

DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

D. Noguéro, *Aspects nouveaux de la sélection du risque en assurances de personnes et conséquences*, bjda.fr 2023, Dossier n° 6

Aspects nouveaux de la sélection du risque en assurances de personnes et conséquences

David Noguéro,

Professeur à l'Université de Paris Cité (IDS - UMR-INSERM 1145)

La thématique du colloque¹ - Perspectives du droit des assurances (au quart du XXI^{ème} siècle) - invite à réaliser un constat et une projection raisonnable dans le futur².

La segmentation du risque est la technique assurantielle qui permet à un assureur de classer les risques par catégories homogènes selon certains critères afin d'établir son tarif et même de déterminer les modalités des garanties proposées. Avec la perspective de la mutualisation des risques, le sous-ensemble autorise l'intégration du risque dans une communauté ou sa mise à l'écart.

La sélection du risque est une matrice de l'assurance qui suppose une certaine maîtrise de l'incertitude. L'opérateur ne saurait la négliger. Opération menée par l'assureur, la sélection transite par la déclaration du risque, obligation légale du candidat à l'assurance assortie de sanctions. La connaissance des règles de droit positif applicables en la matière sera tenue pour acquise si bien qu'elles ne seront pas spécifiquement rappelées³. L'objectif est de rechercher le mouvement déjà initié dans l'architecture de la loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 dite *Bérégovoy* afin de proposer une réflexion générale. Dans cette optique, le domaine des

¹ Le style oral du colloque de Nantes du 16 mai 2023 a été conservé pour l'essentiel. Remerciements à mes collègues Véronique Nicolas et Charles-Edouard Bucher pour leurs invitation et accueil.

² D. Noguéro, *Réflexions générales sur l'intelligence artificielle dans les assurances vie et santé*, in *Seguro de personas e inteligencia artificial*, éd. Thomson Reuters, Civitas, A. B. Veiga Copo (dir.), Miguel Martínez Muñoz (coord.), 2022, Capítulo 20, p. 557, spéc. p. 579 s.. Nous renvoyons aux références citées, non reprises ici, ainsi qu'aux développements exposés parfois simplement évoqués dans la présente contribution.

³ D. Noguéro, *La déclaration initiale des risques pour le contrat d'assurance en France*, in *Retos y desafíos del contrato de seguro : del necesario aggiornamento a la metamorphosis del contrato. Libro homenaje al profesor Rubén Stiglitz*, éd. Thomson Reuters, Civitas, A. B. Veiga Copo (dir.), M. Martínez Muñoz (coord.), 2020, Parte I, Capítulo 6, pp. 219 ; Actualité jurisprudentielle de la déclaration du risque initiale et en cours de contrat d'assurance, *Gaz. Pal.* 22 mars 2022, doct. n° GPL433u3, p. 42.

assurances de personnes a été choisi parce qu'il contient des potentialités de perspectives intéressantes. Seront évoquées les assurances emprunteur, vie ou santé, pour l'illustration du propos sans pouvoir s'attarder sur le détail technique des différentes dispositions.

Sans exclusivité, on retrouvera néanmoins la dominante des assurances collectives en raison de la réalité du marché national. Le champ tracé conduit à s'intéresser à un assuré personne physique, être biologique. Des éléments concernant l'intimité de sa vie privée ou sa santé sont à appréhender dans ce type de produits. Se devine d'emblée l'équilibre à trouver entre la curiosité légitime du gestionnaire vigilant d'une mutualité et la considération des droits fondamentaux d'un individu qui aspire à la couverture assurantielle. Il en va d'autant plus ainsi que des données sensibles peuvent être des paramètres décisifs quant à la sélection du risque à opérer pour l'apprécier.

En l'état actuel, pour l'assureur, il faut accéder à une information généralement détenue par un tiers qui a des besoins variés, pour peser un risque et offrir ou non une couverture d'assurance avec la tarification correspondante dans le respect de la mutualisation des risques.

Face à cette contrainte technique, l'observateur de ce début du XXI^{ème} siècle pourrait s'étonner de certains dispositifs en place dans les assurances de personnes. Le dialogue habituel de l'échange de l'information pour la connaissance subit parfois des perturbations. L'accès à l'indispensable connaissance du risque par l'assureur pour sélectionner doit composer avec la nécessité de l'accès concret à l'assurance à préserver. Parfois, il est attendu de l'assurance une fonction sociale que l'on pourrait qualifier de supérieure par rapport à la situation ordinaire. Une « assurabilité augmentée » est encouragée par le recul de l'aversion aux risques y compris ceux aggravés. Certains pourraient oser évoquer une « assurance inclusive » à partir du jargon d'une époque d'affichage de la bien-pensance.

Il demeure que sauf à perdre tout contrôle de la sélection du risque, l'assureur doit conserver son rôle d'investigateur pour l'analyse des risques⁴ - poussé aussi par les réassureurs négociant leur soutien primordial⁵. Si la suite du XXI^{ème} siècle lui enlevait une telle possibilité, on peut se demander si nous serions encore dans le cadre d'une opération d'assurance. Inversement, si par une connaissance débridée, très pointue, voire quasiment démiurgique, l'assureur se livrait à une hypersegmentation excessive, une même menace pourrait poindre.

Essayons de traduire ces tendances centrifuges au regard de la déclaration classique du risque. Des politiques qui manifestent des buts à atteindre manquent parfois leur(s) objectif(s) ou, tout du moins, peuvent avoir des effets secondaires inattendus ou même pervers. Des technologies nouvelles offrent des possibilités variées qui ne peuvent toutes être autorisées, d'où à l'occasion leur utilisation encadrée ou contrariée. Le droit du contrat d'assurance doit se positionner hier, aujourd'hui et demain. Traitons, en premier lieu, de l'idéal du voile⁶ (I) et, en second lieu, du pragmatisme de la transparence (II).

⁴ Sous l'aspect prudentiel, C. assur., art. R. 336-1, 2°, e.

⁵ Ne pas négliger leur influence, serait-elle plus ou moins médiata, sur la politique de souscription.

⁶ Le voile d'ignorance de John Rawls dans sa *Théorie de la justice* s'entend évidemment différemment. Mais la formule permet de positionner l'assureur face à sa connaissance-ignorance du risque pour comprendre sa marge d'action et ses choix.

I) L'idéal du voile

Il s'agit de restreindre, dans une certaine mesure, la connaissance exacte du risque représenté par un assuré pour l'intégrer dans le groupe couvert. Le législateur cherche la promotion de la solidarité (A) ; on peut se demander s'il ne va pas jusqu'à se bercer de l'illusion de la cécité (B).

A) La promotion de la solidarité

L'enjeu est de favoriser l'accès à l'assurance pour un public qui ne pourrait profiter aisément du produit d'assurance en recourant au marché habituel de l'assurance imposant la sélection du risque. Le phénomène s'observe depuis plusieurs décennies, dès la fin du XX^e siècle, mais il connaît une forme d'amplification depuis une vingtaine d'années. Il se greffe sur le principe d'égalité et la lutte contre les discriminations. Il faut présenter l'idée de la sélection sans discrimination (1) pour mieux percevoir l'accès contrôlé à la couverture complémentaire santé et à l'assurance-vie (2) ainsi que l'accès facilité au crédit-assurance (3).

1) La sélection sans discrimination

Arrêtons-nous sommairement sur un point préalable à la compréhension générale en examinant le binôme sélection-discrimination. La littérature juridique est particulièrement abondante à ce sujet si bien que nous ne pouvons qu'y renvoyer⁷.

Normalement, une discrimination consiste à traiter de façon inégale, sans but légitime proportionné, une personne placée dans une situation pourtant semblable ou comparable à une autre. Néanmoins, le législateur use souvent de l'expression « discrimination » lorsqu'il souhaite obtenir un traitement similaire de situations comprenant cependant des différences objectives entre elles, seraient-elles justifiées. La différenciation est alors niée. Il en va ainsi pour la sélection du risque au regard des antécédents de santé. D'une certaine façon, le législateur assimile, sous cet aspect, sélection du risque et discrimination. Dont acte. Dans la déclaration du risque lambda, est dès lors créée une « exception ».

⁷ F. Ewald, À quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? in Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Dalloz, 2002, p. 167 ; B. Dubuisson, Solidarité, segmentation et discrimination en assurances. Nouveau débat, nouvelles questions, in Mélanges en l'honneur du professeur Jean Bigot, LGDJ Lextenso éditions, 2010, p. 105 - ; D. Noguéro, Sélection des risques. Discrimination, assurance et protection des personnes vulnérables, *RGDA* 2010, p. 633 - M. Robineau, Sélection des risques et discriminations en droit des assurances, in *Santé et discriminations*, A. Leca et D. Viriot-Barrial (dir.), *Les études hospitalières*, CDSA, 2010, p. 177 ; J. Monnet, Discrimination et assurance, *JDSAM* 2017, n° 16, p. 13.

Il convient de se reporter à l'article 225-3, 1° du code pénal⁸ - aux différentes versions depuis la recodification de 1994⁹ - qui écarte les dispositions sur la discrimination sur l'état de santé et sa sanction en certaines occurrences à savoir « 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 limite à cette tolérance est l'interdiction des tests génétiques prédictifs¹⁰. Le code des assurances (et les autres)¹¹ et le code de la santé publique¹² renvoient aux contours de la prohibition s'imposant aux opérateurs qui ne peuvent recevoir ou solliciter un tel test, et interroger l'assuré au sujet d'un test ou ses résultats.

