

4.1.5. *Capita selecta d'un point de vue matériel : le droit d'accès à l'assurance*

C. const., arrêt n° 166/2011 du 10 novembre 2011

Droit des assurances – Assurance du solde restant dû – Accès des personnes présentant un risque de santé accru – Droit au respect de la vie privée – Liberté de commerce et d'industrie – Justification objective et raisonnable d'un point de vue médical et au regard de la technique de l'assurance

Extraits

B.1. La partie requérante demande l'annulation des articles 3, 4, 5, 6, 8, 10, 11, 14, 15 et 16 de la loi du 21 janvier 2010 modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru.

[...]

B.12.3. Il ressort encore des travaux préparatoires que l'objectif recherché n'était pas de rendre les dispositions applicables « dès que le candidat preneur d'assurance présente le moindre problème de santé » (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, DOC 52-1977/008, p. 18). Il a été souligné à plusieurs reprises que la loi vise à répondre aux problèmes des personnes qui sont des malades chroniques, des victimes du cancer ou d'anciennes victimes du cancer ou qui souffrent de maladies rares (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1977/001, p. 1 ; *Ann.*, Chambre, 3 décembre 2009, pp. 57, 61, 63 et 65).

B.12.4. Le législateur a donc visé la situation de personnes présentant un risque de santé accru dû à une maladie présentant un certain degré de gravité. Il a voulu élaborer une réglementation qui accroît et rend davantage transparent l'accès de ces personnes aux assurances, sans vouloir créer toutefois un droit à l'assurance :

« On ne peut espérer qu'en matière d'assurances de solde restant dû, tout le monde dispose d'un droit absolu à l'assurance comme c'est le cas pour l'assurance contre les catastrophes naturelles. Ainsi par exemple, une personne sachant qu'elle n'en a plus que pour un an ou deux à vivre pourrait recourir au bureau pour encore vite acquérir à crédit une maison ou une voiture destinée à ses héritiers après son décès. [...] Ainsi faut-il, par exemple, tenir compte des fortes variations dans les taux de survie en cas de diagnostic du cancer, ce que ne font de toute évidence pas tous les assureurs. Il est évident qu'aucune assurance ne sera accordée, même par le bureau de tarification, en cas de maladie grave incurable et mortelle à court terme » (*Doc. parl.*, Chambre, 2008-2009, DOC 52-1977/001, p. 9).

[...]

B.16.7. L'utilisation de questionnaires médicaux lors de la détermination du risque d'assurance et de la prime d'assurance constitue une ingérence dans le droit au respect de la vie privée des candidats à l'assurance.

Le législateur a pu estimer que l'utilisation de ces questionnaires devait être réglementée afin d'éviter que, dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance, des questions soient posées qui ne sont pas pertinentes ou qui sont excessives et qu'il soit ainsi porté atteinte de manière disproportionnée au droit au respect de la vie privée des intéressés. Il a également pu estimer que le fait que les assureurs exigent un examen médical complémentaire et demandent les résultats de celui-ci, en plus de l'utilisation d'un questionnaire médical, pouvait constituer une restriction disproportionnée du droit au respect de la vie privée de l'intéressé dans les cas où le montant assuré demeure limité. Il a enfin pu estimer également, sur la base de l'obligation positive découlant du droit au respect de la vie privée, que des sanctions devaient être liées au non-respect des règles en cause.

B.16.8. Il ressort des travaux préparatoires cités en B.16.3 que le législateur n'a pas seulement reconnu l'importance du droit au respect de la vie privée du candidat à l'assurance mais également « la nécessité pour l'assureur de [pouvoir] déterminer le risque sanitaire ».

L'article 138^{ter}-1, de la loi du 25 juin 1992 ne saurait donc être interprété en ce sens que le Roi est habilité à prendre des mesures empêchant les assureurs d'évaluer le risque de santé du candidat à l'assurance et de déterminer le montant de la surprime en fonction de cette estimation. Il appartient au juge compétent de vérifier, le cas échéant, si le Roi a exercé l'habilitation que Lui confère la loi du 21 janvier 2010 en conformité avec les dispositions de cette loi.

B.16.9. L'article 138^{ter}-1 de la loi du 25 juin 1992 ne porte pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie et à la liberté contractuelle des assureurs.

[...]

B.17.4. Bien que les dispositions attaquées impliquent que l'assureur doive adapter la surprime initialement proposée lorsque le réassureur ou le Bureau du suivi de la tarification décide d'une surprime qui est inférieure à la surprime initialement proposée par l'assureur, ces dispositions n'entraînent pas pour l'assureur l'obligation de contracter. En effet, comme il a déjà été constaté en B.12.4, le législateur n'a pas voulu créer un droit à l'assurance de solde restant dû. Si un assureur estime qu'il n'est pas souhaitable de conclure une assurance de solde restant dû aux conditions proposées par le réassureur ou par le Bureau du suivi de la tarification, il conserve donc le droit de refuser le candidat preneur d'assurance. Conformément à l'article 138^{ter}-8, § 2, de la loi du 25 juin 1992 un assureur doit, lorsqu'il refuse un candidat preneur d'assurance, communiquer à ce dernier les conditions d'accès et les tarifs proposés par le Bureau du suivi de la tarification et l'informer qu'il peut éventuellement s'adresser à un autre assureur.

B.17.5. Au demeurant, le réassureur et le Bureau du suivi de la tarification peuvent seulement décider d'une surprime inférieure lorsque la surprime initialement proposée par l'assureur ne peut être considérée comme justifiée « objectivement et

raisonnablement d'un point de vue médical et au regard de la technique de l'assurance », d'où il ressort que le législateur a voulu mettre l'accent sur le droit à un traitement non discriminatoire du candidat preneur d'assurance. À cet égard, il n'y a pas de raison d'admettre que les membres du Bureau du suivi de la tarification, qui peuvent s'adjoindre des experts, ne seraient pas aptes à juger en connaissance de cause de la surprime proposée.

B.17.6. La circonstance que l'assureur ne dispose pas du droit d'être entendu par le réassureur ou le Bureau du suivi de la tarification n'est pas sans justification raisonnable, puisque les procédures de révision visent à obtenir « une seconde opinion objective », sur la base des données du dossier. Le réassureur ne peut, par ailleurs, prendre contact avec le preneur d'assurance, l'assuré ou le médecin traitant. Compte tenu du fait que les procédures de révision n'impliquent pas, pour l'assureur, l'obligation de contracter, il n'est pas davantage sans justification que la surprime proposée par le réassureur ou le Bureau du suivi de la tarification ne puisse être attaquée par l'assureur.

B.17.7. Les articles 138ter-3, 138ter-4 et 138ter-6 de la loi du 25 juin 1992 ne portent donc pas atteinte de manière disproportionnée à la liberté de commerce et d'industrie ou à la liberté contractuelle des assureurs.

[...]

**Tribunal de commerce francophone de Bruxelles (cess.),
décision du 8 juin 2017, R.G. n° A/161005917¹**

Droit des assurances – Assurance du solde restant dû – Action en cessation
– Discrimination fondée sur l'état de santé

Extraits

[...]

La défenderesse a refusé la police d'assurance solde restant dû en invoquant l'état de santé de Mme B.[...]. Elle a précisé en effet que son refus était motivé par le risque lié à l'évolution de l'infection par le VIH.

Il s'agit ainsi d'une distinction directe visée par l'article 4.6° de la loi du [10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination]. Mme B.[...] est donc traitée de manière moins favorable qu'une autre personne sur la base d'un des critères protégés.

Une distinction directe fondée sur un des critères protégés constitue une discrimination directe, à moins que cette distinction directe ne soit objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but soient appropriés et nécessaires (article 7 de la loi [du 10 mai 2007]). Il appartient dès lors à la défenderesse de rapporter la preuve de la réunion des conditions rappelées ci-avant.

¹ Inédit, mais disponible sur www.unia.be/files/Documenten/Rechtspraak/Tribunal_de_Commerce_Francophone_de_Bruxelles__23_juni_2017.pdf (consulté le 4 septembre 2019).

° La condition du but légitime

[...] Le fait de poursuivre une certaine rentabilité constitue un objectif parfaitement légitime pour un opérateur économique. Cette condition est dès lors remplie.

