protéger.

³⁹ Ce qui pourrait l'amener parfois à décider du sort du contrat, surtout lorsqu'il dispose d'une prérogative de résiliation unilatérale. Le motif serait illicite dans un certain cadre tracé par la loi. V. C. assur., art. L. 113-12-1, depuis loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, sur la motivation de la résiliation à l'initiative de l'assureur.

⁴⁰ Selon la loi, l'assureur ne pourrait s'en prévaloir pour apprécier le risque.

⁴¹ Son art. 1 pour les risques concernés. Art. 2, couverture des suites des états pathologiques survenus antérieurement. Art. 4, ni examen ni questionnaire médicaux. La sélection se fait au niveau du groupe, non de l'individu appartenant à ce groupe. Art. 10, ordre public.

⁴² B. Beignier et S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, coll. « Domat Droit privé », 3^e éd., 2018, n° 227 s., p. 236 s., et n° 225, pp. 234-235, sur les données génétiques.

L'assureur a cherché à cantonner la portée de la « dérogation » en matière de déclaration du risque. « L'article L. 1141-1 du code de la santé publique en ce qu'il prévoit une dérogation au principe de la sélection des risques et plus largement au principe de la liberté contractuelle est d'application stricte, quant aux catégories d'informations concernées et quant aux modalités de mise à disposition des données »⁴³. De poursuivre, après avoir souligné ce que l'assureur ne peut faire, en indiquant, notamment, que l'interdiction s'applique : « aux tests génétiques résultant de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, mais pas aux données de santé résultant de paramètres biologiques - d'exams biologiques - de symptômes cliniquement constatés - d'exams à visée diagnostique - des antécédents personnels ou familiaux » ; « à toute investigation qu'est susceptible de mener l'assureur portant exclusivement sur ces tests et leurs résultats ainsi qu'à toute communication spontanée éventuelle émanant du souscripteur ». Il est ajouté justement que « l'esprit et l'objet du texte est d'éviter que les assureurs ne modulent les conditions d'accès à une police d'assurance, en se fondant sur des tests prédictifs permettant de déterminer si à terme le candidat à l'assurance risque de développer ou non une maladie d'origine génétique, et n'opèrent ainsi de discriminations fondées uniquement sur des caractéristiques génétiques dont l'interdiction est rappelée par l'article 16-3 du code civil ».

Aussi, « le législateur fait clairement une distinction entre les données issues de tests génétiques et les autres données de santé, et n'a pas sauf exception d'interprétation stricte, supprimé la possibilité pour l'assureur d'opérer une sélection des risques pris en charge ». « La prohibition de tenir compte des résultats des tests génétiques n'interdit donc pas à l'assureur : de tenir compte de données de santé pouvant ressortir des réponses données à un questionnaire médical, par référence par exemple à une maladie - peu important les circonstances de sa révélation à l'assuré⁴⁴ - à une hospitalisation - une surveillance ou un traitement médical - à des exams à visée diagnostique. D'opérer une sélection des risques sur le fondement de ces données de santé (...) »⁴⁵.

L'assureur doit juguler du mieux possible le phénomène d'anti-sélection (ou sélection adverse) généré par une asymétrie trop grande d'informations, au profit de l'assuré y ayant seul accès. Il doit pouvoir sélectionner le risque en étant éclairé - dans les limites légales - afin de ne pas attirer excessivement les seuls mauvais risques - des hauts risques demandeurs d'assurance en proportion anormale - au détriment des bons risques - des bas risques fuyant l'assurance, se désengageant -, voire de l'équilibre financier de l'activité, pouvant elle-même être menacée à terme.

Les affirmations nous semblent correctes dans le principe même si elles cachent, à ce stade, les intentions profondes de l'assureur. Reste à en faire l'application au cas concerné ! Là, le dévoilement de la stratégie intervient.

L'assureur se réfugie derrière le fait qu'il n'a posé aucune question sur un test génétique ou sur son résultat afin de justifier l'application de l'article L. 113-8 du code des assurances⁴⁶.

⁴³ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 6.

⁴⁴ Par là, l'assureur va essayer de créer une brèche où s'engouffrer après la belle façade du rappel général des principes.

⁴⁵ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 7.

⁴⁶ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 7 : « L'assureur ne peut se prévaloir des dispositions de l'article L. 113-8 du code des assurances **uniquement** s'il se prévaut d'une mauvaise réponse à une question portant sur un test génétique et son résultat ». L'assuré « a fourni des réponses inexactes au questionnaire de santé, lequel ne

C'est certes prohibé, et l'assureur semble avoir respecté cet obstacle. Mais, réduire l'interdiction à cela serait la cantonner très fortement. Il demeure que, pour bâtir son refus de garantie, l'assureur se prévaut concrètement de la connaissance de la maladie de Huntington. Il faut savoir quoi entendre exactement par là. Il faut savoir dépasser l'expression elliptique.

Par parenthèse, la veuve n'a pas manqué de dénoncer la tentative de contourner l'article L. 1141-1 du code de la santé publique « par une analyse textuelle restrictive » proposée par l'assureur : la rédaction de la loi « vise bien les résultats et non les documents qui les contiennent, quelle que soit la manière dont ils ont été transmis, sur demande de l'assureur, spontanément par l'assuré, ou par tout autre personne avec l'accord de l'assuré ». « Le texte poursuit d'ailleurs en interdisant à l'assureur non pas de se faire communiquer des documents, mais de poser la moindre question relative à des tests génétiques ou à leurs résultats, visant donc le fond et non la forme, c'est-à-dire l'information en résultant et non le test lui-même »⁴⁷. Cette lecture nous paraît conforme à l'état du droit positif.

Dès lors, reprocher rétroactivement à l'assuré de ne pas avoir donné une information qui est assurément liée à ses gènes, accessible avec certitude et disponible en raison d'un test qu'il a effectué, revient à enfreindre l'interdiction légale. Il en va ainsi même en ayant obtenu cette information au cours de l'instruction du dossier ouvert pour cause de sinistre, par intermédiaire. C'est suggérer que l'assuré n'a pas répondu à une question devant mener à révéler le résultat (la « maladie », telle qu'interprétée par l'assureur) voire qu'il aurait dû, à son initiative, dépasser les seules questions posées - ce qu'il n'est aucunement tenu de faire depuis la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 lui permettant de se borner à répondre sans aller au-delà du questionnement du professionnel.

Le tribunal insiste sur la « prédisposition » qu'il distingue de la maladie déclarée. Malgré le fait que l'on utilise l'expression de maladie de Huntington, l'idée est de désigner les caractéristiques génétiques pouvant conduire au déclenchement futur de la maladie. C'est pourquoi le TGI traite « de tests génétiques prédictifs », ce qui conduit à discerner les deux étapes.

Les juristes connaissent bien le thème des prédispositions, spécialement en responsabilité civile pour l'indemnisation (son principe et son étendue) grâce à une jurisprudence ancienne et nourrie. Dans sa version du 13 mars 2017, le projet de réforme de la responsabilité civile entérine les directives habituelles, qui contient un article 1268 indiquant : « Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime lorsque l'affection qui en est issue n'a été provoquée ou révélée que par le fait dommageable ».

Plus largement, la disposition à contracter une maladie, comme la prédisposition génétique, ne saurait être assimilée à la maladie elle-même. Certes, la jurisprudence peut ne pas toujours être très nette, surtout lorsqu'il s'agit de distinguer maladie, handicap, affection, pathologie,

l'interrogeait pas sur des tests génétiques et leurs résultats, dont l'assureur n'a eu connaissance que par l'assignation en référé qui lui a été délivrée ». Cette analyse restreint très fortement l'étendue de l'interdiction.

⁴⁷ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, pp. 6-7 : en s'appuyant notamment sur les travaux préparatoires du Sénat, l'avis de M. Fauchon au nom de la commission des lois, déposé le 16 janvier 2002. « Or, que serait la prise en compte par un assureur des caractéristiques génétiques d'une personne sinon une discrimination ? ».

ou autre état, en lien avec la dégradation de la santé. Toutefois, sans connaître réellement la prédisposition par un test, apportant certitude, l'assuré se trouve sous le voile d'ignorance⁴⁸.

Dans cette optique, peut être évoquée, par simple comparaison, une affaire relative à la séropositivité et au sida, qui remonte déjà à quelques années, si bien que l'issue serait peut-être autre aujourd'hui⁴⁹, ne serait-ce que sur le terrain de la précision indispensable des questions posées.

Pour une assurance emprunteur (risques invalidité et décès), les questions suivantes avaient été posées en 1990 avec une réponse négative de l'assuré : « êtes-vous atteint d'une maladie ? », « avez-vous suivi ou devez-vous suivre un traitement régulier quel qu'il soit ? » et « avez-vous autre chose à ajouter concernant votre état de santé actuel ou antérieur ? »⁵⁰. L'année antérieure à l'adhésion, un certificat médical indiquait la mention « séropositif HIV depuis été 1989 » - le fait d'être porteur du virus du sida, syndrome d'immunodéficience acquise, considéré désormais comme une maladie chronique, avec la possible manifestation de maladies opportunistes -, état révélé par suite d'un examen prénuptial alors en vigueur. L'assureur se prévalait de la nullité de l'article L. 113-8, et l'instance a été reprise par l'épouse après le décès de son mari assuré. Celle-ci faisait notamment valoir que « la séropositivité n'est pas une maladie » en soulignant que son époux ne suivait aucun traitement. Cependant, la Cour de cassation - pour des faits antérieurs à la trithérapie apparue courant 1996, associée aux traitements antirétroviraux - a décidé sinon une espèce de fusion des situations, du moins une assimilation de la séropositivité à un état de « maladie », par opposition à un état de bien portant : « la cour d'appel, qui a relevé que la séropositivité est une affection de nature à entraîner, pour celui qui en est atteint, des conséquences graves pour sa santé, voire mortelles, a constaté que, lors de sa demande d'adhésion Gaëtan X... avait connaissance de sa séropositivité, celle-ci lui ayant été révélée antérieurement ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, elle a retenu dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation, qu'en répondant par la négative à l'ensemble des questions posées et en laissant croire à l'assureur qu'il était en bonne santé, Gaëtan X... avait, par réticence ou fausse déclaration intentionnelle, modifié l'opinion pour l'assureur, du risque qu'il avait à garantir ».