La Cour de cassation est venue rappeler pour la première fois¹³, en assurance prévoyance, par un arrêt de censure de 2022 (moyen relevé d'office), que l'assureur « ne peut poser aucune question relative aux tests génétiques et à leurs résultats, et que la personne ayant procédé à de tels tests n'est pas tenue d'en faire mention dans ses réponses au questionnaire de santé qui lui est soumis »¹⁴. La deuxième chambre civile a repoussé la nullité du contrat prononcée par la cour d'appel pour qui « le potentiel diagnostic d'une maladie génétique héréditaire est de nature à influencer nécessairement sur cette appréciation » du risque. Le droit au silence est ainsi rappelé pour le candidat à l'assurance.

Retenons de surcroît la notion large quant à l'expression d'état de santé car, en l'espèce, les tests étaient en cours pour une possible affection lors de la formation du contrat. Pour l'heure

⁸ « Les dispositions de l'article précédent ne sont pas applicables : 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 L. 1231-1 du code de la santé publique ou de données issues de techniques d'imagerie cérébrale ».

⁹ La version actuellement en vigueur depuis le 4 août 2021 résulte de la loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique (art. 18).

¹⁰ C. Byk, *Insurance and genetic tests. Comparing two legislative policies (Australia and France)*, *RGDA* févr. 2017, p. 97.

¹¹ C. assur., art. L. 133-1, renvoyant au CSP. Créé par L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. 99) dite loi *Kouchner* ; auparavant des engagements déontologiques de droit souple. Et C. mut., art. L. 110-6 (anc. art. L. 112-4). CSS, art. L. 932-39. CMF, art. L. 313-6-1, créé par L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 (art. 190).

¹² CSP, art. L. 1141-1. Version en vigueur depuis le 5 mars 2002, L. n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (art. 98), dite loi *Kouchner*.

¹³ Juridiction du fond, déjà, V. 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. (Tribunal de grande instance de Nanterre, pôle civil, 6^e chambre, 25 octobre 2019, RG n° 19/06316), *bjda.fr* 2020, n° 67.

¹⁴ Cass. 2^e civ., 31 août 2022, n° 20-22.317, *Bull. civ.*, II ; *D.* 2022. 1517 ; *Gaz. Pal.* 13 sept. 2022, n° GPL439v4, p. 28, obs. C. Berlaud ; *JCP G* 2022, veille 1014, obs. M. Redon ; *D. actu.* 21 sept. 2022, obs. S. Porcher ; *LEDA* oct. 2022, DAS200w8, p. 1, obs. M. Asselain ; *RGDA* oct. 2022, RGA201b0, p. 13, note A. Péliissier ; *bjda.fr* 2022, n° 83, obs. M. Redon. D. Noguéro, De l'interdiction, dans la déclaration du risque, d'une information sur des tests génétiques ou leurs résultats (À propos de Cass. 2^e civ., 31 août 2022, n° 20-22317), *Gaz. Pal.* 22 nov. 2022, doct., n° GPL442v2, p. 38 ; *Resp. civ. et assur.* 2022, n° 265, obs. P. Pierre ; *D.* 2023, p. 332, note B. Beigner et S. Ben Hadj Yahia ; *D.* 2023, Pan., p. 1142, obs. A. Cayol : visa des « articles L. 113-2 et L. 113-8 du code des assurances et les articles L. 133-1 et L. 1141-1 du code de la santé publique ».

du moins, en droit, les caractéristiques génétiques¹⁵ ne sont pas jugées pertinentes pour trier les risques. Le bénéfice de la technologie est ici écarté au profit de la protection de l'individu. En fonction du progrès scientifique, on se coupe sciemment d'un mode de connaissance du profil de santé de l'assuré. À l'instar de différentes sources internationales, le droit communautaire lutte activement contre les discriminations, y compris dans le champ assurantiel qui nous retient.

Transposition d'une directive européenne de 2004¹⁶, par la loi n° 2007-1774 du 17 décembre 2007¹⁷, l'article L. 111-7 du code des assurances énonce l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations afin de créer des différences¹⁸. Médiatement, cela revient à occulter d'autorité le facteur « sexe », pour la voie de l'unisexe. Or, dès le stade de la sélection du risque, le sexe est susceptible de faire évoluer l'appréciation du risque pour sa tarification. En témoignent les tables de mortalité en assurance-vie.

La disposition française a organisé un tempérament permis. La jurisprudence communautaire de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE devenue CJUE) a cependant décidé, par une décision de 2011¹⁹, qu'il ne fallait pas attendre indéfiniment pour réaliser l'objectif d'égalité. Par suite, le législateur national a dû revoir sa copie afin de limiter dans le temps la dérogation. La date du 20 décembre 2012 est une charnière pour l'ancien et le nouveau régime. On voit la transparence imposée des instruments pour la sélection du risque.

La volonté politique s'est étendue en deux temps, avec des lois en santé, bioéthique²⁰ puis Touraine²¹, pour dès 2011 adopter la même logique d'interdiction, sans dérogation, s'agissant du donneur d'organe, de cellules ou de gamètes comme facteur sélectif. C'est l'article L. 111-8 code des assurances²² : « Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte d'un don d'organes, de cellules ou de gamètes 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 demeure dans la ligne voulue de l'égalité de traitement qui peut se faire parfois au détriment de situations auparavant avantageuses (l'exemple des primes « genrées » pour les femmes en assurance automobile !).

2) L'accès contrôlé à la couverture complémentaire de santé et à l'assurance-vie

¹⁵ C. civ., art. 16-13. *Adde* art. 6 de la loi LIL, n° 78-17 du 6 janv. 1978, mod. ord. n° 2018-1125 du 12 déc. 2018 ; art. 9, RGPD. Des exceptions.

¹⁶ Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 déc. 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services.

¹⁷ Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans les domaines économiques et financiers (art. 12). Modifiée par L. n° 2013-672 du 26 juill. 2013. Une mise en conformité.

¹⁸ C. mut., art. L. 110-3.

¹⁹ CJCE, 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des consommateurs Test-Achats.

²⁰ Création, L. n° 2011-814 du 7 juill. 2011 relative à la bioéthique (art. 12).

²¹ Mod. L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 de modernisation de notre système de santé (art. 191).

²² Depuis 2021, V. aussi, C. pén., art. 225, 1^o.

En l'occurrence, le droit positif peut exprimer la politique de solidarité sans pour autant sacrifier la déclaration du risque à sélectionner par une segmentation adaptée et une offre large.

La loi n° 2013-504 du 14 juin 2013 relative à la sécurisation de l'emploi qui accordait de nouveaux droits pour les salariés a généralisé, dans le secteur privé, l'obligation de mise en place de la complémentaire santé ou maladie, en sus du régime de base de la sécurité sociale²³. Depuis 2021, l'État volontiers ordonnateur de la dépense pour les autres, met enfin en place (très) progressivement²⁴ ce qui sera la protection sociale complémentaire des fonctionnaires (PSC)²⁵. Se comprend le besoin social d'une telle couverture face au coût des frais de santé. Elle conditionne l'accès effectif aux soins.

Les employeurs transitent par les assurances collectives. En ce domaine, en France, l'assurance individuelle reste ouverte mais plus difficile, notamment en termes de prix voire de garanties. En parallèle, la dénomination de contrats complémentaires dits « responsables », « solidaires » (avec la conjonction « et »), montre la préoccupation d'un accès à la couverture jointe à la maîtrise de la dépense. Certaines populations peuvent avoir un accès financier aux soins beaucoup plus difficile d'où la création en 1999²⁶ de la couverture maladie universelle (CMU), devenue depuis la PUMA à savoir la protection universelle maladie, relayée par la CMU-C c'est-à-dire complémentaire, devenue, elle, la complémentaire santé solidaire²⁷. On évite ainsi le renoncement aux soins. Se devine l'utilité sociale en accompagnement des politiques publiques de santé.

Sous un autre aspect, c'est un même but d'accès effectif aux soins qui guide la création du fameux 100% santé par la loi de financement de la sécurité sociale (LFSS) pour 2019²⁸, au déploiement progressif de 2019 à 2021, pour les paniers de soins en optique, dentaire et audiologie, sans reste à charge (le fameux reste à charge zéro). Le succès peut paraître mitigé à suivre les constats de la Cour des comptes en 2022²⁹. En avril 2023, par suite d'une parole présidentielle sur les fauteuils roulants, le gouvernement désireux d'élargir le 100% santé s'est visiblement heurté à la résistance des acteurs de place et à leur fédération (FNMF). La générosité de la parole a une répercussion financière dans les actes à assumer au-delà de 100 jours...

²³ Accord national interprofessionnel (ANI) du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social au service de la compétitivité des entreprises et de la sécurisation des emplois et des parcours professionnels des salariés.

²⁴ La réforme de l'assurance santé des fonctionnaires reportée à 2025, *LesEchos.fr* 19 mai 2023.

²⁵ A. Damez, Déploiement de la protection sociale complémentaire dans la fonction publique, *LEDA* mars 2021, 113h4, p. 5 - C. Biget, Complémentaire santé : accord unanime pour la fonction publique de l'État, *Dalloz actu.* 1^{er} févr. 2022.

²⁶ L. n° 99-641 du 27 juill. 1999 portant création d'une couverture maladie universelle.

²⁷ R. Marié, La fusion CMU-C/ACS ou l'émergence d'une protection de 4ème type ? *RDSS* 2018, n°6, p. 998.

²⁸ L. n° 2018-1203 du 22 déc. 2018 de financement de la sécurité sociale pour 2019 (art. 51). Décr. n° 2019-21 du 11 janv. 2019 visant à garantir un accès sans reste à charge à certains équipements d'optique, aides auditives et soins prothétiques dentaires. - V. P. Coursier, A. Marion et B. Serizay, Le 100% santé : une fausse bonne idée !, *JCP S* 2019, Étude 1166.

²⁹ Cour des comptes, La réforme du 100% santé. Communication à la commission des affaires sociales du Sénat, juill. 2022 (73 pp.).