° Le moyen doit être apte, adéquat pour parvenir à l'objectif poursuivi

[...] Il demeure que la défenderesse avait décidé de refuser toute possibilité de souscrire une assurance solde restant dû, et ce quelles que soient les modalités, quel que soit le montant, quelle que soit la durée.

La défenderesse a ainsi refusé toute nouvelle demande de couverture et toute possibilité de nouvelle négociation sur base du seul critère de l'état de santé. Le refus était en effet fondé sur le seul état de santé de Mme B.[...], indépendamment de l'objet et des conditions de l'assurance.

Cette distinction directe fondée sur un critère protégé n'était pas justifiée.

[...] Il y a lieu, par conséquent, de constater une discrimination au préjudice de Mme B.[...]. [...]

PAR CES MOTIFS,

[...]

Constatons une discrimination au préjudice de Mme B.[...] en ce que la défenderesse lui refuse toute possibilité de souscrire une assurance restant dû quelles que soient les modalités ;

Ordonnons la cessation de cette pratique discriminatoire, sous peine d'une astreinte 2.500,00 € par manquement constaté à compter de la signification du présent jugement ;

Condamnons la défenderesse à payer à Mme B.[...] l'indemnité forfaitaire de 1.300,00 € à titre de dédommagement ; [...]

Observations

L'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle le 10 novembre 2011 et l'ordonnance en cessation du tribunal de commerce francophone de Bruxelles du 8 juin 2017 constituent deux des rares décisions jurisprudentielles qui approchent la question de l'assurabilité d'une personne présentant un risque de santé accru, alors qu'une telle problématique reste pourtant profondément débattue aujourd'hui, en ce compris au niveau parlementaire.

La difficulté provient du constat que le problème de santé dont peut être atteint un individu accroît la propension du risque que vise à couvrir la souscription d'un contrat d'assurance. Les processus de sélection et de segmentation des risques qui s'appliquent en matière d'assurance conduisent ainsi à classer une large série de maladies ou de handicaps comme un risque aggravé qu'une entreprise d'assurances peut estimer ne pas pouvoir assurer ou ne pouvoir assurer qu'à des conditions particulières². En droit des assurances, la

2 C. PARIS, *Les dérives de la segmentation en assurance*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 17-29.

situation de handicap n'est donc traitée que dans la mesure où elle constitue un risque aggravé au regard du contrat d'assurance souhaité. Un tel handicap est alors inclus dans la catégorie plus étendue des personnes présentant un « risque de santé accru », renforçant dans ce domaine une conception médicale du handicap et rapprochant celui-ci de la notion de maladie ou du critère de l'état de santé³. Il s'ensuit que certains handicaps n'ont pas d'incidence sur le risque assuré⁴, et ne sont donc pas concernés par le présent commentaire. De même, certaines personnes affectées par un risque de santé accru ne sont pas en situation de handicap⁵, mais sont visées par la question ici traitée du droit d'accès à l'assurance.

En pratique, ce système de segmentation des risques conduit à ce que la personne présentant un risque de santé accru se voit régulièrement confrontée à un refus d'assurance pur et simple ou se voit proposer des conditions exorbitantes qui équivalent peu ou prou à un refus (prime pouvant être 8 à 10 fois supérieures à la normale, franchise prohibitive ou extension substantielle des exclusions de garantie). Pareilles difficultés sont surtout observées dans les assurances de personnes ou, plus précisément, tous les types d'assurances qui tiennent compte de l'état de santé de l'assuré pour évaluer le risque futur qu'il représente, son assurabilité et la prime correspondante, comme le sont l'assurance maladie privée, l'assurance revenus garantis pour les indépendants, les formes d'épargne pension et les assurances vie au sens large, en ce compris l'assurance solde restant dû. La souscription de telles assurances est pourtant souvent indispensable au consommateur, que ce soit pour se ménager une sécurité financière ou accéder à la propriété, à un point tel qu'elle constitue un besoin fondamental que certains souhaiteraient voir figurer au sein des droits fondamentaux.

De par la délicate problématique qu'il aborde, l'arrêt rendu par la Cour constitutionnelle nous offre l'opportunité de revenir plus largement sur la manière dont notre arsenal législatif peut contribuer à offrir une assurance privée⁶ à celui qui présente un risque de santé accru. Cet arrêt met en effet en lumière de façon éloquente la difficulté que constitue la réglementation d'une matière foncièrement contractuelle, au regard de besoins sociaux qui ne rencontrent pas toujours les intérêts commerciaux de toute entreprise d'assurance. La décision rendue le 8 juin 2017 conforte cette complexité, puisqu'elle n'est pas fondée sur la loi qui fait l'objet de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de 2011, mais bien sur la législation antidiscrimination.

3 Voy., tant sur la conception médicale que sur le lien entre maladie et handicap, la contribution de Joseph DAMAMME dans le présent ouvrage [2.].

4 À savoir, en pratique, lorsqu'ils ne justifient ni un refus de contracter ni une surprime.

5 Ainsi par exemple une personne présentant un indice de masse corporelle très faible ou très élevé, sans pour autant pouvoir être considérée comme handicapée par cette caractéristique ; ainsi également une personne présentant un risque génétique accru de développer telle ou telle maladie dans l'avenir.

6 Par opposition aux assurances obligatoires que sont les prestations encadrées par les pouvoirs publics, comme l'assurance maladie obligatoire organisée par la sécurité sociale.

Ceci explique que le traitement différencié du handicap dans le marché de l'assurance n'ait pas (encore) reçu de réponse globale en droit belge, qui n'adresse cette problématique que de manière indirecte et ponctuelle, sans consacrer un droit général à l'assurance. En marge de la législation antidiscrimination qui doit être respectée à sa juste mesure (I), deux types d'assurances, que sont l'assurance soins de santé et l'assurance solde restant dû, ont retenu l'attention du législateur, qui a réservé des règles spécifiques pour certains risques de santé accrus. Ces deux régimes ont été complétés en 2019 par un droit d'accès à certaines assurances de crédit. Toutes ces interventions législatives sont désormais inscrites dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances⁷ (II).

Reste une question ouverte : ces régimes, ou d'autres à venir, gagneraient-ils à recourir à la notion plus spécifique de handicap, au lieu du risque de santé accru, ou en complément de celui-ci ? À notre estime, la réponse est plutôt affirmative, et ce pour deux motifs au moins.

D'une part, l'article 25, e), de la Convention relative aux droits des personnes handicapées de 2006 (ci-après la « CDPH ») a explicitement interdit la discrimination à l'encontre des personnes handicapées dans le secteur des assurances, traçant ainsi les premiers contours d'un droit d'accès à l'assurance pour les personnes en situation de handicap. Selon cette disposition, les États parties à la Convention « interdisent dans le secteur des assurances la discrimination à l'encontre des personnes handicapées, qui doivent pouvoir obtenir à des conditions équitables et raisonnables une assurance maladie et, dans les pays où elle est autorisée par le droit national, une assurance-vie ». Malgré la ratification de la CDPH par la Belgique, aucun des régimes spécifiques ne s'est pourtant jamais appuyé sur cette disposition. Lue à la lettre, elle semble limiter son champ d'application aux seules assurances maladie et vie. Mais certains commentateurs de la Convention recommandent son élargissement à l'ensemble des pratiques assurantielles, publiques comme privées⁸. Toute mise en œuvre de la réglementation nationale ou européenne présentée ci-dessous gagnerait donc à s'adosser à cette disposition internationale.

7 Nous n'analysons ici que les mesures de protection réglementaires dont le consommateur atteint d'un risque de santé accru peut bénéficier, étant entendu que celui-ci peut également tirer profit d'autres systèmes assurantiels lui permettant de contourner, fut-ce partiellement, le risque aggravé qu'il peut représenter et de contrer ainsi la sélection médicale. L'on songe notamment à certains types d'assurance qui ne prennent pas directement en compte l'état de santé de l'assuré en raison de leur dimension collective, comme la pension complémentaire et l'assurance groupe. Voy. la loi du 28 avril 2003 relative aux pensions complémentaires et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale (*M.B.*, 15 mai 2003), qui reste réfractaire aux examens médicaux pour des raisons sociales. B. FOSSEPPEZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », *Ann. Dr. Louvain.*, 2012, pp. 116-117 ; Cl. DEVOET, *Les assurances de personnes*, 2^e éd., Limal, Anthémis, 2001, pp. 247-248 ; G. HAVEN, « De voorafbestaandetoestand in de persoonlijke verzekeringen », *Con. M.*, 1990, liv. 2, pp. 23-26.