En parallèle, quelques mois après, s'agissant d'une exclusion conventionnelle de garantie, la même chambre de la Cour a été davantage bienveillante pour un assuré médecin ayant souscrit individuellement, fin 1993, une couverture prévoyance pour les risques de décès, invalidité ou incapacité consécutifs à une maladie⁵¹. L'assuré a demandé le jeu de la garantie « au titre des conséquences d'une séropositivité apparue en 1994, mais [...] ce dernier lui a opposé une clause des conditions générales du contrat excluant « les maladies sexuellement transmissibles » ». Contre le refus de prise en charge, la Cour a considéré que « s'agissant d'une assurance de prévoyance garantissant le risque maladie, une clause d'exclusion qui se réfère non pas à une maladie clairement mentionnée dans le contrat, mais à des maladies non

⁴⁸ Comp. Civ. 1^{re}, 15 nov. 1989, n° 88-12.495 : sur la fausse déclaration du risque écartée, en assurance de groupe (décès et incapacité), l'assuré « ignorait, compte tenu du type d'évolution des affections neurologiques, qu'un état maladif pouvait apparaître postérieurement, après une lente maturation ».

⁴⁹ Comp. pour l'obésité non qualifiée de maladie grave ou chronique à déclarer, Civ. 2^e, 20 mars 2008, n° 07-12.694.

⁵⁰ Civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, n° 96-17.315 : Bull. civ. I, n° 280 ; RTD civ. 1999, p. 83, obs. J. Mestre ; JCP 1998, II, 10185, concl. C. Petit ; RCA 1998, n° 403. Et crit. A. Marais, thèse préc., n° 839 s., p. 371 s..

⁵¹ Civ. 1^{re}, 4 mai 1999, n° 97-16.924 : Bull. civ. I, n° 140 ; JCP G 1999, II, 10176, rapp. P. Sargos ; RGDA 1999, p. 670, note M.-H. Maleville ; RCA 1999, n° 241 et n° 242, note H. Groutel.

précisées et seulement déterminées par leur mode de contamination, n'est pas formelle et limitée »⁵². Dans son arrêt censuré, la cour d'appel a estimé « qu'il importait peu que M. X... ait contracté cette maladie par une autre voie que la voie sexuelle, l'exclusion s'appliquant aux maladies sexuellement transmissibles et non pas aux maladies sexuellement transmises ». Rien n'est dit explicitement sur la distinction séropositivité et sida déclaré. Toutefois, sans s'attarder sur ce point - la suite d'une maladie conditionnait la garantie, d'où peut-être une compréhension englobante -, l'imprécision de la clause est relevée, ce qui a pour conséquence d'offrir la garantie.

Pour poursuivre la comparaison, avant le test recherchant la séropositivité, la personne même déjà infectée pourrait se trouver dans l'état d'ignorance quant à son état de santé exact. Pour autant, il ne s'agit pas alors d'un test génétique tel que visé par la loi, seul interdit légalement. « Des informations techniquement accessibles sont donc juridiquement interdites, parce que la technique qui permet de les découvrir est perçue comme une menace au plan éthique. Cette technique est celle des tests génétiques, des examens portant directement sur les gènes »⁵³.

Par comparaison, après une convention de 2015, l'article 190 de la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016 *de modernisation de notre système de santé*, a instauré le droit à l'oubli à l'article L. 1141-5 du code de la santé publique, ce qui a conduit à une modification de la convention AERAS⁵⁴. Selon ce texte, il s'agit de déterminer « les modalités et les délais au-delà desquels les personnes ayant souffert d'une pathologie cancéreuse ne peuvent, de ce fait, se voir appliquer une majoration de tarifs ou une exclusion de garanties pour leurs contrats d'assurance ayant pour objet de garantir le remboursement d'un crédit relevant de ladite convention » (alinéa 1^{er}). Il est prévu que la liste des pathologies et les délais « sont fixés conformément à une grille de référence (...) pour chacune des pathologies (...) » (alinéa 2). La « grille de référence est rendue publique » (alinéa 3)⁵⁵. Dans cette perspective, « la convention prévoit également les délais au delà desquels aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs dans ce cadre » (alinéa 1^{er}, *in fine*) ; « aucune information médicale ne sera recueillie pour les pathologies concernées » (alinéa 2, *in fine*) ; « Dans tous les cas, le délai au-delà duquel aucune information médicale relative aux pathologies cancéreuses ne peut être recueillie par les organismes assureurs ne peut excéder dix ans après la date de fin du protocole thérapeutique ou, pour les pathologies cancéreuses survenues avant l'âge de dix-huit ans, cinq ans à compter de la fin du protocole thérapeutique » (alinéa 4)⁵⁶. Là encore, dans le cadre fixé,

⁵² Ce genre de motif a pu être repris dans d'autres affaires.

⁵³ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2017, n° 1030, p. 784.

⁵⁴ L. Bloch, Loi Touraine : quelles nouveautés dans le domaine de la responsabilité et des assurances ? (L. n° 2016-41, 26 janv. 2016), RCA mars 2016, Alerte, Focus 7 - M. de Fallois, Assurance et « droit à l'oubli » en matière de santé, RDSS 2017-1, p. 132 - L. Gangloff et B. Vorms, Le droit à l'oubli en matière assurantielle, JDSAM 2017-17, p. 63 - L. Mayaux, Questions et réponses ministérielles écrites, qu'êtes-vous devenues ?, RGDA mai 2017, Editorial, p. 289 - C. Coulon, Assurance prêt : l'extension du droit à l'oubli, RCA avr. 2018, Alertes, Veille n° 10.

⁵⁵ Elle comprend essentiellement des maladies cancéreuses. La Partie II de la grille comprend des pathologies à déclarer avec une surprime plafonnée en fonction de certains critères. On y trouve outre l'infection par VIH, la mucoviscidose, détectable par test génétique.

⁵⁶ Loi n° 2019-180 du 8 mars 2019 *visant à renforcer la prise en charge pédiatrique des cancers pédiatriques par la recherche, le soutien aux aidants familiaux, la formation des professionnels et le droit à l'oubli*. Dont art. 7 et 8.

évolutif en fonction des connaissances⁵⁷, l'accès à l'information, qui pourrait être disponible en pratique, est légalement prohibé⁵⁸ afin d'opérer la sélection du risque, ce dont les assurés doivent être avisés⁵⁹. Le candidat à l'assurance n'a pas à déclarer un tel antécédent. Il a un droit de se taire, serait-il interrogé sur ce point. Malgré une déclaration, il n'y a pas d'impact sur l'appréciation du risque puisque sont écartées tant les exclusions que les tarifications avec surprimes. L'information sur la santé passée devient ainsi non pertinente, d'autorité légale, en vue de permettre l'accès à l'assurance sans différence avec la personne ordinaire.

Les données de santé ont leur importance quant à la sélection du risque pour certains types de produits, spécialement en assurance-vie, prévoyance, complémentaire santé (ou assurance maladie privée), assurance emprunteur, garantie des accidents de la vie (GAV), assurance dépendance.

Sur le marché, depuis de nombreuses années, il existe des questionnaires de santé ou médicaux s'intéressant à différentes informations dont certaines en liaison avec le caractère génétique de telle ou telle maladie. Par exemple, il n'est pas rare de rencontrer des questions sur les antécédents familiaux ou les maladies héréditaires dans la famille⁶⁰. Ce n'est rien d'autre qu'une recherche de prédispositions familiales pouvant affecter tel individu candidat à l'assurance. Elle se fonde sur les déclarations de l'assuré, non corroborées par la production d'un test, à titre de preuve. Ou les résultats d'un test, obtenus médiatement par un moyen quelconque.

Accéder au renseignement génétique par l'entremise du test consiste à utiliser la technique, avec sa précision et sa fiabilité en hausse, de progression constante, pour aboutir au même objectif mais avec une efficacité incontestablement supérieure. Grâce au test, il devient possible de refouler du mieux possible la subjectivité, l'approximation et l'erreur par la rigueur scientifique. Il s'agit également d'une preuve préconstituée de la connaissance de l'état de santé de l'assuré, pour la lui opposer ensuite.

Nous n'évoquerons pas ici une connaissance qui permettrait d'orienter un comportement de l'assuré, pour l'inciter voire le contraindre à la prévention, pour gérer le risque en amont du

⁵⁷ CSP, art. L. 1141-5, al. 5 : « Ces modalités et ces délais sont mis à jour régulièrement en fonction des progrès thérapeutiques et des données de la science » ; et al. 8 : « La convention prévoit l'extension des dispositifs prévus aux deux premiers alinéas aux pathologies autres que cancéreuses, notamment les pathologies chroniques, dès lors que les progrès thérapeutiques et les données de la science attestent de la capacité des traitements concernés à circonscrire significativement et durablement leurs effets ». Il s'agit toujours de la maladie passée, non de sa prédisposition.