En 2021, par suite de la crise sanitaire mondiale de la Covid-19 a même été évoqué un projet dit de Grande Sécurité sociale pour une répartition différente de l'assurance maladie obligatoire (AMO) et celle complémentaire (AMC), avec des vives critiques et contrepropositions de la profession³⁰. Dans un tel schéma, l'appréhension du risque serait assurément autre.

Pour autant, en ce domaine de la complémentaire santé, la sélection du risque est maintenue³¹. Les aides aux facettes multiples³² sont plutôt développées afin de favoriser pour le plus grand nombre la couverture de la complémentaire santé. Elle participe médiatement de l'accès aux soins³³.

C'est une différence logique avec le produit d'épargne et financier que constitue l'assurance-vie - choix personnel en fonction des moyens propres. Il ne saurait être ici question d'un débat sur le jeu d'une forme de solidarité sauf à relever l'incitation plus ou moins accentuée en fonction de la politique fiscale³⁴.

Ce type d'assurance de personnes obéit également aux règles traditionnelles de la sélection du risque. On signalera simplement la possibilité de stipuler une clause d'incontestabilité³⁵ qui permet de ne pas remettre en cause la déclaration du risque erronée, du moins lorsqu'elle a été faite de bonne foi. La mauvaise foi permet de faire resurgir la sanction avec des suites adaptées pour les sommes relevant du contrat³⁶.

Par ailleurs, même en cas de déclaration du risque de mauvaise foi³⁷, l'erreur sur l'âge de l'assuré ne rend pas nécessairement le contrat nul dès lors que l'âge réel entre dans la segmentation du risque tarifé par l'assureur, selon l'article L. 132-26 du code des assurances³⁸. Il y a adaptation.

³⁰ J. Bourdoiseau, La « Grande Sécu » : une utopie constructive ? Projet de rapport du Haut conseil pour l'avenir de l'assurance maladie sur l'articulation entre assurance maladie obligatoire et assurance maladie complémentaire, *JCP G* 2022, Aperçu rapide, 50 ; M. Binst, La « grande Sécu » ou le fantasme de l'hypercontrôle ?, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques*, Les cahiers de l'assurance, mars 2022, n° 129 ; L. Borella, « Grande Sécu » : d'une vraie bonne question à une fausse bonne idée ?, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques*, Les cahiers de l'assurance, mars 2022, n° 129 ; V. Cazals et V. Lacam-Denoël, Assurance maladie complémentaire, un écosystème partenaire pour améliorer la santé des Français, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques*, Les cahiers de l'assurance, mars 2022, n° 129 ; J.-M. Daniel, Sécurité sociale et concurrence, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques*, Les cahiers de l'assurance, mars 2022, n° 129.

³¹ Tempérons avec les contrats responsables et solidaires. CSS, art. L. 862-4, II. Taxe modulée en fonction des informations médicales non recueillies et du mode de tarification au regard de l'état de santé. Cet « intéressement » n'est pas la logique de la loi *Lemoine*.

³² CSS, art. L. 861-1 ; art. L. 871-1 ; art. R. 871-2.

³³ Plus largement, CSP, art. L. 1110-3, al. 1^{er} : « Aucune personne ne peut faire l'objet de discriminations dans l'accès à la prévention ou aux soins ».

³⁴ Lors du colloque, Hervé Lécuyer a montré les rapports du droit civil et du droit financier, spécialement avec l'illustration de l'assurance-vie. Véronique Nicolas a aussi rappelé le support technique de la stipulation pour autrui s'agissant du développement de l'assurance-vie.

³⁵ M. Picard, La clause d'incontestabilité dans les polices d'assurance sur la vie, *RGAT* 1932, p. 236.

³⁶ C. assur., art. L. 132-18. Et C. mut., art. L. 223-18. Renvoi au C. assur., CSS, art. L. 932-23.

³⁷ C. assur., art. L. 113-8, al. 1^{er}, renvoi. Comp. C. mut., art. L. 221-14. Et C. mut., art. L. 223-25.

³⁸ Et C. mut., art. L. 223-25.

Voyons le rapprochement avec l'assurance emprunteur.

3) *L'accès facilité au crédit-assurance*

Par suite de la convention *Belorgey*, au début des années 1990 avec l'arrière-fond du sida avant les trithérapies - et de l'accès au prêt pour se loger -, est intervenue la Convention AERAS c'est-à-dire assurer et emprunter avec un risque aggravé de santé³⁹, reconnue par la loi *Kouchner* de 2002.

L'emprunteur-assuré-adhérent présente un risque aggravé en raison de son état de santé ou d'un handicap qui peut l'empêcher d'accéder à son projet. Pour la garantie des prêts à la consommation, immobiliers ou à caractère professionnel - relevons la variété -, ce dispositif conventionnel⁴⁰ doit permettre un autre mode d'accès à l'assurance « contre les risques d'invalidité ou de décès en faveur de ces personnes qui ne peuvent trouver dans le cadre des pratiques habituelles de l'assurance »⁴¹. Selon un processus auquel on renvoie dans le présent cadre, la sélection du risque est adaptée au risque aggravé⁴². On repousse la frontière de l'inassurabilité. Des modalités sont toutefois fixées auxquelles il faut se reporter⁴³, et une mutualisation autre est à organiser⁴⁴. Assureurs et réassureurs sont impliqués. Il peut encore y avoir, malgré tout, des refus d'assurance par suite de cette sélection particulière. Ce n'est pas un droit inconditionnel à l'assurance. Dans le principe, toutefois, est organisée l'appréhension de risques plus lourds.

On comprend facilement l'intérêt social car si l'assurance emprunteur demeure facultative, elle conditionne en fait l'octroi du crédit, indépendamment des autres garanties ou sûretés prises par le prêteur⁴⁵, et elle met à l'abri les ayants droit de l'emprunteur-assuré-adhérent. Son utilité motive la préoccupation de fluidité de son accès par des interventions législatives répétées⁴⁶.

³⁹ E. Linglin, « L'assurance pour tous » ? Réflexion juridique sur un dessein politique, *LPA* 21 févr. 2017, n° 37, p. 7. Adde J. Coelho, *Le nouveau droit d'accès au crédit et à l'assurance des personnes à risque de santé aggravé*, LEH éditions, coll. Essentiels, 2007 - V. Lefevre, *L'assurance des personnes malades : l'exemple de l'accès à l'assurance emprunteur*, thèse Paris V, 2011 - E. Linglin, *Corps humain et assurances de personnes*, thèse Paris II, 2014.

⁴⁰ CSP, art. L. 1141-3.

⁴¹ CSP, art. L. 1141-2 (créé par L. n° 2002-303 du 4 mars 2002). Respect de la confidentialité (encore, CSP, art. L. 1141-2-1, 5°), pour la collecte et de l'utilisation des informations médicales, données à caractère personnel de nature médicale. Le code des assurances renvoie à cette réglementation détaillée dans le code de la santé publique, ce qui atteste de la préoccupation principale auprès de certaines personnes.

⁴² CSP, art. L. 1141-6. Créé par L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 (art. 190).

⁴³ CSP, art. L. 1141-2-1.

⁴⁴ CSP, art. L. 1141-2-1, 6°.

⁴⁵ CSP, art. L. 1141-2.

⁴⁶ Dont, L. n° 2010-737 du 1^{er} juill. 2010 portant réforme du crédit à la consommation, dite Lagarde ; L. n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite Hamon ; L. n° 2017-203 du 21 févr. 2017, dite Bourquin (amendement). Le but est de favoriser la liberté de choix et la mobilité des assurés.

Ajouté à ce dispositif AERAS (et ses avenants), il faut mentionner le droit à l'oubli en santé⁴⁷ pour des personnes ayant été malades, spécialement du cancer ou de maladies chroniques⁴⁸. Les destinataires doivent en être informés au préalable pour en profiter. Là, on quitte surprime et exclusions de garantie pour un accès qui interdit de tenir compte d'un état de santé altéré par le passé⁴⁹. C'est la suppression d'un « casier sanitaire » sous conditions pour ceux pouvant se considérer comme guéris après leur rémission médicalement constatée. Aucune information médicale ne peut être recueillie par les organismes assureurs. Elle est classée légalement comme étant non pertinente pour la sélection du risque. Ce droit à l'oubli a évolué dans les durées retenues comme dans la distinction des malades majeur ou mineur⁵⁰. Il faut aussi se reporter à la grille de référence qui fournit des indications selon les types de pathologies.

Le droit à l'oubli⁵¹ a été accentué par la loi dite *Lemoine* n° 2022-270 du 28 février 2022 pour un accès plus juste, plus simple et plus transparent au marché de l'assurance emprunteur. La loi a modifié le droit à l'oubli (art. 9)⁵². L'hépatite C est désormais visée avec le cancer. Le délai courant à partir de la fin du protocole thérapeutique est descendu à cinq ans pour rendre l'information indisponible.

La loi *Lemoine* a notamment invité les parties à la convention à envisager sérieusement des pathologies autres que celles cancéreuses⁵³. On peut songer au diabète, par exemple, souvent évoqué. D'autres textes promeuvent la solidarité avec un pas supplémentaire.

⁴⁷ M. de Fallois, Assurance et « droit à l'oubli » en matière de santé, *RDSS* 2017, n°1, p. 132 ; L. Gangloff et B. Vorms, Le droit à l'oubli en matière assurantielle, *JDSAM* 2017, n°17, p. 63.

⁴⁸ CSP, art. L. 1141-5. Créé L. n° 2016-41 du 26 janv. 2016 (art. 190). Modifié en 2022. Et CSP, art. R. 1141-1. Créé Décr. n° 2017-147 du 7 févr. 2017 (art. 1).

⁴⁹ CSP, art. L. 1141-5. Renvoi au décret. CSP, art. D. 1141-2.