8 I. BANTEKAS, M. A. STEIN et D. ANASTASIOU (eds), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2018, p. 732. Selon A. Silvers et L. Francis, le texte de la Convention reste néanmoins insuffisant pour garantir cet accès à l'assurance (« Human Rights, Civil Rights: Prescribing Disability Discrimination Prevention in Packaging Essential Health Benefits », *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 2013, vol. 41, pp. 788 et 798). À noter que l'article 25, e), de la CDPH n'a encore jamais fait l'objet d'une décision du Comité des droits des personnes handicapées.

D'autre part, l'état de santé et le handicap sont des critères qui ne se confondent pas, ou en tout cas pas systématiquement, on l'a dit. Lorsque la surprime ou le refus d'assurance est fondé sur des critères qui mêlent état de santé et handicap, le contrôle des justifications invoquées par les assureurs devrait s'intensifier, la vulnérabilité du candidat à l'assurance étant renforcée, et le risque d'exclusion de celui-ci étant plus important⁹.

I. Protection générale : application de la législation antidiscrimination

Aux termes de son article 5, 1^o, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination s'applique à l'activité d'assurance¹⁰. Cette législation permet à une entreprise d'assurance d'opérer des différences de traitement sur la base des critères protégés que constituent le « handicap » et « l'état de santé actuel ou futur »¹¹ de l'assuré, mais son application interdit que ces différences de traitement soient discriminatoires, c'est-à-dire qu'elles ne soient pas objectivement et raisonnablement justifiées¹².

Un assureur reste donc libre de segmenter son portefeuille d'assurance au regard de l'état de santé ou du handicap, mais l'article 7 de la loi du 10 mai 2007 le contraint à un devoir particulier de motivation et de transparence, dès lors qu'il doit pouvoir démontrer que cette distinction est justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires¹³. Tel est bien l'objet de l'examen mené par le tribunal de commerce dans la décision commentée du 8 juin 2017.

La condition du caractère *approprié* des moyens à utiliser implique plus précisément que le critère de différenciation appliqué soit pertinent, ce qui doit être analysé au cas par cas au regard de statistiques nationales précises

9 On pourrait s'appuyer pour ce faire sur la doctrine de l'intersectionnalité (voy. la contribution de Sophie VINCENT et Jogchum VRIELINK dans le présent ouvrage [4.1.3.]).

10 Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination (M.B., 30 mai 2007), laquelle transpose la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JO, L 303, 2 décembre 2000). Sur l'application de cette réglementation aux personnes en situation de handicap, voy. les autres contributions du point [4.1.] dans le présent ouvrage.

11 Voy. le libellé de l'article 4, 4^e, de la loi du 10 mai 2007. Interprété de manière restrictive, ce critère ne reprend pas l'état de santé antérieur. On peut cependant supposer que les antécédents médicaux font partie de l'état de santé *actuel* du candidat à l'assurance, tel qu'il est évalué par l'assureur pour évaluer le risque *futur*, de sorte qu'ils se trouveraient indirectement protégés.

12 Sur l'application de cette législation en matière d'assurances, voy. not. L. KERZMANN, « Le droit des assurances à l'épreuve de la loi anti-discrimination », in *La loi antidiscrimination et les contrats* (S. STUNS et P. WERY dir.), Bruges, la Chartre, 2006, pp. 69-109 ; Y. THIERY, « Gelijkheid, dienstverlening en verzekering: een herontdekkingstocht », *R.D.C.-T.B.H.*, 2007/8, pp. 747-772 ; B. WEYTS, « Het discriminatieverbod in de zin van de antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en segmentatie in de verzekeringssector : een verstandshuwelijk ? », in *Les nouvelles lois luttant contre la discrimination* (C. BAYART, S. SOTTIAUX et S. VAN DROOGHENBROECK dir.), Bruxelles, la Chartre, 2008, pp. 725-754. À noter que, en matière de différence de traitement fondée sur le sexe, la Cour de justice a rejeté la possibilité de justifier indéfiniment de telles différences de traitement, eu égard à l'objectif de non-discrimination poursuivi par la législation européenne (C.J.U.E., arrêt *Test-Achats et autres*, 1^{er} mars 2011, C-236/09). Un raisonnement analogue pourrait peut-être être soutenu lorsque le critère de distinction est fondé sur le handicap et qu'il prive une personne d'une « pleine et effective participation à la société sur la base de l'égalité avec les autres », au sens de l'article 1^{er} de la CDPH.

13 B. FOSSÉPREZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », *op. cit.*, pp. 112-113. Ces exigences ont d'ailleurs été étendues à la technique de la segmentation propre au secteur des assurances, par l'article 44 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (M.B., 30 avril 2014). Voy. à ce sujet V. CALLEWAERT, « Les nouvelles règles applicables en matière de segmentation et en assurances de dommages », in *La nouvelle loi du 4 avril 2014 relative aux assurances*, (B. DUBUISSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 51-68.

qui tiennent compte des évolutions médicales les plus récentes. De la même manière, l'assureur doit déterminer le risque que représente un candidat à l'assurance sur la base de circonstances concrètes qui exercent un rôle objectif et direct sur la réalisation de ce risque¹⁴. En l'absence de données concrètes sur le risque concerné, et donc notamment en cas d'évolution médicale majeure dans le traitement de la maladie ou du handicap, le candidat assuré ne devrait donc pas pouvoir être traité différemment des autres personnes.

Quant au caractère *nécessaire* de la distinction, elle impose à la décision de l'assureur d'être proportionnée par rapport à l'intensité du risque que représente le candidat à l'assurance¹⁵. L'assureur doit donc démontrer que l'objectif poursuivi ne peut pas être atteint par une mesure moins attentatoire au principe d'égalité, ce qui doit encourager l'inventivité des solutions proposées par l'entreprise d'assurances (surprime au lieu d'un refus, instauration d'un délai de carence, technique de l'échelonnement, clauses d'exclusions spécifiques plutôt que générales...) ¹⁶.

Le contrôle du respect de ces règles appartient au juge, en particulier sur la base de l'action en cessation, voire de l'action pénale, prévues par la loi du 10 mai 2007. En matière d'assurances, l'article 15 de la loi impose notamment au juge de prononcer la nullité de la clause d'un contrat d'assurance qu'il estime discriminatoire. Conformément à l'article 18 de la loi, le juge peut également sanctionner un refus de contracter ou une offre d'assurance qu'il estime discriminatoire en retenant la responsabilité extra-contractuelle de l'assureur et en condamnant celui-ci au versement de dommages et intérêts, sans pouvoir en revanche contraindre l'assuré à contracter en raison du principe de l'autonomie des volontés¹⁷. C'est en ce sens que la décision commentée du tribunal de commerce de Bruxelles du 8 juin 2017 a constaté l'existence d'une discrimination et ordonné sa cessation à l'encontre d'une entreprise d'assurances qui avait décidé d'un refus pur et simple de couverture en assurance solde restant dû pour une candidate atteinte du VIH, et ce quels que soient les modalités, la durée et le montant de la couverture demandée¹⁸.

Enfin, l'on peut d'ores et déjà préciser que l'application de la législation antidiscrimination peut être mobilisée dans le secteur de l'assurance en paral-

14 B. WEYTS, « Verzekeraars en de antidiscriminatiewet », *NjW*, 2004, p. 1090. À défaut de pouvoir justifier médicalement et statistiquement les risques présentés par la situation de handicap concernée sur le contrat d'assurance souhaité, le critère du handicap doit alors être écarté : voy. l'affaire dans laquelle Unia a fait admettre à une entreprise d'assurance que les personnes sourdes ne doivent pas remettre de certificat médical pour obtenir une assurance auto (www.unia.be/fr/jurisprudence-alternatives/solutions-negociees/les-personnes-sourdes-ne-doivent-pas-remettre-de-certificat-medical-pour-ob – consulté le 28 janvier 2020).