⁵⁸ Sanction, CSP, art. L. 1141-5, al. 6 : « Un décret en Conseil d'État définit les sanctions applicables en cas de manquement à la présente obligation ». - V. Décr. n° 2017-147 du 7 févr. 2017 *relatif aux sanctions applicables aux organismes assureurs pour non-respect des dispositions de l'article L. 1141-5 du code de la santé publique*. CSP, art. R. 1141-1. Renvoi au CMF.

⁵⁹ CSP, art. L. 1141-5, al. 7 : « Les candidats à l'assurance sont informés, dans des conditions prévues par décret, de l'interdiction prévue au présent article ». - V. Décr. n° 2017-173 du 13 févr. 2017 *précisant les modalités d'information des candidats à l'assurance-emprunteur lorsqu'ils présentent du fait de leur état de santé ou de leur handicap un risque aggravé*. CSP, art. D. 1141-2. Arrêté du 10 mai 2017 *fixant le document relatif à l'information des candidats à l'assurance-emprunteur lorsqu'ils présentent du fait de leur état de santé ou de leur handicap un risque aggravé* (annexe).

⁶⁰ A. Marais, thèse préc., n° 828, p. 366 : « L'interdiction de détourner de sa finalité médicale l'étude génétique (...) [n'empêche pas l'assureur] d'interroger le candidat à l'assurance sur les informations, non recueillies à l'aide d'un test, faisant soupçonner l'existence de sa prédisposition génétique ». Le soupçon n'est pas la vérification avérée.

sinistre. Il s'agit d'une espèce de responsabilisation/collaboration, qui induit une forme de contrôle de l'attitude effectivement suivie, avec son empreinte à doser sur les droits et libertés - déjà par l'obtention du consentement. Dans ce domaine, on retrouve les assurances dites comportementales insistant sur les conduites préventives⁶¹. Il s'agit seulement d'appréhender la connaissance que l'assuré pourrait avoir par un test, conservant par-devers lui l'information ainsi certifiée. Au travers de l'information résultant du test génétique, le législateur offre, dans une certaine mesure, une espèce de droit au silence voire un droit au mensonge⁶².

En doctrine, le dispositif légal sur les tests peut parfois inviter à l'avertissement après le constat du nécessaire respect d'exigences éthiques. « Cette protection des individus pourrait avoir des effets pervers le jour où des candidats à l'assurance se heurteront à l'interdiction alors qu'ils voudraient prouver par des tests génétiques favorables qu'ils n'ont pas la prédisposition à telle ou telle maladie que fait *a priori* ressortir une étude non génétique de leurs caractéristiques personnelles ou de leurs antécédents familiaux »⁶³.

Pour se heurter à l'obstacle probatoire, il faut déjà supporter la charge de la preuve. En outre, la logique des règles est plutôt celle de l'accès à l'assurance. S'agissant des personnes présentant réellement un bon profil de risque, la difficulté quant à la sanction d'une mauvaise déclaration du risque sera peu évidente, en fait.

Le TGI pose clairement que l'assuré n'avait pas à déclarer, lors de l'adhésion, la prédisposition qu'aurait révélée un test génétique qu'il aurait pu pratiquer « dès lors que la maladie ne s'est pas encore manifestée ». À lire littéralement la formule, on pourrait en déduire *a contrario* que si la maladie avait été déclenchée en phase précontractuelle, soit une maladie au stade symptomatique donc, non à celui de la seule prédiction, l'assuré aurait dû en faire la déclaration. Eu égard à la jurisprudence, il n'est aucunement tenu de le faire spontanément, sauf s'il décide d'en prendre l'initiative personnelle. Il faudrait donc une question précise posée en ce sens. Par exemple : souffrez-vous actuellement de la maladie de Huntington déclenchée ?

Ici, le juge de Nanterre a considéré que l'assuré « a pu répondre par la négative à la question « présentez-vous actuellement, à votre connaissance, une infirmité ou une maladie de quelque nature que ce soit (hormis les affections saisonnières) ? »⁶⁴ ainsi qu'à celle portant sur l'existence d'une surveillance médicale ».

⁶¹ A.-S. Ginon, « Assurance santé comportementale » : de quoi parle-t-on ?, RDC juin 2017, p. 321 - E. Chelle, La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ?, RDSS 2018-4, p. 674 - C. Coulon, Assurances de personnes : le « *quantified self* » en question, RCA avr. 2019, Veille, n° 9 - Ph. Batifoulier, Développer le marché de l'assurance pour le « bien » du patient : les dangers d'un paternalisme marchand, in dossier *Marché et couverture des frais de santé*, RDSS 2019-5, p. 819 - Ph. Batifoulier et A.-S. Ginon, Les marchés de l'assurance maladie complémentaire : logiques économiques et dispositifs juridiques, in dossier *Marché et couverture des frais de santé*, RDSS 2019-5, p. 789 - R. Juston Morival, A.-S. Ginon et M. Del Sol, Réflexions sur les offres à dimension préventive développées par les organismes d'assurance en santé, in Dossier *Négociation collective, pratiques et innovations en matière de risque santé*, Dr. social nov. 2019, p. 921.

⁶² En ce sens, déjà, A. Marais, thèse préc., n°s 846-847, pp. 374-375.

⁶³ Y. Lambert-Faivre et L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », 14^e éd., 2017, n° 1030, p. 784.

⁶⁴ Pour ce genre d'interrogation, ex. Civ. 2^e, 22 nov. 2007, n° 06-19.760 ; RCA 2007, n° 79 - Civ. 2^e, 13 sept. 2012, n° 11-11.473 (annexe) - Crim. 29 janv. 2013, n° 12-80.116 ; RCA 2013, n° 160 - Civ. 2^e, 2 juill. 2015, n° 14-15.652 - Civ. 2^e, 14 déc. 2017, n° 16-26.702 ; D. Noguéro, Vers le formulaire de déclaration du risque avec des questions précises ?, Gaz. Pal. 6 mars 2018, n° 9, 315f5, p. 50 (annexe) - Civ. 2^e, 5 juill. 2018, n° 17-20.244 :

On tiendra pour acquis - du fait de la vérité judiciaire, et des données disponibles - les éléments de fait retenus comme prouvés, ou non contestables ou contestés, comme le libellé évoqué des questions soumises au candidat à l'assurance.

Sur la question relative à la surveillance médicale⁶⁵ qui peut être posée⁶⁶ - surveillance qu'il convient strictement distinguer de celle du suivi d'un traitement médical⁶⁷ -, il faudrait disposer de davantage d'information afin d'apprécier la position adoptée. Une surveillance médicale pour une maladie en cours ? Tel n'est pas le cas, visiblement, pour l'assuré indemne lors de son adhésion. Une surveillance médicale tout court - pour un risque génétique préalablement identifié ? Alors, l'interdiction du test génétique permet de conserver le silence sur ce point. Une solution inverse reviendrait à contourner l'interdiction du test, car il faudrait s'appuyer sur lui pour expliquer la raison d'une surveillance imposée par la révélation du résultat positif.

En l'espèce, il y avait bien une forme de suivi, semble-t-il, du fait de consultations étalées dans le temps ayant commencé bien avant l'adhésion. L'assureur a cherché à en tirer profit, vainement⁶⁸. Pour autant, la maladie n'avait en rien débuté par un quelconque signe saisissable de façon clinique. « Le certificat établi le 8 novembre 2018 par le professeur [...], neurologue au département de génétique de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière, révèle que [l'assuré] « était indemne de tout signe neurologique lors des consultations » des 9 décembre 2003, 14 mai 2008, 12 juin 2014 et 30 novembre 2017 ». Pour autant, on peut éventuellement songer à un suivi de prévention - en attente de la maladie - plus qu'à un suivi médical au sens d'une surveillance d'un état morbide actuel. Déclarer un tel suivi revient, peu ou prou, à signaler son état de porteur de gène défaillant, partant les résultats d'un test.

Pas davantage, il n'y avait traitement médical de la maladie apparue quelques mois avant le décès mais postérieurement à l'adhésion, donc à un moment où l'appréciation de la déclaration initiale du risque ne se fait pas. En ce sens, le TGI indique encore : « L'assureur ne produit aucune pièce de nature à contredire ces constatations médicales, étant relevé que celles-ci sont corroborées par les déclarations effectuées par [la veuve] devant les services de police le 6 mars 2018 après la découverte du corps de son époux aux termes desquelles, si son mari était « malade depuis des années » de la chorée de Huntington, celle-ci n'avait « commencé à se développer que depuis neuf mois », et qu'« il n'avait pas de traitement » ».

Bull. civ. II ; RCA 2018, n° 259 et n° 260 ; L. Bloch, L'assureur, la concubine et le secret médical : fin de la partie de poker menteur, RCA oct. 2018, Alertes, Focus, 20 ; BJDA 2018, n° 59, obs. L. Lefebvre, Le secret médical et la compagne de l'assuré décédé ; Gaz. Pal. 30 oct. 2018, n° 37, 333w5, p. 75, note X. Leducq.