⁵⁰ Déjà, L. n° 2019-180 du 8 mars 2019 visant à renforcer la prise en charge des cancers pédiatriques par la recherche, le soutien aux aidants familiaux, la formation des professionnels et le droit à l'oubli, art. 7. Des encouragements s'imposaient visiblement.

⁵¹ C. Coulon, Assurance prêt : le droit à l'oubli se rappelle à notre bon souvenir, *Resp. civ. et assur.* sept. 2021, veille, alerte n° 23.

⁵² En son titre II Droit à l'oubli et évolution de la grille de référence de la « convention AERAS ». V. A. Zaroui, Assurance emprunteur : des évolutions favorables aux consommateurs, *Dalloz actu.* 4 mars 2022 ; J. Lasserre Capdeville, Ce qu'il faut retenir de la nouvelle réforme de l'assurance emprunteur, *D.* 2022, Entretien, p. 600 ; C. Coulon, Adoption de la loi Lemoine sur la réforme de l'assurance emprunteur, *Resp.civ. et assur.* 2022, alertes, n° 12 ; V. Zalewski-Sicard, Assurance emprunteur : une réforme (en partie) bienvenue, *Const.-Urb.* avr. 2022, Focus, n° 33 ; M. Mignot, Réforme de l'assurance emprunteur : suite, *LEDB* avr. 2022, DBA200r8, p. 7 ; M. Asselain, Nouvelle réforme de l'assurance emprunteur, *LEDA* avr. 2022, DAS200q1, p. 5 et *JCP E* 2022, chron. 1317, n° 22 ; R. Bigot et A. Cayol, Des symptômes du marché de l'assurance emprunteur aux remèdes proposés par la réforme Lemoine, *Gaz. Pal.* 14 juin 2022, doct., n° GPL437e3, p. 39 : données chiffrées et conséquences possibles ; S. Hourdeau, L'assurance emprunteur (nouveau) mode d'emploi, *Resp. civ. et assur.* 2022, Étude n°6 : insistant sur le rôle du droit souple ; P. Pierre, Le changement de paradigme des assurances emprunteurs, *D.* 2022, Pan., p. 1117, spéc. p. 1126 ; N. Leblond, Entrée en vigueur de la loi n° 2022-270 du 28 février 2022 : l'assurance-emprunteur sera-t-elle plus accessible ? *RDBF* 2022, n°4, comm. n° 117.

⁵³ L'art. 9 de la loi Lemoine donne le détail et la date limite du 31 juillet 2022, très rapprochée (pression ou agitation ?). Les protagonistes ont débattu. Demeure un certain flou sur le respect de cette négociation suscitée et sur les résultats à obtenir, serait-ce par une voie davantage autoritaire en cas d'immobilisme prolongé. Plus largement, il reste la menace du pouvoir réglementaire en cas d'absence d'accord des partenaires ainsi aiguillonnés (CSP, art. L. 1141-3).

B) L'illusion de la cécité

Elle se manifeste par des étapes marquantes : de la malvoyance (1) à l'aveuglement (2).

1) La malvoyance : la sélection globale du groupe

Évoquons la loi Prévoyance ou Évin du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques⁵⁴ énoncés qui concerne les « opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou liés à la maternité ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité ou du risque chômage » (art. 1).

En bref, lorsque la couverture collective est obligatoire, « l'organisme qui délivre sa garantie prend en charge les suites des états pathologiques survenus antérieurement à la souscription du contrat ou de la convention ou à l'adhésion à ceux-ci, sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration » (art. 2, al. 1^{er}). L'exigence de l'aléa pour la formation de l'accord paraît bien quelque peu reléguée.

De même, en complément, le texte prohibe des exclusions de garantie : « Aucune pathologie ou affection qui ouvre droit au service des prestations en nature de l'assurance maladie du régime général de sécurité sociale ne peut être exclue du champ d'application des contrats ou conventions visés au premier alinéa dans leurs dispositions relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés par une maladie, une maternité ou un accident » (art. 2, al. 2). Pour les assurances collectives facultatives ou celles individuelles, l'opérateur prend en principe (« sous réserve des sanctions prévues en cas de fausse déclaration ») « en charge les suites d'états pathologiques survenus antérieurement à l'adhésion de l'intéressé ou à la souscription du contrat ou de la convention » mais il dispose d'une possibilité d'y échapper dans un certain cadre à suivre (art. 3), en supportant notamment le fardeau probatoire.

Avec cette loi qui porte le nom d'un ancien ministre de la santé, il faut se rappeler du contexte de personnes touchées par la séropositivité et le sida. Le souffle de considérations sociales a conduit à une dérogation aux règles ordinaires de l'assurance.

Encore, pour ces assurances collectives obligatoires de prévoyance, comme pour les salariés après résiliation ou non-renouvellement (art. 5), « le contrat ou la convention doit prévoir, sans condition de période probatoire ni d'examen ou de questionnaire médicaux, les modalités et les conditions tarifaires des nouveaux contrats ou conventions par lesquels l'organisme maintient cette couverture » pour des anciens salariés ou des ayants droit selon certaines modalités (art. 4, al. 1^{er}) à un tarif non supérieur à celui des actifs.

Dans cette optique, il n'y a pas de délai de carence ni de questionnaires médicaux.

⁵⁴ L. n° 89-1009 du 31 déc. 1989. Les opérateurs soumis aux différents codes sont visés (art. 1^{er}). V. H. Groutel, Les assureurs et le titre Ier de la loi n° 89-1009 sur la « prévoyance complémentaire », Resp. civ. et assur. 1990, chron. n° 4 ; G. Durry, Trente ans après ! (ou l'évolution d'une discipline à l'aune de celle d'un ouvrage), in Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, *Droit et économie de l'assurance et de la santé*, Dalloz, 2002, p. 145, spéc. p. 151 s., not. p. 153 : « la palme, pourtant âprement disputée, du texte le plus confus et le plus mal rédigé » (terrain d'élection de l'assurance maladie, sans y être réductible).

Il s'agit généralement de dispositions d'ordre public (art. 10)⁵⁵, arme de l'intervention dans l'accord des cocontractants. Cette loi a conduit à supprimer une forme de sélection, celle individuelle, au profit de celle réalisée au niveau d'un groupe pris comme une espèce de bloc. L'opérateur ne peut que prendre le groupe en son entier, sans distinction, ou le rejeter globalement. L'équilibre technique est espéré au travers de la répartition des bons et mauvais risques au sein du groupe couvert. Une forme de solidarité est maintenue pour des bénéficiaires de la couverture. La loi est allée plus loin.

2) *L'aveuglement : la suppression du questionnaire de santé*

Par suite d'une invitation-provocation de certains acteurs du marché profitable de l'assurance emprunteur, une initiative sénatoriale a amendé le projet initial de la loi dite *Lemoine* prévoyant la résiliation infra-annuelle (RIA), à tout moment (ATM), afin d'introduire la suppression du questionnaire de santé⁵⁶ dans la loi n° 2022-270 du 28 février 2022 pour un accès plus juste, plus simple et plus transparent au marché de l'assurance emprunteur. L'initiative législative peut surprendre à cette étape du contrat qui suppose normalement la sélection du risque pour l'apprécier et l'intégrer dans une mutualité. Il s'agit d'un laboratoire expérimental de l'appréhension du risque et de l'accès à l'assurance.

Pour une évaluation prévue de ce dispositif, notamment pour la suppression du questionnaire de santé (art. 11, al. 1^{er} de la loi), il est encore tôt⁵⁷. Au premier trimestre 2024, le Comité consultatif du secteur financier (CCSF)⁵⁸ devrait nous fournir un premier éclairage spécialement au regard de la mutualisation du risque et de la segmentation pour la tarification⁵⁹. Il est attendu une conclusion sur l'éventuelle transposition du dispositif aux prêts professionnels... La brèche est peut-être un trop grand pas en ce domaine ! Est ainsi ouverte la potentialité d'extension du refoulement de la sélection du risque.

Il a été introduit le nouvel article L. 113-2-1 du code des assurances (art. 10, I, de la loi), en vigueur dès le 1^{er} juin 2022 pour les souscriptions et adhésions nouvelles (art. 10, II, de la loi). Relevons qu'il n'a pas été prévu un texte équivalent pour les autres codes applicables en

⁵⁵ « Les dispositions des articles 2, 4, 7 et 9 sont des dispositions d'ordre public et s'appliquent quelle que soit la loi régissant le contrat ».

⁵⁶ A. Péliissier, Vers une libéralisation et une simplification de l'assurance emprunteur, D. 2022, Entretien, p. 160 - P. Pierre, Vers un « big bang » des assurances d'emprunteurs immobiliers ? *Resp. civ. et assur.* 2022, Focus n° 1.

⁵⁷ S. Vié, *Assurance emprunteur – Les effets incertains de la loi Lemoine*, L'Argus de l'assurance n° 7751, 15 avril 2022, p. 14 - P. Januel, Assurance : une loi Lemoine à l'application contrastée, D. actu. 22 nov. 2022 - A. Portmann, L'ouverture du marché de l'assurance emprunteur soutiendra-t-elle le crédit immobilier ? *Dr. & patr.* sept. 2022, n° 327.

⁵⁸ Auparavant, CCSF, Étude sur les garanties de l'assurance emprunteur, 2022, rapport réalisé par Actélior et Minaléa.

⁵⁹ Art. 11 de la loi Lemoine de 2022, alinéas 2 et 3 : « Ce rapport évalue notamment l'impact de la présente loi sur le processus de mutualisation des risques et sur la segmentation des tarifs en fonction des profils de risque, sur l'évolution des tarifs proposés, sur le type et le niveau des garanties proposées aux emprunteurs dans les contrats d'assurance et sur leur évolution depuis six ans ainsi que sur les capacités d'accès à l'emprunt immobilier des emprunteurs selon leur profil de risque.