15 Cl. DEVOET, *Les assurances de personnes*, op. cit., p. 218.

16 B. FOSSÉPREZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », op. cit., p. 113.

17 C. PARIS, *Les dérivés de la segmentation en assurances*, op. cit., p. 62. Le candidat à l'assurance peut décider d'opter pour une indemnité forfaitaire en réparation du préjudice subi, de manière à ne pas avoir à démontrer l'ampleur de son dommage, et l'assureur peut également être tenu de payer une astreinte.

18 Le critère de discrimination retenu par le tribunal est celui de « l'état de santé actuel et futur » inscrit à l'article 3 de la loi du 10 mai 2007. Dans ce cas d'espèce, le VIH aurait également pu justifier le recours au critère du handicap (voy. en ce sens Cour eur. D.H. [ch.], arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011), et donc aurait pu permettre au juge de s'adosser à la CDPH.

lèle aux protections législatives analysées ci-après en matière d'assurance maladie et d'assurance solde restant dû, qui ont, quant à elles, davantage pour objet de favoriser l'assurabilité plutôt que de sanctionner l'attitude d'un assureur¹⁹.

II. Dispositifs de protection spécifique insérés dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances

Depuis 2007, différents dispositifs de protection spécifique ont été adoptés par le législateur, et sont insérés aujourd'hui dans la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Il s'agit de l'assurance soins de santé (art. 206) (A), de l'assurance solde restant dû (art. 212) (B) et du droit à l'assurance pour certaines assurances couvrant un crédit (art. 61/2 et 61/3) (C).

A. Assurance soins de santé

La loi du 20 juillet 2007, dite loi *Verwilghen* du nom de son principal auteur, a introduit un droit pour le candidat à l'assurance qui souffre d'une maladie chronique ou d'un handicap et qui n'a pas atteint l'âge de 65 ans, de contracter une assurance soins de santé à des conditions tarifaires normales²⁰. L'article 201, paragraphe 1^{er}, 1^o, de la loi du 4 avril 2014 définit l'assurance soins de santé comme l'assurance qui garantit, en cas de maladie ou en cas de maladie et d'accident, des prestations relatives à tout traitement médical préventif, curatif ou diagnostique nécessaire à la préservation et/ou au rétablissement de la santé²¹. La loi précise que « la prime doit être celle qui serait réclamée à la même personne si elle n'était pas malade chronique ou handicapée ». Ce dispositif figure désormais aux articles 206 et 207 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

19 On observe que la législation antidiscrimination n'a pas réellement amélioré l'accès à l'assurance dans ce domaine, comme le relève notamment le rapport annuel 2007 de l'ombudsman des assurances, p. 122 (disponible sur www.ombudsman.as – consulté le 2 septembre 2019). L'ombudsman des assurances est un service de médiation institutionnalisé, traitant des litiges entre les consommateurs et les entreprises et intermédiaires d'assurances. Les rapports d'activité que ce service publie annuellement permettent d'avoir un aperçu des demandes introduites durant l'année de référence et contiennent parallèlement des recommandations adressées tant aux acteurs du secteur qu'aux autorités compétentes au regard de l'analyse de l'ensemble des réclamations. En l'occurrence, le rapport annuel 2015 de l'ombudsman démontre également que la législation antidiscrimination reste indispensable pour les situations qui ne sont pas couvertes ou pas suffisamment couvertes par les lois spécifiques (voy. le rapport annuel 2015 de l'ombudsman des assurances, p. 28).

20 Loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 10 août 2007), dont le contenu a été prolongé par la loi du 26 novembre 2011 modifiant l'article 138bis, 6, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 5 décembre 2011), puis entériné par A.R. du 20 juin 2012 portant exécution de l'article 138bis, 6, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (*M.B.*, 27 juin 2012). Il ressort du rapport au Roi précédant la publication de cet arrêté royal que cette prolongation n'allait pas de soi dès lors que le rapport d'évaluation qui devait normalement démontrer une demande continue et importante de conclure une telle assurance soins de santé pour prolonger l'obligation d'offrir cette assurance ne fournissait pas de réponse tranchée (en raison, surtout, du fait que la connaissance de la loi était encore restreinte) et que le Conseil d'État avait donc suggéré de rejeter la prolongation envisagée.

21 Cette assurance est également qualifiée d'« assurance hospitalisation » ou d'« assurance soins ». Voy. N. SCHMITZ, « Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en assurance maladie et en assurance du solde restant dû : trois pas en avant », in *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application* (B. DUBUSSON et V. CALLEWAERT dir.), Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 275-341.

Il s'agit du seul dispositif de protection qui recourt expressément à la notion de handicap. Le régime dérogatoire présenté ci-avant est plus précisément applicable au « candidat assuré principal qui souffre d'une maladie chronique ou d'un handicap et qui n'a pas atteint l'âge de soixante-cinq ans » (loi du 4 avril 2014, art. 206). Aucune indication sur la situation plus précise des personnes qui peuvent se définir comme malade chronique ou handicapée n'est fournie, ni par le texte de la loi, ni par les travaux préparatoires, ni par les informations publiées relatives à la pratique des assureurs. Il faut donc s'en remettre aux travaux d'autres institutions, tel que par exemple l'Observatoire des maladies chroniques, qui définit une maladie chronique comme une « affection nécessitant des soins de santé prolongés (plus de six mois) »²². Pour la notion de handicap, à défaut d'autres indications, il faut plaider pour une interprétation conforme au droit des droits fondamentaux, et en particulier à la CDPH²³ (d'autant que le droit à l'assurance est expressément visé par celle-ci) – le droit européen et belge de la non-discrimination a du reste lui-même repris la définition onusienne à son compte par la voie jurisprudentielle. En pratique, cependant, l'étendue de la notion n'a d'intérêt que dans la mesure où un assureur entendrait exclure une personne de la couverture d'assurance (ou imposer une surprime ou des modalités particulières) au motif du handicap. Ce à quoi le candidat assuré pourrait alors s'opposer, sur la base de l'article 206 de la loi de 2014.

Certains auteurs ont vu dans ce dispositif une « véritable révolution », dès lors qu'il aurait consacré un droit inédit à l'assurance et qu'il créait de manière corrélative une obligation de contracter dans le chef de l'assureur, en dérogeant au principe de l'autonomie de la volonté²⁴. Ce système a cependant été assorti d'une limitation telle qu'elle empêche de conclure à la consécration d'un véritable droit à l'assurance dans le chef du candidat qui souffre d'une maladie chronique ou d'un handicap. La loi précise en effet que l'assureur peut exclure de la couverture « les coûts liés à la maladie ou au handicap qui existe au moment de la conclusion du contrat d'assurance »²⁵. Si cette exclusion ne constitue qu'une faculté pour l'assureur, l'on peine à apercevoir quel assureur s'interdirait d'en faire usage²⁶.

Le mérite du dispositif réside tout de même dans le fait que l'assuré qui souffre d'une maladie chronique ou présente un handicap ne peut plus être

22 Rapport d'activité 2012-2014 de l'Observatoire, p. 8 (disponible sur le site www.inami.fgov.be – consulté le 25 janvier 2020).

23 Cf. CDPH, art. 1, al. 2.

24 B. FOSSÉPREZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », *op. cit.*, p. 90.

25 Cette restriction aurait été permise en raison du fait que les frais médicaux générés par la maladie ou le handicap seraient déjà pris en charge par la sécurité sociale grâce à une extension du système du maximum à facturer décidée par le Conseil des ministres le 2 juin 2006 (voy. D. DE LAMINNE DE BEX, « Assurance maladie », in *Traité pratique de l'assurance*, Kluwer, Waterloo, 2009, II.8.4., p. 49). En pratique, l'ombudsman a tout de même reçu des plaintes relatives aux clauses d'exclusion formulées par les assureurs en application de cette disposition légale, ce qui démontre que l'exclusion précitée n'est pas sans incidence sur la couverture des soins liés à la maladie et au handicap. Voy. le rapport annuel 2008 de l'ombudsman des assurances, p. 82 (disponible sur www.ombudsman.as – consulté le 2 septembre 2019).