⁶⁵ L'expression n'est pas citée entre guillemets comme l'est celle sur la connaissance de l'infirmité ou de la maladie. Serait-ce qu'il s'agit d'un rappel elliptique de la question, pas forcément précis ? - V. Conclusions de la société Aviva Vie, p. 9 : « (...) êtes-vous sous surveillance médicale (sauf pour bilan gynécologique ou ophtalmologique ou dentaire) ? ».

⁶⁶ Ex. Civ. 2^e, 12 avr. 2012, n° 11-17.234 - Civ. 2^e, 12 déc. 2013, n° 12-29.360.

⁶⁷ Qui est à préciser, le cas échéant, ex. Civ. 2^e, 4 févr. 2010, n° 09-12.122 ; RCA 2010, n° 127 et n° 136. - Et à déclarer en réponse s'il est effectivement suivi, ex. Civ. 2^e, 7 oct. 2010, n° 09-70.423 ; RCA 2010, n° 333 - Civ. 2^e, 3 nov. 2011, n° 10-25.818 - Civ. 2^e, 9 févr. 2012, n° 11-10.091 - Civ. 2^e, 7 févr. 2013, n° 11-28.106 - Civ. 2^e, 6 mars 2014, n° 13-12.136.

⁶⁸ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 8 : « un compte rendu de consultation établissant qu'il faisait l'objet d'une surveillance médicale au titre de sa maladie puisqu'il s'est rendu à plusieurs reprises, avant son adhésion au contrat, en consultation spécialisée à l'hôpital de la Pitié Salpêtrière » ; p. 9 : « Il ne pouvait donc pas déclarer ne pas être sous surveillance médicale, que celle-ci ait ou non donné lieu à la mise en œuvre d'un traitement ».

Le tribunal repousse ainsi la thèse de l'assureur qui tentait de faire prévaloir la maladie déclarée en se référant aux déclarations de l'épouse - le jour de la découverte du corps⁶⁹ - et au procès-verbal d'intervention des services de police. De soutenir : « celle-ci leur avait déclaré qu'il était malade depuis des années » ; « Il avait la maladie de Huntington : c'est une dégénérescence physique et neurologique qui handicape et perturbe le caractère. Il était malade depuis sa naissance, c'est génétique, mais ça a vraiment commencé à se développer depuis neuf mois en fait. Il n'avait pas de traitement, son père et sa mère sont morts de cette maladie »⁷⁰. L'assureur a peut-être interprété extensivement les déclarations en les prenant à la lettre pour se focaliser sur le mot maladie lorsqu'il fallait entendre prédisposition à telle maladie. Il a cherché à fondre les deux situations en une, en entretenant la confusion⁷¹ : l'assuré « était malade depuis des années, comme étant porteur de la maladie de Huntington, maladie génétique dont ses parents sont décédés ». « Interrogé sur le fait de savoir s'il présentait une maladie, [l'assuré] devait déclarer toute maladie, c'est-à-dire, selon la définition donnée par la notice d'information, toute altération de santé qu'elle qu'en soit l'origine ou la cause et la façon dont il en a eu connaissance, peu important par ailleurs qu'il ait ou non été asymptomatique lors de l'adhésion ». La fausse déclaration serait intentionnelle du fait « de la nature de la maladie dont il se savait atteint, pour laquelle il était sous surveillance médicale et dont l'évolution comme il le savait est nécessairement défavorable, de la connaissance personnelle qu'il avait de cette maladie qui a touché ses parents »⁷². C'est une espèce de tentative de dénaturation⁷³ à l'avantage de l'assureur qui n'a pas prospéré. La définition contractuelle de la maladie ne saurait contredire l'interdiction d'ordre public de recueillir de l'information issue d'un test génétique prédictif. On ne peut suivre la généralité de l'exigence de l'assureur qui reviendrait à occulter l'interdiction de l'exploitation des tests.

Si le raisonnement *a contrario* doit toujours être employé avec circonspection, il ne paraît pas avoir une résonance en l'occurrence. Le tribunal a, semble-t-il, voulu insister sur la fonction essentielle du test, qualifié de prédictif, c'est-à-dire rechercher « une maladie qui n'est pas encore déclarée ». Selon nous, il n'a en rien voulu affirmer que l'assureur pouvait recueillir les résultats d'un test génétique dès lors que la maladie était avérée lors de la mise en place du contrat d'assurance. Dans l'hypothèse inverse, l'ordre de la loi en serait contrarié.

En atteste, dans notre analyse, la motivation subséquente : « Ainsi, sauf à vider de sa substance la prohibition posée par le code de la santé publique, l'assureur ne peut soulever la nullité d'un contrat pour fausse déclaration au motif que l'assuré n'aurait pas signalé dans le questionnaire de santé qu'il était porteur d'une anomalie génétique responsable d'une maladie, ni qu'une telle anomalie donnait lieu à un suivi médical dès lors que, à la date à laquelle ledit questionnaire a été rempli, aucune manifestation de la maladie n'avait été

⁶⁹ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 5 : explication du contexte pour expliquer le choc, partant la maladresse de la retranscription de certains propos ; et p. 7 : dénonciation de la déformation de la situation médicale par l'assureur.

⁷⁰ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 8.

⁷¹ Encore, Conclusions de la société Aviva Vie, p. 10 : l'information devait être portée à la connaissance de l'assureur « par une réponse à la question autorisée portant sur une donnée de santé (présentait-il ou non une maladie) ».

⁷² Conclusions de la société Aviva Vie, p. 9.

⁷³ Comp. C. civ., art. 1192.

constatée et que l'assuré ne pouvait avoir eu connaissance de celle-ci parce qu'il avait fait l'objet d'un test génétique pré-symptomatique ».

Dans cette logique, qui empiète déjà sur le caractère inéluctable de la réalisation du risque à la connaissance de l'assuré au moment antérieur à l'adhésion, le tribunal a une approche subtile bien qu'un peu trop implicite. En effet, il n'y a pas lieu de remettre en cause l'interdiction absolue⁷⁴ d'utiliser les tests génétiques. Cependant, le tribunal essaye de trouver le point d'équilibre entre les exigences contraires, celle de la protection des assurés au nom d'exigences éthiques, comme celle liée à la technique assurantielle nécessitant de sélectionner le risque dans l'intérêt de la mutualité à gérer. Sur cette ligne de crête, le TGI nous semble opérer une distinction tendant à donner son plein effet à la prohibition relative aux tests, tout en autorisant une forme de sélection du risque. Ce n'est pas sans rappeler l'article 225-3, 1° du code pénal, sur lequel nous reviendrons, qui prévoit la sanction de 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 convient de préciser que la seule information sur le fait d'être porteur d'une anomalie génétique, de ce genre de prédisposition là, ne saurait faire l'objet d'une question de la part de l'assureur. La poser reviendrait à contourner l'interdiction légale du test sur le sujet candidat à l'assurance. Pareillement, si, à son initiative, l'assuré donnait spontanément l'information, l'assureur ne saurait en disposer pour la sélection du risque à suivre l'ordre de la loi. En effet, le seul moyen d'y répondre ou de savoir est de s'appuyer sur les résultats d'un test génétique. C'est probablement la raison qui explique la navigation entre anomalie détectée et maladie déclenchée⁷⁵. La veuve a pris soin de bien distinguer les deux étapes, spécialement pour le cas de son mari, en relevant que seul un dépistage pré-symptomatique a été réalisé pour celui-ci, « ni infirme, ni malade » en août 2016⁷⁶.

C'est vraisemblablement la signification de l'affirmation qui peut *a priori* paraître curieuse mais qui s'explique ainsi, si l'on veut bien se convaincre de notre explication : « La compagnie Aviva Vie ne prétend, ni ne justifie, que [l'assuré] était en mesure de savoir, en

⁷⁴ Comp. pour du fort relativisme (avec certes critères cumulatifs), l'instrument optionnel suggéré, par les principes de droit européen du contrat d'assurance (PDECA), issus du groupe d'Innsbruck dans leur version de novembre 2015. Chapitre 1 *Règles préliminaires*, Section 2 *Dispositions générales*, art. 1 : 208 *Tests génétiques* : « (1) L'assureur ne peut exiger du demandeur d'assurance, de l'assuré ou de la personne exposée au risque de se soumettre à un test génétique ou de révéler les résultats d'un tel test ; l'assureur ne doit pas non plus utiliser de telles informations à des fins d'évaluation des risques. (2) L'alinéa 1 ne s'applique pas aux assurances de personnes où la personne exposée au risque est âgée de 18 ans ou plus et où la somme assurée pour cette personne dépasse EUR 300,000 ou la somme payable selon la police dépasse les EUR 30,000 par an ». Et Chapitre 2 *Phase initiale et durée du contrat d'assurance*, Section 1 *Obligation de déclaration précontractuelle du demandeur d'assurance*, art. 2 : 106 *Information génétique* : « Cette section ne s'applique pas aux résultats de tests génétiques visés par l'article 1 : 208 alinéa 1 ».

⁷⁵ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 10 : « La maladie de Huntington est une maladie héréditaire et orpheline se traduisant par une dégénérescence neurologique provoquant d'importants troubles moteurs-cognitifs-psychiatriques, et évoluant jusqu'à la perte d'autonomie puis le décès. Il s'agit donc d'une affection dont l'issue est malheureusement nécessairement défavorable ». Et suivre le raisonnement de la veuve conduirait à des conséquences à rejeter : « L'assureur serait privé de la possibilité de tenir compte dans le cadre de l'appréciation des risques de certaines maladies dont la prise en charge sans restriction lui serait imposée uniquement en raison de leur origine - génétique - ou de leur mode de révélation, non pas à l'assureur mais à l'assuré. L'assureur ne conserverait une faculté de sélection des risques que pour les autres affections ».