Ce rapport évalue également la mise en œuvre de l'article 10 de la présente loi, notamment en termes d'égalité de traitement entre les emprunteurs, et propose les ajustements éventuels des conditions relatives à l'âge et à la quotité des prêts ainsi que les conditions d'application de la suppression du questionnaire médical aux prêts professionnels ».

fonction de tel ou tel opérateur, dont celui de la mutualité, ou même un renvoi au code des assurances. On demeure donc dans le mode classique de sélection du risque. En raison de l'image véhiculée d'un assureur plus accueillant du fait de l'absence de questionnaire, certains pourraient peut-être déceler une espèce de distorsion de concurrence, du moins un motif pour revendiquer l'alignement de régime. D'emblée, pour cette disposition clairement d'ordre public⁶⁰, il est indiqué expressément qu'il est dérogé au mode classique de sélection du risque. À notre sens, il s'agit d'un repère important afin de guider l'interprétation prétorienne de la disposition.

La menace sur la mutualisation des risques a été brandie. La critique a pu naître s'interrogeant, du fait de la négation d'une technique de l'assurance, sur la permanence dans le giron de l'assurance elle-même⁶¹. Le système installé est encore récent mais une telle remise en cause paraît excessive. Sans méconnaître les différences et les liens entre la solidarité et l'assurance, précisons qu'un cadre est fixé pour prétendre à ce dispositif qui ne bouleverse pas à l'excès l'opération d'assurance. On peut cependant surveiller une forme de résistance de certains opérateurs tentant de contourner sinon la lettre de la loi, du moins l'esprit qui a animé le législateur.

Pour entrer dans le champ de la dispense de questionnaire, des conditions cumulatives sont posées, à réunir. Relevons que, pour l'heure, l'aveuglement de l'assureur est imposé dans un cadre bien défini qui consiste à délimiter à la fois la quotité maximum assurée (200.000 euros par assuré quant à la part assurée sur l'encours cumulé des contrats de crédits) et l'âge limite auquel le prêt arrive à son échéance (60 ans). La condition complémentaire porte sur l'âge à vérifier, le cas échéant, chez chaque assuré.

Un seuil est fixé par la loi qui est un maximum. La pertinence du plafond de cette quotité peut être discutée ou pas. Il faudra se reporter à la réalité du marché de l'immobilier, notamment dans les grandes agglomérations, dans un contexte (actuel) de remontée des taux d'intérêts et d'inflation avec l'évolution des prix de l'immobilier, dans un marché de la construction atone, outre un œil plus acéré des opérateurs pour accorder plus strictement des crédits dans une durée maximum et avec un taux d'endettement surveillé.

Par comparaison, en assurance-vie en cas de décès, une disposition existe pour l'hypothèse du suicide de l'assuré, couvert dans la limite d'un plafond, lorsqu'il y a un prêt pour financer l'acquisition du logement principal de l'assuré avec une assurance groupe⁶². L'article R. 132-5 du code des assurances prévoit que le plafond ne peut être inférieur à 120.000 euros. En fixant la limite dans ce cadre, l'assureur appréhende le risque par le montant maximum de son intervention.

⁶⁰ C. assur., art. L. 111-2. Comp. M. Mignot, L'incidence de l'article L. 113-2-1 du Code des assurances sur l'obligation du banquier d'éclairer, *Gaz. Pal.* 18 avr. 2023, n° GPL444m9, p. 9. S'interrogeant sur la communication banque-assureur, l'auteur se demande si l'assuré pourrait autoriser la première à aviser le second sur l'état de santé. « Tout dépend du caractère d'ordre public ou non des dispositions de l'article L. 113-2-1. Le texte ne se déclare pas d'ordre public. Dans ce cas, il appartient au juge de le faire, le cas échéant, en fonction de son contenu et de sa finalité ». L'auteur souligne aussi l'effet pervers de la suppression du questionnaire.

⁶¹ L. Mayaux, L'assurance « emprunteur » est-elle encore de l'assurance ? *JCP G* 2022, Aperçu rapide, 413 et L'assurance « emprunteur » au risque de la solidarité, *RGDA* avr. 2022, Éditorial, RGA200s4, p. 1.

⁶² C. assur., art. L. 132-7.

Le texte évoque la part assurée sur l'encours cumulé des contrats de crédit. L'emploi du pluriel peut interroger. Quel est le profil de cet encours ? Quels contrats ? Tous, avec ou sans sélection médicale, ou ceux exclusivement soumis au texte ? Quel type d'endettement ? *A priori*, on songe plutôt à un endettement personnel et non professionnel. Les pratiques devront se discipliner au regard du sens du texte judiciairement arrêté. On peut conjecturer que l'esprit de la loi sera probablement analysé comme réservant ce montant total de 200.000 euros aux prêts exclusivement souscrits par le processus dérogatoire de la déclaration du risque. Sinon, on peut craindre un contournement du dispositif⁶³. Une compréhension trop large serait un moyen de résistance des professionnels à l'ouverture réalisée dans le but de l'accès à promouvoir à l'assurance.

S'agissant de la limite de soixante ans, il s'agit de la date anniversaire du remboursement final, la fin de la période du risque couvert. On est en dessous de l'âge légal de la retraite en France et ailleurs. C'est une autre borne avec le montant de l'encours afin de cerner le risque à couvrir. Il faut mettre ce critère en rapport avec la date d'entrée dans le prêt et l'assurance, et la durée des échéances du crédit. Pour un crédit d'une période de vingt ans⁶⁴, il faut avoir une souscription avant quarante ans. Cela limite aussi les clients à risque. On évite, au moins en partie, les maladies liées au vieillissement, préoccupation de la proposition de la loi sur le « Bien vieillir »⁶⁵ actuellement en suspens. Peut-être y aura-t-il une prochaine étape. Plaider la discrimination au regard de l'âge !

L'assureur conserve ainsi une relative maîtrise du risque accepté par ces conditions cumulatives. Si l'assureur est en aveugle, c'est dans un champ bien clôturé. Pour le type de crédit mentionné par renvoi, immobilier, l'assureur ne peut solliciter aucune information relative à l'état de santé ni aucun examen médical de l'assuré. La notion d'état de santé devra être précisée. Elle peut laisser place à hésitation avant intervention judiciaire pour une fixation certaine. Au sens du règlement général sur la protection des données (RGPD) et de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), les données de santé sont des données sensibles avec un traitement particulier⁶⁶. Doit-on retenir une version large des informations sur l'état de santé ou faut-il introduire de la nuance ? Assurément, il faudra attendre un éclairage supérieur. Pour une information simplement prédictive sur l'état de santé, la jurisprudence sur les tests génétiques paraît inspirer une approche assez large. L'objet du contrat est évoqué. Il s'agit de déterminer le type de risques couverts par le contrat qui les énumère. La perspective est celle de la couverture du remboursement total ou partiel du montant restant dû au titre d'un contrat de crédit précisé par renvoi au code de la consommation (art. L.

⁶³ On ne saurait reprocher à un candidat d'avoir sollicité à tort le dispositif *Lemoine* en raison d'une erreur sur le montant de l'encours. En raison des hésitations sur la notion, il serait fort délicat d'établir la preuve de l'intention de l'assuré, à la charge de l'assureur pour la nullité (C. assur., art. L. 113-8), à supposer qu'une question précise ait été posée à ce titre ou qu'il soit démontré qu'une information a été livrée spontanément, à la seule initiative de l'assuré.

⁶⁴ Même si les durées réelles de crédit avoisinent en moyenne huit ans avec les événements post conclusion. Cela doit faire réfléchir aux modalités de la tarification du risque dans le temps du crédit. Sans même évoquer la menace de la résiliation libéralisée, qui peut amputer la durée de la relation contractuelle.

⁶⁵ Propos. AN, n° 1061, 4 avr. 2023, visant à garantir le droit à vieillir dans la dignité et à préparer la société au vieillissement de sa population.

⁶⁶ De façon générale, pour les données, la CNIL ne manque pas d'insister sur le principe de minimisation qui conduit à ce que la collecte et la conservation des données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles est entrepris le traitement (art. 4 de la loi LIL, n° 78-17 du 6 janv. 1978, mod. ord. n° 2018-1125 du 12 déc. 2018 ; art. 5, RGPD).

313-1, 1^o). Le renvoi vise seulement une partie du texte. L'intention du législateur n'est peut-être pas entièrement couverte de la sorte⁶⁷. En toute hypothèse, on connaît ainsi les opérations concernées, détaillées, ainsi que les personnes qui s'y prêtent. Le spectre pourrait se discuter après le bilan dressé de l'application. Des praticiens ont pu proposer la limite du financement de la résidence principale non celle secondaire ou celui d'un placement spéculatif. La couverture concerne encore (« soit ») le paiement de tout ou partie des échéances du prêt. On se situe donc bien dans l'assurance emprunteur, sans distinction d'une assurance individuelle ou de groupe.

Plus largement, la disposition méritera d'être clarifiée par l'interprétation jurisprudentielle selon les pratiques constatées et les litiges élevés. En effet, les pratiques de terrain possiblement variables devront se confronter au tamis du droit en cas de contestation. Le dispositif étant encore récent, il n'y a pas de contentieux connu. Il faudra déjà surveiller le prochain rapport de la Médiation de l'assurance. On ne peut ici s'y attarder outre mesure.