26 Dans le même sens, N. SCHMITZ, « Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en assurance maladie et en assurance du solde dû : trois pas en avant », *op. cit.*, p. 329.

exclu purement et simplement de toute couverture d'assurance pour ses soins de santé, en ce compris pour des coûts qui ne seraient pas liés à cette condition, comme on l'observait par le passé. La protection qui est octroyée dépend cependant de l'interprétation que l'assureur confère aux « coûts liés à la maladie ou au handicap »²⁷ qui, en pratique, s'avère souvent extensive et défavorable à l'assuré²⁸.

B. Assurance solde restant dû

Pour répondre au souhait, maintes fois exprimé, des personnes présentant un risque de santé accru de pouvoir contracter une assurance solde restant dû, le législateur s'est finalement décidé en 2010 à adopter une loi dite *Partyka*, toujours du nom de son principal auteur, pour leur octroyer une protection particulière à l'égard des assureurs²⁹. Dans sa mouture initiale, la réglementation consistait surtout en une loi-cadre, habilitant divers organes à lui donner substance. À défaut d'avoir pu bénéficier des mesures d'exécution nécessaires à son fonctionnement, la loi du 21 janvier 2010 n'est cependant jamais entrée en vigueur³⁰ et le contenu de ses dispositions a finalement été intégré au sein de la loi du 4 avril 2014, pour aboutir à une entrée en vigueur de ce système le 30 décembre 2014³¹.

L'enjeu de cette loi est éminemment social, dès lors que même si le livre VII du Code de droit économique ne subordonne pas l'octroi d'un crédit hypothécaire à la souscription d'une assurance solde restant dû, la pratique démontre que cette garantie est presque systématiquement exigée par les prêteurs à la conclusion d'un tel crédit, de sorte que celui qui s'en voit privé rencontre un frein souvent insurmontable à l'accès à la propriété. L'enjeu n'en était pas moins juridique, dès lors que la protection bénéfique reconnue par la loi restreignait inmanquablement la liberté contractuelle des assureurs.

Cette restriction explique qu'un recours a rapidement été introduit à son encontre par l'association belge des assureurs Assuralia devant la Cour consti-

27 Les travaux préparatoires de la loi *Verwilghen* précisent que « si l'assureur choisit de soumettre ces coûts à une couverture limitée ou de les exclure de la couverture, il doit alors déterminer ces coûts avec précision dans un document joint au contrat d'assurance » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2005-2006, n° 51-2689/001, p. 15).

28 B. FOSSÉPREZ, « L'assurabilité des personnes présentant un risque aggravé du fait de leur état de santé », *op. cit.*, p. 90.

29 Loi du 21 janvier 2010, modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les assurances du solde restant dû pour les personnes présentant un risque de santé accru, *M.B.*, 3 février 2010.

30 À l'exception de son article 3 qui confiait la rédaction d'un code de bonne conduite et la détermination d'un questionnaire médical standardisé à la Commission des assurances ou au Roi, si la première n'y parvenait pas dans un délai de six mois.

31 Loi du 4 avril 2014, art. 212 à 224. Voy. égal. : A.R., 10 avril 2014, réglementant certains contrats d'assurance visant à garantir le remboursement du capital d'un crédit hypothécaire, *M.B.*, 10 juin 2014 ; A.R., 24 avril 2014, portant nomination des représentants auprès du Bureau du suivi de la tarification visé à l'article 217 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 10 juin 2014 ; A.R., 4 mars 2015, portant l'agrément de la Caisse de compensation visée à l'article 220 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 12 mars 2015 ; A.M., 4 avril 2019, portant approbation du règlement d'ordre intérieur du Bureau du suivi de la tarification, *M.B.*, 11 avril 2019. Par la loi du 2 mai 2019 portant dispositions diverses en matière d'économie (*M.B.*, 22 mai 2019), des modifications de fond ont par ailleurs été récemment apportées pour clarifier les interrogations que ses premières années d'application avaient vu naître et répondre aux observations faites par la Commission des assurances (Rapport d'évaluation sur la réglementation concernant les assurances solde restant dû I, 29 mai 2018, DOC/C2018/1, disponible sur www.fsma.be/fr/avis-de-la-commission-des-assurances).

tutionnelle, au motif principal que cette législation constituait une ingérence injustifiée à leur liberté de commerce et d'industrie, ainsi qu'à leur liberté tarifaire, tout en violant de la sorte le principe général de la liberté contractuelle. Par son arrêt ici commenté du 10 novembre 2011³², la Cour constitutionnelle a rejeté les sept moyens développés à l'appui de ce recours en annulation. À trois reprises, la Cour a très explicitement souligné que la loi du 21 janvier 2010 n'avait pas pour objectif d'octroyer un droit à l'assurance solde restant dû, mais seulement d'en faciliter l'accès, en le rendant davantage transparent. Les dispositions attaquées n'entraînent donc pas pour l'assureur une quelconque obligation de contracter qui entraverait ses libertés, celui-ci demeurant constamment libre de refuser d'assurer le candidat à l'assurance³³, moyennant le respect de la procédure et des obligations de motivation et de transparence imposées par la loi.

Le champ d'application *ratione personae* de la loi *Partyka* était au départ fort équivoque. La loi de 2010 ne visait en effet que les personnes présentant un « risque de santé accru ». Il n'était pas certain que cette notion puisse englober le handicap en tant que tel. La loi n'en définissait en effet pas les termes, alors qu'ils conditionnaient pourtant son application. Quant aux travaux préparatoires, ils ne faisaient à aucune reprise mention du terme « handicap » et les cas qu'ils visaient n'étaient que les maladies chroniques, les victimes du cancer ou ayant souffert de cette maladie et les personnes souffrant de maladies rares³⁴. L'incertitude était d'autant plus flagrante qu'une proposition de loi distincte visant le même objectif de protection avait été déposée pour viser spécifiquement les « personnes en situation de handicap »³⁵. Le doute n'est heureusement plus permis aujourd'hui. Si l'expression utilisée reste identique, notamment à l'article 212, paragraphe 1^{er}, 8^o, de la loi du 4 avril 2014, l'arrêt royal d'exécution du 10 avril 2014 indique désormais en son article 2, 8^o, que la personne présentant un risque de santé accru s'entend comme la « personne à l'égard de laquelle l'entreprise d'assurances refuse une assurance du solde restant dû en raison de son état de santé, ou accepte en imputant une certaine surprime ou moyennant une ou plusieurs exclusions ». Cette définition situationnelle, fondée exclusivement sur une approche médicale, peut notamment

32 Pour un commentaire plus détaillé de cet arrêt, voy. J.-M. BINON, *R.D.C./T.B.H.*, 2012, pp. 104-106 ; Cl. DEVOET, « Le point sur la réglementation de l'accès à l'assurance solde restant dû », *Assur. présent*, 2012, n° 19, pp. 1-4 et n° 20, pp. 1-3.

33 De manière éloquent, l'exposé des motifs de la loi précise notamment qu'« on ne peut espérer qu'en matière d'assurances de solde restant dû, tout le monde dispose d'un droit absolu à l'assurance [...] Ainsi, faut-il, par exemple, tenir compte des fortes variations dans les taux de survie en cas de diagnostic du cancer, ce que ne font de toute évidence pas tous les assureurs. Il est évident qu'aucune assurance ne sera accordée, même par le bureau de tarification, en cas de maladie grave incurable et mortelle à court terme » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2009-2010, n° 52-1977/001, p. 9).

34 *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2009-2010, n° 52-1977/001, pp. 1 et 3. À noter, toutefois, que, à l'instar du VIH et de certaines autres maladies, les conséquences durables d'un cancer peuvent être assimilées à un handicap (C. trav. Bruxelles, 20 février 2018, commenté dans le présent ouvrage par Joseph DAMAMME, de même que la jurisprudence de la Cour de justice [2.]).

35 Proposition de loi visant à lutter contre les discriminations dans la branche des assurances de solde restant dû dont sont victimes certaines personnes en situation de handicap, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2009-2010, n° 1452/1. Cette proposition de loi est finalement devenue caduque.

englober le handicap lorsque celui-ci présente une gravité telle qu'un refus d'assurance, une surprime ou une extension d'exclusions s'en verraient décidés par l'assureur³⁶. Elle vise aussi, potentiellement, une série de situations qui ne relèvent pas nécessairement du handicap ou de la maladie³⁷, comme le calcul de l'indice de masse corporelle³⁸. Dès lors que le risque couvert par une assurance solde restant dû réside, principalement, voire exclusivement, dans le décès de la tête assurée³⁹, c'est plus précisément le risque de mortalité que comporte l'état de santé présenté par le candidat à l'assurance qui conditionnera l'application de la loi et non son état de santé général⁴⁰.