⁷⁶ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, pp. 7-8 : présentation du gène, de la maladie et de l'hérédité familiale.

l'absence de test génétique prédictif, qu'il était porteur de l'anomalie responsable de la maladie de Huntington lorsqu'il a adhéré au contrat litigieux en 2016 ». Même si l'assuré se savait porteur asymptomatique de la mutation du gène responsable de la maladie de Huntington⁷⁷, son silence ne saurait être critiqué. La fausse déclaration du risque est écartée. Nul besoin, dès lors, de s'interroger sur la bonne ou mauvaise foi de l'adhérent. À suivre les enseignements de la jurisprudence, le profil particulier de l'assuré aurait sûrement fait basculer l'appréciation souveraine, afin de retenir le caractère intentionnel de la déclaration, si jamais celle-ci avait été jugée inexacte.

Pour montrer que l'assureur ne pouvait disposer de l'information résultant du statut génétique de l'assuré, révélé à celui-ci par un test, la veuve défendait que même si c'est par le dossier pénal que l'information a été diffusée médiatement, elle demeurerait indisponible en raison de sa source première qu'est le test. En ce sens, il était également soutenu que la compagnie d'assurance serait « bien en peine de démontrer que son appréciation du risque aurait été changé si [l'assuré] l'avait informée être porteur de la mutation du gène responsable du déclenchement de la maladie de Huntington, alors que le législateur lui enjoint expressément d'ignorer une telle information »⁷⁸. Même si une telle connaissance pourrait théoriquement inciter à écarter le mauvais profil du risque - dans une logique actuarielle -, l'accès à l'assurance est garanti au même condition qu'un assuré ordinaire. L'information litigieuse doit être tenue juridiquement pour non-pertinente. En droit, elle ne saurait influencer l'appréciation du risque.

Le jugement a un retentissement particulier au regard de la qualité de l'assuré qui n'est pas un profane ou un simple consommateur, mais qui a la qualité de courtier d'assurance, professionnel de l'assurance ! Il montre la grande portée de la règle de protection, d'ordre public, qui interdit de se reporter aux tests génétiques, de manière directe ou quelque peu indirecte⁷⁹. Pour l'assureur, la question sur une donnée de santé concernant le passé familial des antécédents aurait été plus efficiente. Certes, elle n'a pas la précision du résultat d'un test génétique pour une maladie monogénique pouvant affecter tel assuré.

Si besoin était, le Tribunal souligne encore la force de l'interdiction au travers de la condamnation de l'assureur à verser des dommages et intérêts à la veuve.

Il rappelle les principes pour en faire l'application à la cause. « Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de celui résultant du retard dans l'exécution, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance »⁸⁰.

Le TGI stigmatise l'attitude de l'assureur, dans des circonstances de fait dramatiques : « En persistant à refuser de payer le capital décès en dépit de la stricte prohibition posée par l'article L. 1141-1 du code de la santé publique, et en l'absence de tout élément de nature à

⁷⁷ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 3.

⁷⁸ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 6.

⁷⁹ Et Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 5 : critiquant les appréciations du médecin-chef de l'assureur niant le recours au test.

⁸⁰ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, pp. 9-10 : s'appuyant sur l'art. 1231-6 C. civ..

établir que [l'assuré] était malade à la date de son adhésion, la compagnie Aviva Vie a, de mauvaise foi, causé à [sa veuve] un préjudice distinct de celui réparé par les intérêts moratoires dès lors que celle-ci, frappée par le décès brutal de son époux et seule responsable des trois enfants mineurs du couple, a dû faire face aux charges de famille ainsi qu'aux difficultés de règlement de la succession causées par le défaut injustifié du capital décès ». L'affirmation est en lien avec les différents arguments opposés par l'assureur. On ne s'étendra pas sur cette motivation laissée à la libre appréciation de chacun. Implicitement, cela revient à suggérer qu'il est impossible de se prévaloir d'une connaissance d'un état de santé révélé par un test génétique. Autre chose est la déclaration d'une maladie bien présente, parce que déjà déclenchée, lors de la souscription, qui pourrait faire l'objet d'une question précise, serait-elle d'origine génétique.

II. L'aléa du contrat d'assurance en présence de la maladie de Huntington.

Le tribunal de grande instance de Nanterre s'intéresse aussi à la question de l'aléa du contrat d'assurance auquel a souscrit l'assuré atteint de la maladie de Huntington, au sens de prédisposé lors de son adhésion. Le tribunal prend appui sur la prohibition des discriminations (A) afin d'écarter l'appréciation de l'aléa à partir d'un test génétique (B).

A) La prohibition des discriminations.

Le TGI rappelle d'emblée une qualification et une définition : « Le contrat d'assurance est par essence un contrat aléatoire, c'est-à-dire une convention réciproque dont les effets dépendent d'un événement incertain ». Il n'y a pas lieu de reprendre ici la querelle doctrinale sur la négation du caractère aléatoire du contrat d'assurance⁸¹. Il suffit de constater que le droit positif, spécialement exprimé par la jurisprudence de la Cour de cassation, exige pour la formation du contrat d'assurance un aléa.

Depuis la réforme des contrats de 2016⁸², l'article 1108, alinéa 2, du code civil dispose que le contrat « est aléatoire lorsque les parties acceptent de faire dépendre les effets du contrat, quant aux avantages et aux pertes qui en résulteront, d'un événement incertain ». Malgré l'abrogation de l'article 1964 du code civil, visant explicitement le contrat d'assurance pour l'inclure dans cette catégorie, il ne fait pas de doute que le contrat d'assurance est bien par nature aléatoire pour la Cour de cassation, qui indique que ce point est souverainement apprécié⁸³, tout en retenant la sanction de la nullité relative⁸⁴ pour défaut d'aléa⁸⁵. Les juges du fond vérifient les circonstances de fait à partir desquelles l'existence ou le défaut

⁸¹ L. Mayaux, *Les grandes questions du droit des assurances*, LGDJ, 1^{re} éd., 2011, p. 21, 2. Le rôle de l'aléa dans le contrat d'assurance, et Imprévisibilité et assurance : d'un code à l'autre, RGDA 2017, p. 87 - J. Kullmann, Le contrat d'assurance et le nouvel article 1108 du Code civil : commutatif et/ou aléatoire ?, in dossier *Réforme du droit des obligations et assurance* (suite et fin), RGDA janv. 2018, 115f8, p. 64.

⁸² Voir aussi C. civ. art. 1128, 3°, sur le contenu du contrat, afin de trouver un fondement, le cas échéant.

⁸³ Civ., 1^{re}, 20 juin 2000, n° 97-22.681 : Bull. civ. I, n° 189 ; RGDA 2000, p. 1049, note J. Kullmann ; H. Groutel, L'appréciation de l'aléa et de la faute intentionnelle dans le contrat d'assurance, RCA 2000, chr. 24.

⁸⁴ Revirement depuis, Civ. 1^{re}, 9 nov. 1999, n° 97-16.306 et n° 97-16.800 : Bull. civ. I, n° 293. La nullité relative peut être diversement appréciée en doctrine. Il demeure qu'elle est de droit positif. Et C. civ., art. 1179, al. 2 ; art. 1181.

⁸⁵ Ex. Civ. 3^e, 20 juin 2019, n° 17-26.383 ; AJ contrat août-sept. 2019, p. 391, obs. P. Guillot et B. Néraudau ; Gaz. Pal. 29 oct. 2019, n° 37, 361w9, p. 50, note B. Cerveau.

d'existence de l'aléa peut être retenu. Ces faits souverainement constatés, la Cour suprême contrôle la qualification donnée, c'est-à-dire le caractère aléatoire ou non.

Pour la veuve, l'interdiction de se prévaloir d'un test génétique conduit à refuser de s'intéresser à l'absence d'aléa qui s'expliquerait par le fait que la maladie, révélée par l'anormalité du gène, se manifesterait forcément à une échéance non précise, suivie de la mort. De soutenir que « le mécanisme génétique à l'origine du déclenchement de la maladie reste aujourd'hui non élucidé, et d'ailleurs, la complexité du mécanisme génétique explique qu'il ne soit pas possible de prévoir l'âge d'un tel déclenchement. On ne naît donc pas malade, on le devient, inéluctablement, mais sans savoir quand »⁸⁶. Indépendamment de l'état d'esprit de l'assuré, si le défaut d'aléa est retenu, qui doit exister lors de la formation du contrat d'assurance, c'est une façon indirecte de faire produire effet à la simple prédisposition sans que la santé soit effectivement dégradée par les premiers assauts de la maladie elle-même.

La veuve a dénoncé le souhait de l'assureur d'échapper à l'interdiction en transitant par l'aléa. Le suivre reviendrait à considérer que l'assuré « aurait dû non pas déclarer qu'il était porteur asymptomatique de la mutation du gène responsable du déclenchement de la maladie de Huntington, mais déclarer qu'il allait un jour développer la maladie de Huntington puisqu'il était porteur de la mutation du gène, ou alors déclarer qu'il faisait l'objet d'un suivi dans un centre spécialisé en prévision du déclenchement de la maladie programmé dans son génome... ce qui revient au même que de déclarer le résultat du test génétique »⁸⁷. En effet, la suspicion aurait été grande d'une personne porteuse du gène, dans l'attente d'une altération de sa santé.