Il nous semble que la loi n'interdit pas toute segmentation hors des informations relatives à l'état de santé. On songe par exemple à l'âge (tarif par tranches d'âge) ou à la profession exercée (ou des conditions de travail). Il faudra tracer la frontière, parfois délicate, avec des habitudes de vie ou des comportements de l'assuré, qui peuvent certes avoir des répercussions plus ou moins significatives sur la santé. *Quid* du tabagisme, de la consommation d'alcool ou de stupéfiants ? Que penser du poids et de la taille ? On verra qu'il est possible d'inciter les assurés à certains comportements vertueux pour contrôler leur risque. Ce pourrait être un argument. Peut-être peut-on tirer argument de l'hypothèse de l'aggravation du risque et de la résiliation prohibée du contrat d'assurance par l'assureur⁶⁸. Par exception, l'assureur retrouve cette prérogative en cas de changement de comportement volontaire de l'assuré par référence à des conditions exposées par décret⁶⁹. En définitive, peut se comprendre le principe de la distinction : information relative à la santé / habitudes de vie-comportements. Il permet d'introduire une forme de segmentation du risque en dehors du champ barré.

L'information donnée spontanément par l'assuré fera sortir du dispositif dérogatoire. Si l'information est divulguée spontanément par le candidat à l'assurance ou si celui-ci se dit prêt à se soumettre à un examen médical, ladite interdiction doit s'évanouir. Cette lecture *a contrario* paraît admissible. Rien ne s'impose au candidat pour la voie à suivre : questionnaire ou non. Lorsqu'est demandé un examen médical, pour la récolte de l'information, tous les types d'examen, quelles que soient leurs finalités, sont englobés par le texte qui ne distingue pas.

Au-delà de la réglementation de la durée de conservation⁷⁰, il faudra voir comment l'assureur devra se comporter lorsqu'il dispose déjà d'une information sur l'état de santé du fait d'une relation antérieure avec le même assuré. Lorsqu'il est en possession de l'information, doit-il faire comme s'il l'ignorait - exercice délicat de schizophrénie - ou peut-il en tenir compte et l'utiliser en considérant qu'il ne la sollicite alors pas puisqu'elle est d'ores et déjà à sa

⁶⁷ La situation des détenteurs de parts d'une société civile immobilière ou d'une caution mériterait précision.

⁶⁸ C. assur., art. L. 113-12-2, al. 3. V. *infra*.

⁶⁹ C. assur., art. R. 113-3.

⁷⁰ Outre certaines données. V. art. 6 de la loi LIL, n° 78-17 du 6 janv. 1978, mod. ord. n° 2018-1125 du 12 déc. 2018 ; art. 9, RGPD.

disposition ? La difficulté n'est pas réglée par la lettre de la loi, peut-être insuffisante à dissuader certaines tentatives d'évasion de la contrainte posée.

La fluidification du marché, toujours fortement dominé par la bancassurance⁷¹, par une entrée plus conséquente des assureurs dits alternatifs, n'est pas certaine. Les interrogations sont multiples. Quelle conséquence cette suppression du questionnaire de santé aura-t-elle sur l'accès au crédit assuré ? Quel sera le coût des couvertures proposées : baisse, hausse ou stabilité des tarifs ? La crainte est celle d'une tarification qui peut être à la hausse⁷² avec une modulation des conditions et exclusions de garantie jouant ainsi sur l'étendue de la couverture réelle. Peut-on s'attendre à l'introduction d'exclusions de garantie, en vertu de la liberté contractuelle de délimiter le risque assuré, dans le respect des exigences du droit positif ? Il y aurait une couverture dégradée, moyen possible de dissuasion de recourir au dispositif. Au printemps 2023, la députée Patricia Lemoine a saisi différentes autorités afin de vérifier le respect du texte⁷³. Il faudra mesurer *a posteriori* l'impact de la loi⁷⁴. L'étude préalable manquée *ab initio*⁷⁵ devra être rattrapée par une évaluation rapide *a posteriori*⁷⁶. Il faudra voir si l'aveuglement reste au programme et dans quelle mesure.

Que se passera-t-il pour la suite de la prise en charge d'un état antérieur à la souscription ou adhésion ? Retrouvera-t-on l'appréciation de l'aléa ? Une exclusion de garantie pour une affection antérieure à la souscription (un passé connu), clause fréquente, pourra-t-elle subsister ? Pour la comparaison, un rapprochement peut être fait avec la loi de 2013 de sécurisation de l'emploi ayant conduit à s'interroger sur la couverture santé effectivement accordée aux salariés une fois sa généralisation imposée⁷⁷. La même problématique se

⁷¹ Une part de marché frisant les 80%. Une domination forte en assurance-vie aussi (environ 60%). Et une progression en santé au fil du temps - sans parler de l'assurance dommages. Le banquier a l'avantage du contact plus fréquent que l'assureur avec son client, outre sa connaissance (un relevé bancaire des opérations sur compte peut donner moult informations...). Lors du colloque, Pierre-Grégoire Marly a décrit l'empreinte forte de la bancassurance pour suggérer l'encadrement futur et dénoncer la présentation en qualité de courtier souvent de façade.

⁷² N. Leblond, Entrée en vigueur de la loi n° 2022-270 du 28 février 2022 : l'assurance-emprunteur sera-t-elle plus accessible ?, *RDBF* 2022, n°4, comm. 117, *in fine* : « Le dispositif issu de la loi du 28 février 2022 revient ainsi à faire peser sur l'ensemble des assurés les risques particuliers de certains, ce qui est en réalité une taxation déguisée pour financer une sorte de solidarité quant à l'accès au crédit. Néanmoins, à force de confondre l'assurance avec la solidarité du fait d'un égalitarisme qui n'a pas lieu d'être dès lors qu'on parle de couverture privée et individuelle des risques, on pourrait aboutir à ce que l'accès au crédit lui-même devienne plus difficile et ce, pour tout le monde. La loi du 28 février nous semble ainsi un révélateur de l'esprit contemporain qui refuse l'existence du risque et l'assimile à une injustice, voire le nie. C'est oublier que le risque est plus fort : on a beau vouloir le masquer, il continue d'exister et pis, de se réaliser ».

⁷³ Ministre de l'économie ; CCSF ; DGCCRF ; ACPR.

⁷⁴ S. Gueffie, La définition de l'incapacité ou de l'invalidité : Ce que devrait nous inspirer le dispositif Lemoine pour les contrats de prévoyance, *bjda.fr* 2022, n° 84. Adde A. Péliissier, Les clauses de définition des garanties incapacité ou invalidité, *RGDA* sept. 2022, RGA200y3, p. 6.

⁷⁵ Les affres de la confection de la loi et ses compromis politiques...

⁷⁶ Pour ce genre de dispositif, on peut vraiment se demander si une évaluation *ex post* (mieux que rien) ne devrait pas être remplacée par une sérieuse analyse-réflexion pré-législative. Cela dit beaucoup du mode de confection de la loi et des compromis réalisés. V. Intervention de Mme le député Patricia Lemoine, Colloque *La loi Lemoine relative à l'assurance emprunteur : antécédents médicaux*, Université Panthéon-Assas (Master 2 Droit des assurances), 4 mai 2023.

⁷⁷ J. Bourdoiseau, La « généralisation » de la complémentaire santé : un bilan, *RDSS* 2017, n°3, p. 436.

présentera avec la protection sociale complémentaire des fonctionnaires une fois les marchés attribués. Il serait regrettable d'observer un écrasement de la couverture accordée dans la composition des produits distribués. Ce serait un effet pervers déplorable.

Soulignons qu'en parallèle de la voie de l'assurance emprunteur sans questionnaire persiste celle transitant toujours par ce mode habituel de sélection. On pourrait être confronté à une concurrence de la façon de sélectionner le risque. Cela pourrait peut-être générer, à terme, un phénomène d'antisélection en attirant les mauvais risques au détriment des bons, ceux voulant rester silencieux sur leur assurabilité. Inversement, ceux souhaitant se prévaloir de leur profil favorable de risque pourraient demander le questionnaire pour une meilleure couverture bon marché ! Les personnes présentant des risques plus importants pourraient avoir tendance à éviter la sélection tandis que celles se sachant en relative bonne santé pourraient le faire valoir en évitant le dispositif *Lemoine*. L'affaire est à suivre.

Le dispositif en place est un minimum. Le législateur a laissé la porte ouverte à une règle de faveur supérieure par le mode réglementaire. Notons la prospective de l'extension de l'aveuglement dans la sélection du risque car la loi *Lemoine* prévoit qu'un décret peut définir des conditions plus favorables s'agissant du plafond de la quotité assuré et/ou de l'âge de l'assuré en fin d'emprunt⁷⁸.

Il demeure que cette situation qui, sous différents aspects, développe le voile d'ignorance de l'assureur peut être contredite plus ou moins directement et intensément, à plus ou moins brève échéance, par une autre logique.

II) Le pragmatisme de la transparence

Ici, le propos sommaire sera peut-être davantage prospectif. En effet, il s'agit d'imaginer des évolutions en lien avec les progrès technologiques. Précisons immédiatement que la technique à disposition ne fait pas nécessairement l'acceptation sociale ou l'accueil du système juridique. Envisageons, d'une part, le paradigme de la connaissance élargie (A) et, d'autre part, la maîtrise collaborative du risque (B).

A) Le paradigme de la connaissance élargie

En ce domaine, « la question cruciale est de savoir ce que le souscripteur est obligé de déclarer »⁷⁹. L'assureur a intérêt à être informé de tout élément utile lui permettant de se forger une opinion exacte sur le risque proposé afin de déterminer s'il le couvre ou non, selon quelles modalités et à quel tarif. En vertu du modèle classique, le professionnel est dépendant de la sincérité due par son partenaire qui doit répondre avec exactitude aux questions posées suffisamment précises. La spontanéité n'a rien d'obligatoire par suite de l'interprétation jurisprudentielle de la loi *Bérégovoy* de 1989. En général, il y a une asymétrie d'informations car le candidat à l'assurance est censé mieux connaître son profil de risque que l'assureur qui se renseigne. La loi lutte d'ailleurs contre sa dissimulation ou ses affirmations mensongères au profit de l'assureur qui doit lui faire confiance et de la mutualité.