Quant au champ d'application *ratione materiae* des dispositions applicables aux personnes présentant un risque de santé accru, il s'étend à l'assurance du solde restant dû⁴¹, s'entendant conformément à l'article 224 de la loi du 4 avril 2014, comme le contrat d'assurance qui garantit le remboursement du capital d'un crédit hypothécaire contracté en vue de la construction, de la transformation ou de l'acquisition de l'habitation⁴² propre et unique⁴³ du preneur d'assurance.

Lorsqu'elle s'applique, la loi *Partyka* n'empêche pas l'assureur de prendre des mesures de sélection médicale. Celui-ci reste ainsi libre d'appliquer des surprimes, d'exclure certaines affections de la couverture d'assurance et même de différer ou de refuser purement et simplement d'assurer le risque⁴⁴. La protection reconnue par le législateur le contraint cependant à motiver ses décisions par écrit, de manière claire et explicite, et à informer le candidat à l'assurance des raisons exactes de sa décision, tout en respectant les délais qui lui sont impartis par la loi⁴⁵. Dans un souci de transparence, l'article 213,

36 Cette interprétation se voit confirmée par le rapport annuel 2017 précité du Bureau du suivi de la tarification, qui précise qu'une demande a été analysée pour deux candidats à l'assurance présentant un handicap.

37 C'est pour ce motif que la compétence du Bureau de tarification est limitée aux surprimes supérieures à 75 % (A.R., 10 avril 2014, art. 13), évitant d'y inclure une série de « petits » risques de santé accrus.

38 On notera cependant que l'obésité peut dans certaines circonstances être constitutive d'un handicap (cf. l'arrêt *Kaltoft* de la C.J.U.E. commenté, dans cet ouvrage, par Joseph DAMAMME [2.]).

39 J.-M. BINON, « Développements nouveaux sur la déclaration du risque dans les assurances de personne », in *Actualités en droit des assurances* (C. PARIS et V. CALLEWAERT dir.), vol. 154, CUP, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 36.

40 Dans certains cas plus marginaux, l'assurance solde restant dû pourra cependant couvrir les risques d'invalidité ou d'incapacité (N. SCHMITZ, « Les modifications apportées en assurance du solde restant dû par la loi du 4 avril 2014 et l'arrêté royal du 10 avril 2014 », *op. cit.*, p. 125).

41 Ce champ d'application ne ressort pas expressément des termes des dispositions figurant dans la loi du 4 avril 2014, mais il est expressément repris dans l'intitulé de leur arrêté d'exécution du 10 avril 2014. Voy. la définition contenue à l'article 1^{er}, 1^o, de cet arrêté royal : « Contrat d'assurance soumis à la partie 4, titre IV, chapitre 5, de la loi relative du 4 avril 2014 aux assurances et qui garantit le remboursement du capital d'un crédit hypothécaire contracté en vue de la transformation ou de l'acquisition de l'habitation propre et unique du candidat preneur d'assurance ». Le quatrième paragraphe de l'article 224 précise par ailleurs que le Roi peut étendre le champ d'application de la loi à d'autres contrats d'assurance qui garantissent le remboursement du capital d'un crédit.

42 Les navires d'habitation sont également visés, aux termes du paragraphe 3 de l'article 224 de la loi du 4 avril 2014.

43 Une règle particulière a été ajoutée par la loi du 2 mai 2019 pour couvrir également l'hypothèse d'un preneur d'assurance qui possède temporairement deux habitations, le temps de vendre l'ancienne et d'acquies celle pour laquelle il souscrit une assurance solde restant dû. Le deuxième paragraphe de l'article 224 de la loi du 4 avril 2014 permet également au preneur de posséder en parallèle une habitation en nue-propriété acquise suite à un héritage ou à une donation par une personne physique.

44 Cl. DEVOET, « Accès à l'assurance solde restant dû : une législation en chantier », *For. Ass.*, 2010, p. 44.

45 Voy. l'article 212, paragraphe 1^{er}, 5^o, de la loi du 4 avril 2014, qui prévoit que la durée totale des procédures ne peut actuellement excéder cinq semaines. Voy. également le double délai de quinze jours imposé par l'article 216 de la loi.

paragraphe 1^{er}, lui impose ainsi de ventiler le montant de la prime de base⁴⁶ et la surprime imputable à l'état de santé du candidat à l'assurance⁴⁷. Cette distinction permet au candidat de s'adresser à plusieurs assureurs et de comparer plus aisément les primes qui lui sont proposées par la concurrence. L'assureur doit par ailleurs aviser le candidat de son droit d'obtenir des informations médicales complémentaires⁴⁸ (qu'il devra recevoir dans un délai de huit jours ouvrables⁴⁹) et de saisir le Bureau du suivi et de la tarification.

Si le candidat à l'assurance refuse la prime⁵⁰ qui lui est communiquée, il en informe l'assureur⁵¹ qui doit transmettre le dossier à son réassureur en lui demandant de le réévaluer, sans qu'aucun contact ne puisse être pris entre le réassureur et le candidat ou son médecin traitant. Si le réassureur décide d'appliquer une surprime inférieure à celle initialement fixée, l'assureur doit modifier son offre en conséquence ou refuser de contracter⁵². Dans le cas contraire, l'assureur confirme au candidat sa position initiale. En cas de refus d'assurance ou s'il se voit appliquer une surprime supérieure à 75 % de la prime de base, le Bureau du suivi de la tarification peut être saisi. Aux termes de l'article 217, paragraphe 3, de la loi du 4 avril 2014, ce Bureau a pour mission d'examiner si la surprime proposée ou le refus d'assurance se justifie objectivement et raisonnablement d'un point de vue médical et au regard de la technique de l'assurance. Cette instance fait ensuite dans les quinze jours une proposition dite « contraignante » à l'assureur, entendue comme s'imposant dans ces conditions à l'assureur dans l'hypothèse où celui-ci décide de contracter⁵³.

La loi *Partyka* comporte également un système de solidarité, qui permet de prendre en charge les surprimes qui seraient imposées aux personnes présentant un risque de santé accru. Lorsque la surprime imposée par l'assureur excède 125 % de la prime de base, celui-ci est tenu de faire intervenir la Caisse de compensation⁵⁴, sans que l'intervention de cette Caisse ne puisse cependant dépasser 800 % de la prime de base.

46 Définie à l'article 1^{er}, 2^e, de l'arrêté royal du 10 avril 2014 comme « la prime la plus basse proposée par l'entreprise d'assurances pour une assurance du solde restant dû à une personne d'un âge déterminé, en tenant compte de la réduction la plus avantageuse octroyée par l'entreprise d'assurances en raison de l'état de santé du candidat assuré ».

47 L'article 222 de la loi du 4 avril 2014 prévoit en outre que l'assureur qui impute une surprime supérieure à 200 % de la prime de base est tenu d'offrir au candidat à l'assurance qui se voit imposer cette surprime une « garantie standardisée », d'un montant maximal de 200 000 euros.

48 Voy. les précisions apportées à ce sujet par A.R., 10 avril 2014, art. 7, al. 2.

49 Voy. A.R., 10 avril 2014, art. 9.

50 À suivre le strict prescrit de la loi, le recours au réassureur serait en revanche exclu dans le cas d'un refus pur et simple d'assurance ou en cas d'exclusion de certains risques. En ce sens, voy. Cl. DEVOET, « Accès à l'assurance solde restant dû : un chantier en voie d'achèvement », *For. Ass.*, 2014, n° 149, p. 233 ; N. SCHMITZ, « Les modifications apportées en assurance du solde restant dû... », *op. cit.*, p. 109.

51 Cette démarche se présente comme une étape facultative, en ce que son accomplissement ne conditionne pas l'accès au Bureau du suivi de la tarification.

52 C. const., 10 novembre 2011, n° 166/2011, pt B.17.4.

53 L'assureur demeure en effet toujours libre de ne pas contracter s'il n'entend pas s'aligner sur les conditions tarifaires et de couverture fixées par le Bureau : C. const., 10 novembre 2011, n° 166/2011, préc., pts B.17.4. et B.24.2.