Dire que l'assuré allait nécessairement mourir, à terme, en se sachant porteur asymptomatique du gène, sans aucune manifestation clinique, n'est rien d'autre que « contourner les articles L. 1141-1 du code de la santé publique et L. 113-8 du code des assurances », c'est-à-dire sous le masque de l'aléa, choisir de braver l'interdiction légale qui empêche de « se prévaloir d'une telle information dans l'appréciation des risques » en vertu de l'exigence de non-discrimination. Dans cette ligne, l'assuré « allait nécessairement mourir, ce qui priverait le contrat, pourtant à durée limitée, du moindre caractère aléatoire ». Elle est dénoncée avec une certaine ironie : « tous les hommes sont mortels » selon un célèbre syllogisme ; *a minima*, « l'aléa porte sur la date de survenue du risque, la mort restant encore à ce jour inéluctable »⁸⁸.

Dans l'optique de l'assureur, au motif du caractère incurable et inéluctable de la maladie de Huntington, le défaut d'aléa serait établi. S'il laisse entendre que la maladie est consommée lors de l'adhésion, on peut le suivre dans son raisonnement, d'autant plus si l'assuré se savait condamné. Les conclusions de la société Aviva Vie mêlent dans cette perspective déclaration du risque et défaut d'aléa⁸⁹. En revanche, si l'assureur se contente de s'appuyer sur la

⁸⁶ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 8.

⁸⁷ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 8, *in fine*, et p. 9.

⁸⁸ Assignation de la veuve du 24 juin 2019, p. 9.

⁸⁹ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 5 : « Cette disposition [i.e. art. L. 113-2 C. assur.] applicable à la déclaration de risques relative aux données de santé, met à la charge de l'assuré une obligation de déclaration loyale du risque, découlant de l'obligation de bonne foi et du caractère aléatoire du contrat d'assurance impliquant que seul un risque dépendant d'un événement incertain puisse être garanti », et p. 10.

connaissance des résultats d'un test génétique, celle de la présence signalée du gène défectueux, en délaissant la question du déclenchement effectif de l'affection, c'est qu'il cherche à tirer profit de l'information disponible grâce à la technique, en heurtant par un biais l'interdiction légale des tests.

Entretenant la fusion de la prédisposition et de la maladie, l'assureur a soutenu que la « spécificité de la maladie de Huntington résulte du fait qu'il s'agit d'une maladie génétique due à la mutation du gène codant pour une protéine nommée Huntingtine. Tout individu porteur de la mutation développera obligatoirement la maladie. Ainsi, sachant lorsqu'il a souscrit le contrat qu'il était porteur du gène de la maladie de Huntington, [l'assuré] ne pouvait en tout état de cause, qu'il ait ou non été asymptomatique, déclarer qu'il était exempt de toute maladie »⁹⁰. « La maladie de Huntington est une maladie incurable, inéluctable, se traduisant par l'apparition de troubles moteurs - du comportement - cognitifs et d'issue de toute façon défavorable vers l'invalidité - la perte d'autonomie et le décès au bout de quinze à vingt ans en moyenne. Il n'y avait donc aucune incertitude lors de la conclusion du contrat sur le fait que les garanties souscrites seraient inévitablement mobilisées »⁹¹. Pourquoi pour cet assuré et par quel moyen d'information serait-on tenté d'interroger, sans mesquinerie ? Et « la seule incertitude portant sur la date du décès n'est pas de nature à permettre de retenir l'existence d'un aléa ». Prendre l'affirmation dans sa généralité, sans nuance, serait condamné le principe même des assurances sur la vie !

L'objectif de telles assurances - au moins en assurance en cas de décès - est de couvrir les suites de la dégradation de l'état de santé ou de l'avancée de l'âge jusqu'à la mort, condition de l'être humain, hors transhumanisme triomphant. Comme pour la complémentaire santé, l'aggravation du risque en cours de contrat fait partie du risque assumé, si bien que l'on écarte l'évolution de la police à ce titre⁹². Pour le refus de prise en compte de la prédisposition génétique, la loi rend carrément le renseignement indisponible, même si c'est un facteur pouvant hâter le processus menant au décès.

L'assureur a voulu étendre - vraiment à l'excès - le moment de l'appréciation de l'aléa, en empruntant un chemin sur lequel il est fort difficile de le suivre sans réserve : oui, lors de la conclusion du contrat ; non, en cours de police (sauf à considérer qu'est évoquée la faute intentionnelle ou dolosive, exclusion légale de l'article L. 113-1 du code des assurances, s'expliquant notamment par la suppression de l'aléa au stade de l'exécution du contrat valablement conclu, autre sujet). « Essence même du contrat d'assurance, l'aléa doit exister lors de la conclusion du contrat et perdurer durant toute son exécution ». « Le contrat d'assurance par nature aléatoire ne peut porter sur un risque déjà réalisé ou qui selon toute certitude se réalisera, et ce sans qu'il ne soit nécessaire de se référer aux formalités déclaratives de l'assuré »⁹³.

En droit positif, il faut se placer lors de la souscription du contrat afin d'apprécier l'existence de l'aléa. La jurisprudence est certaine⁹⁴.

⁹⁰ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 8.

⁹¹ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 11. - *Contra* : A. Marais, thèse préc., n° 776, p. 346, n° 826, p. 365.

⁹² C. assur., art. L. 113-4, al. 6 ; art. L. 113-2, *in fine*. Encore, C. assur., art. L. 113-12-2, al. 3 ; art. R. 113-13.

⁹³ Conclusions de la société Aviva Vie, p. 11.

⁹⁴ Ex. Civ. 1^{re}, 8 juill. 1994, n° 92-15.551, Bull. civ. I, n° 235 ; RGAT 1994, p. 1089, note J. Kullmann : « au moment de la signature du contrat le risque en découlant n'était ni certain dans sa réalisation ni déterminable ».

On distingue les maladies monogéniques - un seul gène en cause - de celles polygéniques - plusieurs gènes impliqués. Certes, lorsque la maladie est due à un seul gène - la liste de ces affections est plutôt courte -, il est aisé de comprendre que le test génétique a une portée plus sûre quant à la fiabilité du diagnostic et du pronostic. Il y a des nuances. La maladie monogénique récessive nécessite un gène de chacun des deux parents pour voir naître l'affection. Il n'y a pas deux copies du gène défectueux mais une seule pour la maladie monogénique dominante. Les maladies polygéniques ou multifactorielles rendent plus difficile leur identification certaine. Le fait que la maladie puisse naître dépend de différents facteurs dont l'environnement ou les comportements. Que l'on songe aux cancers ou aux maladies cardiovasculaires, par exemple ! La prévision devient plus approximative. Il y a une possibilité d'augmentation du risque par rapport à un référentiel de population ordinaire, si l'on ose dire.

L'évolution des progrès scientifiques conduit à l'amélioration de la détection permettant d'identifier une maladie à venir par la présence d'anomalies génétiques, ainsi que le nombre de ces maladies anticipées. La prédiction ne saurait équivaloir à une certitude parfaite en toute hypothèse et en toutes circonstances⁹⁵. En outre, si peut être crainte une « inégalité » d'accès au marché classique de l'assurance - exigeant corrélativement de s'intéresser à la situation des exclus par différentes méthodes, dont la solidarité -, à l'inverse, certains pourraient bénéficier de la découverte d'un profil indemne, à moins de neutraliser son incidence. On rejoint un problème plus large de santé publique pouvant mener, à l'avenir, à une politique de dépistage assez généralisée pour ne pas dire systématique, comme à des incitations ou des contraintes afin d'adopter certains comportements pour la population de sujets dits à risque. En poussant jusqu'à l'exagération futuriste et cauchemardesque, dans une logique d'élimination des différences défectueuses, resterait-il un assuré porteur d'un gène muté que l'on ne pourrait corriger, avant de songer sans trembler, de façon délirante, à supprimer de la planète le futur sujet potentiellement anormal lui-même⁹⁶ ?

Le droit positif n'ignore pas la nécessité de fixer des limites pour la prise en compte de l'état de santé au sens large.

Dans le code pénal, le Livre II *Des crimes et délits contre les personnes*, Titre II *Des atteintes à la personne humaine*, Chapitre V *Des atteintes à la dignité de la personne*, Section 1 *Des discriminations*, figurent les articles 225-1 et 225-2 sur le principe de prohibition des discriminations pour différents motifs ainsi que sa sanction. Les textes connaissent une évolution assez régulière consistant à grossir la liste des motifs, sans hiérarchie entre eux. Dans sa dernière version issue de la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 *de modernisation de la justice du XXI^e siècle*, l'article 225-3 présente des dérogations (« Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables », et suivent des hypothèses énumérées limitativement). On peut discuter de la pertinence d'une dérogation à une « vraie

dans son étendue » - à rapprocher, Civ. 2^e, 29 sept. 2016, n° 15-24.128 ; RGDA 2016, p. 545, note M. Asselain - Encore, Civ. 2^e, 21 déc. 2006, n° 05-19.072 ; RGDA 2007, p. 53, 3^e esp., note J. Kullmann : « le juge apprécie l'existence de l'aléa exigé pour la validité du contrat en se situant au moment de la rencontre des volontés des parties ».