⁷⁸ C. assur., art. L. 113-2-1, al. 2.

⁷⁹ G. Durry, Trente ans après ! (ou l'évolution d'une discipline à l'aune de celle d'un ouvrage), in *Mélanges en l'honneur d'Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Clair Lambert, Droit et économie de l'assurance et de la santé, Dalloz*, 2002, p. 145, spéc. p. 152.

Nul n'ignore les avancées technologiques présentes et celles attendues avec le développement de l'intelligence artificielle⁸⁰. Plaçons-nous dans une optique de moyens disponibles, notamment par le numérique en effervescence, indépendamment de leur réglementation actuelle ou future. L'exploitation rationnelle des données massives ou mégadonnées est susceptible d'offrir une connaissance élargie des risques et du profil de risque présenté par telle personne⁸¹. Les données sont l'or noir du XXIème siècle ! L'enjeu de la meilleure identification des et du risque(s) - de la cohorte constitutive de la mutualité à l'individu l'intégrant - est patent. Il ne faut pas méconnaître que l'usage de la technique est susceptible de réaliser une intrusion dans l'intimité de la vie privée. Il convient également de veiller à la protection du secret professionnel médical⁸² au regard de dérives de divulgations non consenties. La transparence renforcée ne doit pas devenir tyrannique.

À l'adresse des professionnels du secteur, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) n'hésite pas à rappeler les règles en confectionnant des packs de conformité⁸³, qui sont une espèce de guide. La CNIL peut s'intéresser à des pratiques assurantielles⁸⁴. Il peut en aller ainsi pour les risques biométriques en rapport avec l'état de santé, l'âge, la longévité, par exemple⁸⁵. Chacun comprend l'intérêt et les risques de l'accès aux données de santé et de soins⁸⁶. En Europe, le règlement général sur la protection des données (RGPD) fixe un cadre pour leur utilisation - *lato sensu* - y compris celles dites sensibles en santé. Il en va ainsi notamment pour la conservation avec la revendication d'un droit à l'oubli numérique pour un effacement conditionné.

Techniquement, les possibilités d'accéder à la connaissance-information vont *crescendo*. Théoriquement, grâce à une information exponentielle ordonnée, on pourrait passer d'une offre assurantielle mal ou non maîtrisée à une offre trop maîtrisée. On pourrait glisser vers une inversion de l'asymétrie d'informations dont l'assureur serait le gagnant. Ce dernier pourrait disposer de davantage de connaissances sur le profil du risque que la personne support du

⁸⁰ Lors du colloque, Sarah Bros et Antoine Touzain ont particulièrement insisté sur ces aspects, en présentant la technologie et le couple IA/Big Data.

⁸¹ L. Perdrix, *Big data* et appréciation du risque, *Resp. civ. et assur.* mars 2023, dossier 9.

⁸² S. Abravanel-Jolly, Le secret médical et l'assurance, *bjda.fr* 2021, n° 75 ; R. Bigot, Le secret médical à l'épreuve du numérique, *bjda.fr* 2021, n° 75.

⁸³ C. Béguin-Faynel, Données personnelles : nouveau Pack pour la conformité du secteur de l'assurance, *LEDA* oct. 2021, 200h3, p. 7 ; Clarification des principes de protection des données personnelles en matière d'assurance, *Resp. civ. et assur.* 2022, Étude 3.

⁸⁴ M. Bernelin, Collecte de données de santé par les complémentaires santé : l'appel à légiférer de la CNIL, *Dalloz actu.* 23 nov. 2022. - Encore, à propos d'un avis du 9 mai 2023 du CCNE (Comité consultatif national d'éthique) et du CNPEN (Comité national pilote d'éthique du numérique), M. Bernelin, Plateformes de données de santé : enjeux d'éthique, un avis du CCNE et du CNPEN à ne pas manquer, *Dalloz actu.* 5 juin 2023.

⁸⁵ Sur la transmission des données de santé des assurés aux organismes d'assurance maladie complémentaire santé, *CNIL*, 14 nov. 2022, Analyse juridique adressée aux organismes de complémentaire santé (Assurance maladie complémentaire : la CNIL appelle à clarifier et sécuriser le cadre juridique pour l'utilisation de données de santé), https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/analyse_juridique_adressee_aux_organismes_de_complementaire_sante.pdf.

⁸⁶ L. Schwebel, L'utilisation des données médicales par les assureurs, *RGDA* 2010, p. 47.

risque⁸⁷. On pourrait réduire le risque d'ignorance⁸⁸. On retrouve les débats sur la connaissance pointue du risque conduisant à une hypersegmentation, par l'individualisation du risque, avec les craintes corrélatives de la démutualisation⁸⁹.

Dans une certaine mesure, le mouvement du collectif vers l'individuel existe déjà sans avoir encore rompu l'optique holistique. La commercialisation vante d'ores et déjà l'approche innovante par le client - jusqu'à une offre *ad hoc* profilée⁹⁰ - plutôt que celle classique par le produit. On rencontre des produits et primes très individualisés. Il ne faudrait pas oublier que l'individualisation à outrance, par un bond colossal de l'hypersegmentation, pourrait contribuer à l'anéantissement de l'instrument lui-même qu'est l'opération d'assurance⁹¹. Consubstantiellement, l'assurance obéit à l'impératif catégorique du collectif. Ou alors, elle se transforme en autre chose.

Le droit intervient pour fixer les cadres. La disponibilité de moyens n'autorise pas nécessairement tous les usages. Il est difficile de déterminer ce que sera l'apport technologique demain et la marge de sa réception dans nos systèmes juridiques⁹². Les mentalités évoluent également avec la technique. On peut néanmoins subodorer que grâce à une sélection du risque particulièrement affinée parce que fort éclairée, l'accès à l'assurance pourrait être rendu plus difficile pour certains voire impossible. Pour d'autres, la tentation de l'auto-assurance pourrait se dessiner grâce à l'appui de la médecine prédictive ou génomique. En effet, les instruments de sa propre connaissance du risque que l'on représente pourraient permettre l'auto-évaluation et dicter des stratégies personnelles à partir de la maîtrise du coût du risque réel au regard du coût de l'assurance proposée. De l'antisélection, on passerait à la fuite de l'organisation collective remplacée par une prise en charge fort individualisée, jusqu'à la structure « captive » de son destin. Restons néanmoins optimiste pour un recul futuriste moins massif de l'ignorance

⁸⁷ Dans la lutte contre la fausse déclaration du risque, certains peuvent même se demander si une obligation de déclaration du risque pourrait persister. La connaissance de l'assureur pourrait valoir dispense ou du moins paralysie de sanction (comp. C. assur., anc. art. L. 191-4). Sur le débat ancien, avant et après la loi de 1930, M. Picard, La connaissance par l'assureur des faits omis ou inexactement déclarés par l'assuré, RGAT 1935, p. 17 - M. Picard et A. Besson, *Traité général des assurances terrestres, Introduction - Règles générales du contrat d'assurance*, tome 1, LGDJ, 1^{re} éd., 1938, n^{os} 179-180, pp. 364-369.

⁸⁸ Comp. L. Perdrix, *Big data* et appréciation du risque, *Resp. civ. et assur.* mars 2023, dossier 9, spéc. n^o 8, n^o 13. L'auteur suggère une adaptation de la sanction de l'art. L. 113-8 C. assur. : « il en est de même en cas de transmission numérique de données erronées en raison d'une intervention intentionnelle de l'assuré ». *Idem* pour l'art. L. 113-9.

⁸⁹ Lors du colloque, Sarah Bros s'est interrogée sur les éléments de la définition de l'opération d'assurance avec le recul de la mutualisation comme caractéristique fondamentale. Au-delà de l'hypersegmentation, l'exemple des captives d'assurance - forme d'auto-assurance - lui a paru « discréditer » quelque peu le critère classique de la mutualisation.

⁹⁰ Le profilage du client permet aussi de rendre plus pertinente la recherche de la cible. Encore, la méthode dite du *scoring* conduit à attribuer une note au client ou prospect en fonction de critères.

⁹¹ La personnalisation dans l'appréhension du risque peut mener à la prédiction du comportement du risque pour forger les éléments individualisés de la tarification. *Adde* Pour certaines grandes entreprises s'appliquent, à compter du 1^{er} janvier 2023, pour les prochains états financiers, les normes comptables IFRS 9 et IFRS 17 - normes internationales d'information financière. L'harmonisation est recherchée par l'*International Accounting Standards Board* (IASB) pour des données comparatives - dispositif distinct de Solvabilité II pour l'aspect prudentiel, mais qui aura probablement une incidence sur les stratégies à adopter. On peut se demander si certaines exigences ne conduisent pas à classer par type de contrats d'assurance en occultant quelque peu la logique globale de la mutualisation.

⁹² Exemple, accès réglementé à l'espace numérique de santé, CSP, art. L. 1111-13-1, IV, al. 3.

des assureurs ou un gain prodigieux de perception de son profil de risque par l'assuré. La prospective du contrôle total de l'aléa demeure encore utopique, relativisant la menace de la disparition de toute mutualisation. L'imprévisibilité ne s'efface pas aisément.

La connaissance élargie sinon absolue, qui accentue la sélection, a pour rançon, dans une société démocratique et apaisée, la nécessaire organisation d'une forme de solidarité pour favoriser l'accès à l'assurance au profit du plus grand nombre. Une des conséquences pratiques reste la surveillance plus active des risques⁹³.