54 Les interventions de cette Caisse de compensation sont supportées par moitié par les entreprises de crédit hypothécaire et, pour l'autre moitié, par les entreprises d'assurances pratiquant l'assurance vie comme garantie d'un crédit hypothécaire.

Comme nous l'avons déjà souligné, le système de protection créé par la loi *Partyka* permet surtout de favoriser l'accès du consommateur qui aurait des problèmes de santé à l'assurance solde restant dû. En cas de non-respect des dispositions contenues dans cette réglementation, l'article 213, paragraphe 3, de la loi relative aux assurances édicte tout de même un régime particulier de responsabilité extra-contractuelle.

Si l'on a pu penser que l'adoption de ce corps de règles particulières devait permettre de réduire les hypothèses dans lesquelles l'accès à une assurance du solde restant dû se serait trouvé entravé par l'état de santé du candidat à l'assurance⁵⁵, on observe que les retombées pratiques de la loi *Partyka* sont plus nuancées⁵⁶. Le rapport annuel d'activité du Bureau du suivi de la tarification publié pour l'année 2017⁵⁷ montre que cette instance a confirmé la décision de l'entreprise d'assurances dans 81,70 % des cas et que son intervention ne permet en moyenne de réformer la décision de l'assureur que dans 1 cas sur 5, les assureurs n'ayant refusé de suivre la recommandation du Bureau que dans 1,6 % des hypothèses. Le nombre de dossiers introduits devant cette instance est par ailleurs en constante diminution depuis sa création, et ce bien que la demande d'assurance solde restant dû demeure élevée⁵⁸. En dépit des résultats de ces statistiques, on observe tout de même un changement de paradigme en amont dans l'analyse des dossiers par les assureurs⁵⁹. Au final, ce système contribue donc incontestablement à lutter contre l'opacité souvent regrettée du secteur des assurances.

C. Droit d'accès à l'assurance pour certaines assurances couvrant un crédit

En complément à la loi *Partyka*, le législateur a récemment reconnu un « droit à l'oubli » aux candidats à l'assurance déclarés guéris d'une pathologie médicale grave. En vertu de la loi du 4 avril 2019⁶⁰, ce droit figure désormais aux articles 61/1 à 62/4 de la loi relative aux assurances. Si ces dispositions sont inscrites dans le chapitre de la loi renfermant les règles applicables à

La solidarité contenue dans la loi *Partyka* se voit donc subsidiée par les assureurs et les prêteurs (et donc indirectement par les autres assurés et les emprunteurs), et non pas les pouvoirs publics. Voy. égal. sur ce point E. DE KEZEL, « *Schuldsaldoverzekering ook toegankelijk voor chronisch zieken* », *Juristenkrant*, 2012, n° 242, pp. 2-3.

55 N. SCHMITZ, « Les modifications apportées en assurance du solde restant dû par la loi du 4 avril 2014 et l'arrêté royal du 10 avril 2014 », in *La nouvelle loi du 4 avril 2014 relative aux assurances* (B. DUBUISSON dir.), Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 109.

56 Voy. égal. la critique de G. HEIRMAN et N. PORTUGAELS, « *Nieuwe regeling schuldsaldoverzekering : geen echte oplossing* », *Juristenkrant*, 2016, liv. 325, p. 16.

57 Voy. www.bureaudusuiwi.be/images/docs/RapportAnnuel_2017.pdf (consulté le 2 septembre 2019).

58 En trois années d'activité, le Bureau du suivi de la tarification n'a en effet examiné que 1 068 demandes, alors que rien qu'en 2016, pas moins de 3 248 candidats à l'assurance solde restant dû s'étaient vus imposer une surprime médicale supérieure à 75 %. Voy. les chiffres repris dans le rapport annuel 2017 précité. En d'autres termes, le Bureau ne semble examiner qu'à peine 10 à 15 % des contrats soumis à une surprime. Cela témoigne sans doute du découragement des candidats assurés, vu le pourcentage très élevé d'affaires dans lesquelles le Bureau donne raison à l'assureur.

59 Rapport d'évaluation de la Commission des assurances, 29 mai 2018, préc.

60 Loi du 4 avril 2019, modifiant la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances et instaurant un droit à l'oubli pour certaines assurances de personnes, *M.B.*, 18 avril 2019.

tous les contrats d'assurance, l'article 61/1 précise qu'elles ne sont applicables qu'aux contrats d'assurance qui garantissent le remboursement du capital d'un crédit hypothécaire tel que visé à l'article 224 de la même loi⁶¹, et d'un crédit professionnel. Ce droit à l'oubli, qui ne s'applique qu'aux contrats d'assurance conclus à partir du 1^{er} février 2020, ne supprime en réalité pas l'obligation du candidat à l'assurance de communiquer ses antécédents médicaux, mais il interdit à l'assureur de les prendre en compte en tout ou en partie⁶² après un certain délai, fixé par arrêté royal pour les pathologies visées⁶³, pour déterminer l'état de santé du candidat et son assurabilité.

La même loi permet en outre au Roi de déterminer, dans une grille de référence, un certain nombre de maladies chroniques pour lesquelles l'assureur « ne peut imputer aucune surprime, ni prévoir une exclusion ou refuser de conclure le contrat en raison de cette affection », ou au contraire pour lesquelles une surprime maximale est admissible « au regard de la technique médicale et assurantielle ». Sont notamment visées par l'arrêté royal du 26 mai 2019 les situations médicalement stables d'infection au VIH, de mucoviscidose ou d'hépatite chronique. Il ne s'agit ici plus seulement d'un droit à l'oubli, puisque la pathologie concernée est chronique, mais presque d'un *droit à l'assurance*, à tout le moins d'un droit à l'assurance comparable ou proportionné à celui des personnes ne souffrant pas de la pathologie concernée. L'assureur n'est pas tenu de conclure un contrat, mais il ne peut pas refuser de le conclure en raison de la pathologie – ce qui en pratique ne devrait pas être fort différent.

Ce droit d'accès à certaines assurances couvrant un crédit, imaginé en 2019, est celui dont le champ d'application *ratione personae* est le plus restrictif. Selon les nouveaux articles 61/2 et 61/3 de la loi du 4 avril 2014, ce droit ne s'applique qu'aux personnes qui sont ou ont été atteintes d'une pathologie cancéreuse, et peut être en partie étendu à un certain nombre de maladies chroniques à déterminer par le Roi. La liste exhaustive, et donc restrictive, des pathologies visées, et des modalités spécifiques à chacune de ces pathologies, est annexée à l'arrêté royal du 26 mai 2019⁶⁴. Le risque de discrimination entre pathologies, ou entre personnes en situation de handicap, créé par cet arrêté est ici particulièrement élevé. Il nous paraît en effet très difficile de justifier qu'une pathologie dont le risque de mortalité ou le risque de récidive est comparable aux pathologies cancéreuses ou aux maladies chroniques

61 Conformément au libellé de l'article 224 de la loi du 4 avril 2014, la mesure s'applique donc plus précisément aux assurances qui garantissent « le remboursement du capital d'un crédit hypothécaire contracté en vue de la construction, de la transformation ou de l'acquisition de l'habitation propre et unique du preneur d'assurance ».

62 Le Roi peut ainsi décider de la manière exacte dont ces antécédents peuvent ou ne peuvent pas être pris en compte et l'influence qu'ils peuvent avoir sur la conclusion du contrat d'assurance, sur la décision d'une surprime ou de l'ampleur de cette surprime, ou sur l'insertion d'une exclusion particulière.

63 A.R., 26 mai 2019, déterminant une grille de référence relative au droit à l'oubli en certaines assurances de personnes visée à l'article 61/3 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 14 juin 2019.