⁹⁵ D. Noguéro, *L'incidence de la maladie sur l'acte juridique*, thèse Paris II, 2000, dir. G. Durry, n° 691, pp. 688-689.

⁹⁶ Au-delà de la loi d'aujourd'hui. V. diagnostics anténataux, CSP, art. L. 2131-4 ; art. L. 2131-4-1 ; Interruption de grossesse pour motif médical, CSP, art. L. 2213-1.

discrimination », du moins celle entendue strictement comme une différence de traitement fondée sur un motif non pertinent, un critère interdit, alors que la situation objective des personnes est semblable⁹⁷. Il ne faut pas confondre discrimination et sélection du risque.

Il demeure que le droit positif permet, en assurance, de prendre en considération des données qui, par principe, pourraient entrer dans le champ des discriminations interdites. Il en va ainsi pour un certain type de produits d'assurance où la personne de l'assuré est concernée : « 1° 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. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent 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 ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article 1231-1 du code de la santé publique »⁹⁸. Le test génétique est donc une borne au tempérament accordé depuis la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002⁹⁹.

Le droit des assurances n'ignore pas la lutte contre les discriminations. Faisons simplement mention - en renvoyant le lecteur à d'autres lectures pour le détail -, de l'article L. 111-7 du code des assurances, créé par la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007, résultant de la transposition d'une directive communautaire, traitant de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations, avec son principe et ses exceptions, dictées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE). Ce texte est suivi de l'article L. 111-8 du même code, créé par la loi n° 2011-814 du 7 juillet 2011. Là, sans nuance pour une quelconque dérogation, il est prévu : « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes, de cellules ou de gamètes¹⁰⁰ comme facteur de refus de contrat d'assurance ou dans le calcul des primes et des prestations du donneur ayant pour effet des différences en matière de primes et de prestations est interdite ».

On peut y voir un même souci de transparence dans la sélection du risque, avec des facteurs à ne pas prendre en considération, que ce soit de manière relative ou absolue quant à la portée de l'interdiction. C'est une idée qui se transporte s'agissant des tests génétiques. D'un certain point de vue, on rejoint la philosophie de l'article 16-13 du code civil¹⁰¹ : « Nul ne peut faire l'objet de discriminations en raison de ses caractéristiques génétiques ». La révision programmée des lois bioéthiques ne devrait pas changer la donne, en ce qui concerne le champ de l'assurance. Toutefois, par le passé, à l'occasion de la révision de lois bioéthiques,

⁹⁷ Sur ces aspects, D. Noguéro, Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables, RGDA 2010, p. 633.

⁹⁸ Dans la version en vigueur au 1^{er} mars 1994, il était indiqué : « 1° 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 référence au prélèvement d'organes est faite à partir de la loi n° 2011-814 du 7 juill. 2011.

⁹⁹ Version alors, consolidée depuis : « (...) Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent 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 ».

¹⁰⁰ Ajout au don d'organes par la loi n° 2016-41 du 26 janv. 2016 *de modernisation de notre système de santé*.

¹⁰¹ Créé par la loi n° 2002-303 du 4 mars 2002, et rédaction inchangée après la loi n° 2004-800 du 6 août 2004.

le Conseil d'État a pu introduire la suggestion de nuance. Affaire à suivre pour un avenir plus éloigné.

Le TGI n'a pas manqué de s'abreuver à cette source des discriminations en mettant en avant tant la loi que son inspiration, notamment au travers des travaux parlementaires. Il s'est inspiré de la thèse de la veuve.

Ainsi, selon le Tribunal, la « loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé dont est issu l'article L. 1141-1 du code de la santé publique précité pose un principe général de non-discrimination, notamment en raison des caractéristiques génétiques. Ce principe, dont les dispositions du code de la santé publique ne sont qu'une illustration, est également inscrit dans le code civil dans les termes de l'article 16-13 reprenant l'article 1er du projet de révision des lois bioéthiques (...) » [suit la reproduction du texte de loi].

Le TGI s'est reporté aux « travaux parlementaires de la loi n° 2002-303 [qui] relèvent que la proclamation des droits des malades « a quelque chose de révolutionnaire » ». Sans vouloir refroidir un enthousiasme débridé, il est possible de nuancer en indiquant que la longue marche vers la fameuse démocratie sanitaire - jamais exempte totalement de scories de paternalisme médical ou d'interventionnisme étatique -, avec la formalisation de droits des patients, dont certains pouvaient déjà vivre, a été lancée.

Le Tribunal constate que « Le rapport n° 174 (2001-2002) de MM. Francis Giraud, Gérard Dériot et Jean-Louis Lorrain fait au nom de la commission des affaires sociales du Sénat, déposé le 16 janvier 2002, souligne que « Un principe d'interdiction des discriminations est actuellement édicté par les articles 225-1 à 225-4 du code pénal ainsi que par l'article L. 122-45 du code du travail, mais ces dispositions ne prennent pas en compte le nouveau facteur de discrimination à l'égard des personnes que peut constituer la connaissance de leurs caractéristiques génétiques. Or, les risques potentiels liés à une utilisation discriminatoire des résultats des examens génétiques tendent à croître, dans les domaines tels que ceux du contrat d'assurance ou du contrat de travail. En effet, en raison des progrès intervenus en matière de tests génétiques, les prédispositions à des pathologies susceptibles d'être révélées sont de plus en plus nombreuses. En outre, on assiste à l'apparition d'une offre de dispositifs de tests dont la nature n'exclut pas qu'ils puissent échapper à l'avenir au cadre de la prescription et de la mise en œuvre par des professionnels de santé. Il convient de rappeler qu'un principe de prohibition des discriminations fondées sur les caractéristiques génétiques des personnes a été énoncé par des instruments internationaux récents tels que la convention du Conseil de l'Europe sur les droits de l'Homme et la biomédecine¹⁰², dans son article 11, et la Déclaration

¹⁰² Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine : Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, dite Convention d'Oviedo, du Conseil de l'Europe, 1997. Ratifiée par la France. Chapitre IV Génome humain. Art. 11 Non-discrimination : « Toute forme de discrimination à l'égard d'une personne en raison de son patrimoine génétique est interdite ». Art. 12 Tests génétiques prédictifs : « Il ne pourra être procédé à des tests prédictifs de maladies génétiques ou permettant soit d'identifier le sujet comme porteur d'un gène responsable d'une maladie soit de détecter une prédisposition ou une susceptibilité génétique à une maladie qu'à des fins médicales ou de recherche, et sous réserve d'un conseil génétique approprié ». - Et Chapitre III Vie privée et droit à l'information, art. 10, § 2 : « Toute personne a le droit de connaître toute information recueillie sur sa santé. Cependant, la volonté d'une personne de ne pas être informée doit être respectée ». § 3, exception possible pour la restriction des droits.

universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme¹⁰³, dans son article 6. De même, les caractéristiques génétiques sont expressément mentionnées, en tant que source possible de discrimination, dans le principe de non-discrimination figurant à l'article 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁰⁴ ».

En s'appuyant sur ces travaux préparatoires attirant l'attention sur la discrimination liée aux caractéristiques génétiques, et médiatement à des conventions internationales¹⁰⁵, le TGI cherche, en définitive, une justification de la mise à l'écart de leur incidence sur le contrat d'assurance.

B) La mise à l'écart de l'appréciation de l'aléa à partir d'un test génétique.

Pour que la garantie à laquelle est engagé l'assureur puisse éventuellement jouer (règlement de l'indemnisation), il faut la réunion de certaines circonstances qui doivent être incertaines. L'aléa est l'appréciation d'un événement de réalisation (sa survenance même) ou de date incertaine. Dépendant du hasard, l'événement a une survenance ou des résultats incertains. Classiquement, la jurisprudence décide qu'un contrat est aléatoire quand l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat, parce qu'il dépend d'un événement incertain.

S'agissant de l'événement incertain, il convient de distinguer le risque couru, l'incertitude générale (aléa objectif), de l'opinion que les parties se font sur ce risque, l'incertitude particulière (aléa subjectif). La jurisprudence admet que l'on puisse tenir compte du risque dit putatif. Si le risque s'est alors concrètement réalisé, il faut que ce soit dans l'ignorance des cocontractants, point souverainement apprécié. Dans cette optique, la Cour de cassation peut rappeler que le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré sait déjà réalisé.

Le risque apparaît comme l'événement incertain, fait générateur d'un sinistre. En droit, le risque est un événement quelconque pourvu du caractère aléatoire. Est souvent affirmé le principe selon lequel le contrat d'assurance est par nature aléatoire. Ou, l'aléa est l'essence même du contrat d'assurance. Pour apprécier le caractère aléatoire du risque, la jurisprudence se reporte à l'événement et, parfois, aux conséquences de cet événement. Par lui-même, en soi, un événement n'est pas aléatoire (absolument, du moins). Tout événement de ce type est

¹⁰³ Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'Homme, UNESCO, 1997. B. Droits des personnes concernées. Art. 6 : « Nul ne doit faire l'objet de discriminations fondées sur ses caractéristiques génétiques, qui auraient pour objet ou pour effet de porter atteinte à ses droits individuels et à ses libertés fondamentales et à la reconnaissance de sa dignité ». Et art. 5 : « (...) (b) Le droit de chacun de décider d'être informé ou non des résultats d'un examen génétique et de ses conséquences devrait être respecté (...) ». - Et A. La dignité humaine et le génome humain. Art. 2 : « (a) Chaque individu a droit au respect de sa dignité et de ses droits, quelles que soient ses caractéristiques génétiques. (b) Cette dignité impose de ne pas réduire les individus à leurs caractéristiques génétiques et de respecter le caractère unique de chacun et leur diversité ».