B) La maîtrise collaborative du risque

L'aggravation du risque en cours de contrat permet habituellement un ajustement des obligations de chacun, comme un genre de sélection-adaptation du contrat⁹⁴. On retrouve les sanctions transposées de la déclaration initiale du risque. Le principe de la déclaration de l'aggravation connaît des exceptions, spécialement pour les assurances de personnes. L'article L. 113-4, alinéa 6, du code des assurances énonce que « Les dispositions du présent article ne sont applicables ni aux assurances sur la vie, ni à l'assurance maladie lorsque l'état de santé de l'assuré se trouve modifié ». La règle se comprend parfaitement car l'objet même de la garantie tient compte d'une dégradation de cet état par l'altération de la santé jusqu'à la mort. L'état de santé peut évoluer. Ce n'est pas imprévisible en raison de la fragilité de la condition humaine. Se devine alors l'importance de la qualité de la sélection initiale du risque.

La loi Évin de 1989 traite également de l'aggravation du risque (art. 6)⁹⁵ au travers de la garantie dite viagère. Même si l'état de santé de l'adhérent évolue défavorablement, il a droit au maintien de la garantie. Pour les assurances collectives facultatives ou celles individuelles, sauf à pratiquer une hausse uniforme pour tous, l'assureur « ne peut ultérieurement augmenter le tarif d'un assuré ou d'un adhérent en se fondant sur l'évolution de l'état de santé de celui-ci ». Dans la même perspective de dérogation⁹⁶, dans l'assurance emprunteur pour un bien immobilier d'habitation, pour laquelle a été ouvert en 2022 le droit de résiliation à tout moment de l'assuré, une telle prérogative n'est pas offerte à l'assureur⁹⁷. Celui-ci ne peut résilier un tel contrat « pour cause d'aggravation du risque, sauf dans certaines conditions définies par décret en Conseil d'État, résultant d'un changement de comportement volontaire de l'assuré »⁹⁸. Il s'agit alors d'une « nouvelle activité sportive présentant un risque particulier pour sa santé ou sa sécurité, et figurant sur une liste »⁹⁹ ; elle rend inexacts ou caduques les précédentes réponses faites. On perçoit le lien avec le comportement de l'assuré.

L'étape de la sélection du risque peut s'accompagner d'un suivi du risque. La gestion du risque est une bonne méthode pour son contrôle plus ou moins actif. Pour l'heure, en France,

⁹³ Technologiquement, une telle vigilance exercée sur l'évolution du risque est susceptible de s'opérer en temps réel.

⁹⁴ C. assur., art. L. 113-4.

⁹⁵ Sa rédaction a connu plusieurs versions faisant évoluer les prérogatives de l'assureur.

⁹⁶ Aussi, faculté de résiliation à l'échéance annuelle, C. assur., art. L. 113-12, al. 7. Hors assurances sur la vie.

⁹⁷ C. assur., art. L. 113-12-2. C. mut., art. L. 221-10.

⁹⁸ C. assur., art. L. 113-12-2, al. 3. C. mut., art. L. 221-10, al. 5.

⁹⁹ C. assur., art. R. 113-13. Créé par Décr. n° 2016-1559 du 18 nov. 2016 (art. 1).

l'accompagnement est principalement incitatif sur le mode de la récompense sans contrainte. L'assuré est invité à prendre soin de sa santé et peut en être récompensé. Il est encouragé à l'auto-régulation de son risque. Peut se mettre en place une collaboration avec les distributeurs de produits d'assurance. Dans le champ de la santé, l'accent est mis et est à mettre sur la prévention¹⁰⁰. La vie du risque est accompagnée, encadrée. Dans le discours, tout du moins, on peut aller jusqu'à l'éthique du « *care* » qui consiste à se soucier d'autrui, à prêter attention aux besoins d'autrui. Dans les actes, il faut tenir compte des besoins à financer donc, si possible, des économies à réaliser. Des services sont accessibles qui vont au-delà d'une simple indemnité compensatrice et d'une fonction de répartition au sein d'une mutualité¹⁰¹.

On rencontre le phénomène de l'assurance comportementale¹⁰². Contre un traitement plus favorable, les habitudes de vie de l'assuré sont orientées, positivement et négativement, par exemple en matière de régime alimentaire ou de pratique d'une activité sportive, ou de prohibitions comme la consommation d'alcool ou de stupéfiants. Est promu le programme de bien-être¹⁰³, voulu profitable pour tous. On retrouve le *Big Data* et les objets connectés¹⁰⁴. L'engagement volontaire ou l'obligation à respecter doivent être contrôlés. Le comportement vertueux espéré est à vérifier pour dicter la suite.

Chaque pays peut réagir avec sa culture pour rendre plus ou moins coercitif tant dans l'action à mener que dans la dissuasion de se prêter à certaines pratiques. Ici, l'acceptabilité sociale n'est pas à négliger, qui peut accueillir avec bienveillance ou dresser l'obstacle de la méfiance voire la défiance. Afin de se familiariser avec de nouvelles exigences de la vie en société, le pouvoir étatique ou économique peut s'intéresser à la théorie du *nudge*¹⁰⁵. L'incitation douce, parfois subliminale, vise clairement à transformer les comportements. L'avenir nous dira si la loi du contrat ou/et celle de l'État vont jusqu'à imposer des comportements aux assurés. On

¹⁰⁰ Not. R. Marié, Les organismes complémentaires : nouveaux acteurs de la prévention de la santé des salariés ? *JCP S* 2017, Étude 1387.

¹⁰¹ Lors du colloque, Joël Monnet a bien mis en avant différentes périodes montrant le renforcement du lien entre assurance et prévention pour conclure à la qualification de « transfert du risque » de Pothier. Au-delà de la prévention classique contre les risques d'un dommage, une intervention se manifeste sur le risque lui-même afin qu'il ne se réalise pas ou, tout du moins, que ses effets soient minimisés. La collaboration se renforce jusqu'à la cartographie des risques. La couverture du risque s'accompagne de sa gestion, ce qui pourrait redéfinir les contours de l'opération d'assurance (au regard du principe de spécialité des entreprises, si l'assureur devient « préventeur ») outre les questions de responsabilité de l'organisme assureur.

¹⁰² M. Deguerge, L'obligation de mener une vie saine ? *RGDM* 2003, n° 11, p. 13 ; 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, n°4, p. 674. V. encore : 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.

¹⁰³ M. Redon, Les enjeux juridiques des programmes de bien-être en assurance santé collective aux Etats-Unis, in Dossier *Négociation collective, pratiques et innovations en matière de risque santé*, *Dr. social* nov. 2019, p. 928.

¹⁰⁴ C. Coulon, Assurances de personnes : le « *quantified self* » en question, *Resp. civ. et assur.* 2019, Veille, 9 ; C. Béguin-Faynel, Objets connectés et appréciation du risque, *Resp. civ. et assur.* mars 2023, dossier 10 ; M. Redon, *L'assurance santé privée à l'épreuve des objets connectés*, thèse Rennes 1, 2021. Comp. X. Labbé, La médecine prédictive et le contrat d'entretien du corps humain, *D.* 2018, Point de vue, p. 2371.

¹⁰⁵ Adde J. Bonnet, L'utilisation de la théorie du *nudge* dans la mise en œuvre des politiques publiques, *Rev. dr. public* 2023, n°2, p. 333.

pourrait être confronté à un bonus-malus d'une grille de comportements, véritable discipline de la prévention.

Pour le futur, la spécificité française conduit aussi à s'interroger, s'agissant de la couverture santé et de son coût dans une population vieillissante, sur le rôle et la place respectifs du régime de base qu'est la sécurité sociale et de la complémentaire santé¹⁰⁶. À la supposer maintenue, la première pourrait peut-être tendre à se diriger vers la prise en charge des postes lourds des maladies chroniques. La seconde pourrait devenir davantage principale qu'additionnelle. L'articulation pourrait se trouver bouleverser encore d'une autre manière.

L'Arlésienne du cinquième risque de la protection sociale pour le financement de la dépendance - le risque de perte d'autonomie -, et la place des assureurs¹⁰⁷, permet de se rappeler des bornes que dresse la nature humaine.

Conclusion

Les produits d'assurance doivent tenir compte de la finitude humaine et de l'imperfection de l'homme. La quête de l'éternité est un vœu pieux. L'épopée de *Gilgamesh* connaît la limite qui sauve l'assurance-vie. La concrétisation de l'aspiration scientifique débridée à des êtres parfaits pourrait rendre sans objet l'assurance elle-même. Heureusement, nous n'en sommes pas, pour un assuré indemne de tout sinistre, au tri sélectif dès la naissance avec notamment l'appoint de neurosciences pour le parcours. La croyance résultant du transhumanisme - pour l'augmentation des capacités mentales et physiques de l'être et la suppression du vieillissement voire de la mort - ne saurait faire disparaître le sort de très nombreux êtres humains qui peuvent, au moins certains (dans les sociétés dites développées), bénéficier d'une couverture assurantielle de leur personne afin d'adoucir les épreuves. Que l'assurance du XXIème siècle ne contribue pas à supprimer tous les défauts ou défaillances de l'homme qui font le sel de la vie et l'intérêt d'assurance !

¹⁰⁶ F. Lustman, Quel rôle demain pour les complémentaires santé ?, *Revue Risques. Les cahiers de l'assurance*, déc. 2021, n° 128 ; F. Ecalle, L'intérêt d'un bouclier sanitaire, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques, Les cahiers de l'assurance*, mars 2022, n° 129 ; P. François, Complémentaires santé : être vraiment assureur et complémentaire ?, in *Quel avenir pour les complémentaires santé ?*, *Risques, Les cahiers de l'assurance*, mars 2022, n° 129.

¹⁰⁷ S. Pénet, Généraliser l'assurance dépendance pour la rendre plus accessible, *Revue Risques, Les cahiers de l'assurance*, mars 2023, n° 133. Littérature fort abondante.