¹⁰⁴ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 2000/C 364/01, art. 21 Non-discrimination : « Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, [...] les caractéristiques génétiques, [...] la naissance, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». - Et toujours in Chapitre III Égalité, art. 20 Égalité en droit ; in Chapitre I Dignité, art. 1 Dignité humaine ; art. 3 Droit à l'intégrité de la personne, point 2 ; Chapitre II Libertés, art. 8 Protection des données à caractère personnel.

¹⁰⁵ Encore, not., Recommandation CM/Rec. (2016)8, du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur le traitement des données à caractère personnel relatives à la santé à des fins d'assurance, y compris les données résultant de tests génétiques, 26 oct. 2016 : garantie des droits fondamentaux sans discrimination et refus des tests.

relativement incertain. Il est plus juste de dire que l'événement a un aspect aléatoire. À défaut d'aléa, il n'y a pas de risque à couvrir. Les juges doivent rechercher si, oui ou non, il y a existence de l'aléa, condition de validité du contrat d'assurance. Il faut demander au juge de prononcer la nullité pour absence d'aléa¹⁰⁶, ce qu'a essayé d'obtenir, sans succès, l'assureur, en l'espèce.

Le tribunal de grande instance de Nanterre fait une déduction (« Il apparaît ainsi ») à partir des textes et conventions sur la prohibition de la discrimination fondée sur les caractéristiques génétiques d'une personne. Il la présente comme étant une conséquence logique. Toutefois, l'affirmation est plus péremptoire que totalement convaincante par suite d'un raisonnement indiscutable. Le TGI considère que le caractère aléatoire du contrat d'assurance persiste, concilié avec la protection de l'individu quant à ses prédispositions génétiques. En ce sens, il est jugé : « Il apparaît ainsi que, sans remettre en cause le caractère par essence aléatoire du contrat d'assurance, le législateur a entendu protéger toute personne rendue vulnérable par ses prédispositions génétiques ». S'il s'agit d'une démonstration, sa force reste peu évidente. L'affirmation peut, au contraire, prendre appui sur la volonté législative.

Pour l'appréciation de l'aléa, il n'est ouvertement pas tenu compte de l'existence de la prédisposition génétique de l'assuré et de l'incidence de la connaissance de celle-ci, à l'origine d'une maladie monogénique, comme en l'espèce - même si par la généralité de sa formule le jugement ne distingue aucunement entre les différentes catégories de maladies génétiques.

Retenir la suite projetée d'une prédisposition génétique est, si l'on dire, une entreprise aléatoire. La prédiction reste avec une dose plus ou moins grande d'incertitude, même pour une maladie monogénique. Après tout, rien ne dit qu'un progrès scientifique à venir ne pourra pas permettre de contrecarrer la situation pathologique. Pour la maladie polygénique, la prédiction devient plus souvent susceptibilité donc prédictivité plus relative. Surtout, la loi écarte la prise en considération du profil génétique quel que soit le degré de certitude pouvant mener au déclenchement de la maladie crainte.

Le tribunal se place sur le terrain juridique de l'interdiction du test génétique. Pour ce faire, il condamne la position de la compagnie d'assurance : « En l'espèce, l'assureur soutient que toute personne porteuse de l'anomalie génétique responsable de la chorée de Huntington étant amenée inéluctablement à la déclarer, un contrat d'assurance sur la vie humaine souscrit par celle-ci est nul faute d'aléa ».

Si une appréciation de l'aléa a lieu à partir des prédispositions génétiques, c'est sous-entendre qu'une information est accessible par le biais d'un test. Or, l'utilisation d'une telle information obtenue par ce moyen, même indirectement, est interdite par la loi impérative. Dès lors, tout se passe comme si cette connaissance devait être effacée. Elle est réputée non acquise. Il ne s'agit pas d'un élément objectif permettant de mesurer l'aléa.

Dans l'optique de l'assureur, l'aléa n'existait pas lors de l'adhésion, car l'assuré, exerçant la profession de courtier d'assurance, était parfaitement avisé de la suite certaine de la prédisposition génétique dont il avait connaissance. Il demeure que la loi interdit de suivre une telle appréciation.

¹⁰⁶ Ex. Civ. 2^e, 6 oct. 2011, n° 10-10.001 : Bull. civ. II, n° 182.

Pas davantage ne pourrait être exploitée les ressources du droit commun que certains auteurs cherchent à promouvoir afin de contredire la protection jugée parfois excessive des assurés. Ici, il s'agit de surcroît d'une protection dans le domaine sensible de la santé, au regard du principe de non-discrimination.

Aussi, l'exigence de bonne foi de l'article 1104 du code civil ne pourrait permettre de contourner l'interdiction d'utiliser les résultats de tests génétiques d'un assuré.

En parallèle, rien n'a été discuté sur le terrain du suicide provoquant le décès de l'assuré - réglementé à l'article L. 132-7 du code des assurances pour l'assurance-vie¹⁰⁷ -, ici, à rapprocher de l'exclusion légale de la faute intentionnelle ou dolosive de l'article L. 113-1 du même code¹⁰⁸. On imagine que tant les dispositions que les stipulations confrontées à la situation de fait ne permettaient pas d'exploiter une telle voie.

Pareillement, indirectement, une clause d'exclusion conventionnelle ne pourrait viser la prédisposition génétique qui n'est qu'un terreau possible pour une maladie future, non actuelle comme étant réellement déclarée. Certes, la jurisprudence¹⁰⁹ a pu admettre « qu'est formelle et limitée et donc conforme aux exigences de l'article précité [i.e. art. L. 113-1 C. assur.], la clause d'une police qui exclut de la garantie « les conséquences de maladies ou d'infirmités existant à la date de prise d'effet de l'assurance » »¹¹⁰. La solution a été réitérée en substance¹¹¹. Justement, la maladie existe déjà à ce moment. L'exclusion ne saurait viser la prédisposition génétique susceptible de provoquer la conséquence morbide qui, elle, ne serait éventuellement révélée qu'après la conclusion du contrat.

En évitant de frapper le jugement d'appel, avec un arrêt suivi éventuellement d'un pourvoi en cassation, l'assureur aboutit à une publicité limitée de sa condamnation à s'exécuter, et surtout à la façon dont les juges sont susceptibles de prendre en considération l'interdiction érigée par l'article L. 1141-1 du code de la santé publique. Une décision isolée d'une juridiction du fond vaut mieux pour la discrétion. Scientifiquement, la diffusion de l'information nous semblait s'imposer afin d'alimenter le débat sur ce cadre légal, déjà nourri par les réflexions générales, à partir d'un véritable cas pratique. Cela paraît d'autant plus essentiel dans un contexte de

¹⁰⁷ Hors assurance de groupe, l'assuré doit se donner volontairement la mort au cours de la première année du contrat ou de l'augmentation des garanties.

¹⁰⁸ A. Marais, thèse préc., n° 777 s., p. 346 s. : sur l'incidence de la volonté exclusive de l'assuré dans la réalisation du risque de prédisposition. Insistant sur le problème de preuve de la connaissance de la prédisposition.

¹⁰⁹ Hors dispositif de la loi *Prévoyance* de 1989 signalé, du moins pour l'adhésion obligatoire, non celle facultative.

¹¹⁰ Depuis, Civ. 1^{re}, 6 janv. 1993, n° 90-11.823 et n° 90-12.750 : Bull. civ. I, n° 2 ; RCA 1993, n° 101 ; RGAT 1993, p. 340, note J. Kullmann : assurance emprunteur. - Et Civ. 1^{re}, 23 juin 1993, n° 91-18.380 ; RGAT 1993, p. 859, note A. Favre-Rochex : compagnie « fondée à refuser de prendre en charge les conséquences d'une maladie antérieure à la prise d'effet de la garantie ».

¹¹¹ Civ. 1^{re}, 30 mars 1994, n° 92-14.768 ; RGAT 1994, p. 1205, note L. Mayaux : « est formelle et limitée la clause excluant de la garantie pendant les douze premiers mois d'assurance l'invalidité temporaire résultant d'une maladie ou d'un accident qui a été constaté médicalement avant la prise d'effet de l'assurance » - Civ. 2^e, 9 déc. 2010, n° 09-17.471 ; RGDA 2011, p. 582, note S. Abravanel-Jolly - Civ. 2^e, 9 juin 2016, n° 15-20.438 - Civ. 2^e, 30 juin 2016, n° 15-21.875 - Civ. 2^e, 2 mars 2017, n° 16-12.966.

développement grandissant de l'utilisation des données, y compris celles massives ou métadonnées (*Big Data*), à partir des nouvelles technologies¹¹².

¹¹² *Droit de l'intelligence artificielle*, Lextenso-LGDJ, coll. *Les Intégrales*, G. Loiseau et A. Bensamoun (ss. dir.), vol. 15, 1^{re} éd., sept. 2019, p. 69, par M. Bacache, Chapitre 3 Intelligence artificielle et droits de la responsabilité et des assurances ; p. 269, par A. Debet, Chapitre 10 Intelligence artificielle et données à caractère personnel ; et p. 309, par P. Mistretta, Chapitre 12 Intelligence artificielle et droit de la santé.