64 Déjà citée lors des travaux préparatoires de la loi *Partyka* (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. 2009-2010, n° 52-1977/001, p. 8), le champ d'application est ici directement copié sur la Convention AERAS applicable en France (et donc sur les données médicales et classifications françaises). Voy. sur ce régime : www.aeras-info.fr (consulté le 26 janvier 2020).

visées ne puisse bénéficier d'un droit à l'oubli ou de modalités identiques ou, à tout le moins, proportionnés à ceux prévus pour ces cancers et maladies. Dans l'attente d'une réglementation systématique ou harmonisée, les assureurs gagneraient à compléter eux-mêmes la liste fixée par l'arrêté royal au moyen des données statistiques et actuarielles dont ils disposent, et ce pour chaque motif médical qu'ils souhaiteraient pouvoir invoquer afin de modaliser leur contrat d'assurance ou d'imposer une surprime (par exemple les troubles mentaux, les troubles neurologiques comme l'épilepsie, les pathologies cardiaques, le diabète, les malformations congénitales, les situations donnant lieu à une incapacité sensorielle durable, etc.). À défaut, toute modalité particulière ou tout refus, fondé sur un motif de santé dont le risque est comparable à ceux visés par la liste annexée à l'arrêté royal du 26 mai 2019, pourrait à notre estime être considéré comme discriminatoire.

Le champ d'application limité de l'arrêté royal servira en tout état de cause d'indice pour distinguer les pratiques discriminatoires des mesures *équitables* et *raisonnables* (au sens de l'article 25, e), de la CDPH), ou *appropriées* et *nécessaires* (au sens de l'article 7 de la loi du 10 mai 2007) que peuvent prendre les assureurs. Il reste que le caractère démesurément casuistique de la liste annexée à l'arrêté royal⁶⁵ rendra d'autant plus difficile la démonstration de son caractère objectif, voire équitable. Dans ce contexte, il serait préférable que le législateur intervienne pour parfaire ce dispositif et arrête des critères plus généraux de stabilité ou de maîtrise de la situation médicale⁶⁶, en particulier pour les maladies rares ou pour les nouveaux traitements qui, en l'absence de données statistiques ou actuarielles, auront toujours bien du mal à trouver leur place sur des listes aussi spécifiques.

En l'état actuel du droit, et contrairement aux deux législations précédentes, la réforme de 2019 prévoit donc des obligations beaucoup plus contraignantes pour les entreprises d'assurance, mais au bénéfice d'un nombre beaucoup plus limité de personnes présentant un risque de santé accru. Contrairement à la loi de 2010 également, cette réforme ne s'est pas attiré les foudres des entreprises d'assurance, dont aucune n'a contesté la constitutionnalité, malgré les atteintes beaucoup plus nettes à la liberté d'entreprendre et à la liberté contractuelle soulevées dans l'arrêt ici commenté de la Cour constitutionnelle de 2011. Une lecture bienveillante de cette absence de réaction peut laisser croire que la réforme de 2019 s'appuie sur des données médicales et statistiques particulièrement convaincantes et connues des assureurs, justifiant la proportionnalité des balises imposées par l'autorité fédérale.

65 La liste annexée à l'A.R. du 26 mai 2019 prévoit parfois même le cumul de plusieurs pathologies visées entre elles (cumul ayant pour conséquence l'exclusion du bénéfice de la protection prévue par la loi – tel est par exemple le cas de la co-infection par le VIH pour l'hépatite).

66 On peut penser par exemple à l'absence d'hospitalisation ou de traitement d'urgence dû à l'affection concernée durant une période à déterminer et à l'absence d'évolution de l'affection concernée durant la même période.

Tout comme pour la loi *Partyka* de 2010, le traitement différencié des candidats au contrat d'assurance est systématique et apprécié au cas par cas, selon le risque de santé concerné. Les deux dispositifs de 2010 et 2019 révèlent en réalité la tension qui existe entre les deux logiques, assurantielle d'une part, et de protection du handicap ou de l'état de santé d'autre part. Il est frappant de constater que plus la vulnérabilité du candidat à l'assurance est grande, plus l'assureur a tendance à imposer des modalités contraignantes ou des surprimes importantes. *In fine*, les personnes les plus vulnérables seront souvent celles qui se verront opposer un refus de contracter. L'objectif de ces dispositifs n'est en effet pas de donner accès à l'assurance ou au crédit sur la même base que les personnes ne présentant pas de risque de santé, mais au contraire de justifier un régime différent, voire très différent, selon le risque de santé concerné. La liste des maladies chroniques annexée à l'arrêté royal du 26 mai 2019 en constitue le paradigme, lorsqu'elle prévoit par exemple que la surprime autorisée pour la mucoviscidose est plafonnée à 400 % du tarif « normal », alors que le VIH est lui limité à une surprime de 100 %. Ces différences, fondées sur les données médicales et assurantielles, ne posent pas en principe de problème juridique. Mais elles reflètent de manière assez transparente les priorités poursuivies par le législateur : l'équilibre économique des entreprises d'assurance, déduit de la liberté d'entreprendre et de la liberté contractuelle prévaut encore largement sur l'intérêt mal défini à conclure un contrat d'assurance pour les personnes porteuses d'un handicap ou affectées d'une maladie chronique.

III. Conclusion

Dans le domaine des assurances, l'inclusion des personnes en situation de handicap reste largement étrangère aux préoccupations économiques et à la technique de l'assurance, couplée au principe de liberté contractuelle, qui prédomine et dirige les mesures encore très parcellaires prévues par le législateur. Ces mesures reposent encore entièrement sur un modèle médical, dont les progrès thérapeutiques sont seuls susceptibles de modifier le risque de santé accru couru par les assurés, et le cas échéant de modifier les conditions d'assurance dont ceux-ci peuvent bénéficier.

La place du handicap dans le droit des assurances est en réalité nécessairement différente des autres régimes juridiques applicables aux personnes en situation de handicap. Le critère du handicap comme celui de l'état de santé sont en effet utilisés par les assureurs pour exclure ou modaliser défavorablement les contrats d'assurance⁶⁷. Si les données statistiques et actuarielles permettent

67 Il appartient donc bien à l'assureur d'établir le lien entre la situation de handicap qu'il entend invoquer et le risque à assurer. À cet égard, une affection pour laquelle le risque est établi mais qui bénéficie d'un traitement médical substantiellement innovant (on pourrait penser par exemple aux traitements « nouvelle génération » annoncés dans le traitement du diabète par l'université de Genève en octobre 2019, ou au succès de nouvelles thérapies contre les métastases annoncées par l'UCLouvain en janvier 2020) devrait pouvoir réintégrer la catégorie des personnes non affectées par ce risque : à un moment, en effet, tenant compte du succès éventuel du nouveau traitement, le risque de santé accru n'est plus démontré ou plus démontrable.

d'expliquer la différence de traitement, celle-ci sera considérée comme légitime. Le droit n'intervient qu'ensuite pour empêcher ou plus souvent limiter ces modalités défavorables, pour mettre en balance l'intérêt considéré comme légitime des assureurs avec la situation de handicap des assurés. Il n'a dès lors vocation – à ce stade – qu'à encadrer les pratiques des assureurs, et non à accorder de manière plus ou moins large un droit à l'assurance aux personnes présentant un risque de santé accru, notamment celles en situation de handicap.

Les différences de traitement autorisées par les trois dispositifs spécifiques inscrits au sein de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances ne doivent pas moins demeurer justifiées, et rester appropriées et nécessaires par rapport à l'objectif économique poursuivi, comme l'impose la loi du 10 mai 2007, que le praticien gagnerait à combiner avec l'article 25, e), de la CDPH. Or, à cet égard, ces dispositifs spécifiques nous paraissent demeurer en deçà du seuil de justification exigé, lorsqu'ils distinguent les assurances de personnes pour lesquelles la liberté contractuelle des assureurs est limitée, et celles pour lesquelles cette liberté demeure totale. Tel est le cas notamment des contrats d'assurance vie, au sens large (pourtant explicitement visés par l'article 25, e), de la CDPH), et des contrats d'assurance couvrant un crédit autre que professionnel ou hypothécaire. L'absence d'un régime protecteur des situations de risques de santé accrus comparable à ceux qui sont prévus par les dispositifs spécifiques exposés ci-dessus nous paraît par conséquent discriminatoire. Les entreprises d'assurance doivent dès lors agir avec la plus grande prudence, et de la manière la plus conforme ou comparable avec ces dispositifs, si elles entendent invoquer une situation de handicap pour refuser ou pour modaliser un contrat d'assurance vie, par exemple.

Plus encore, ce qui est résolument frappant dans les dispositifs précités est leur très grande diversité, tant entre eux qu'au sein même de chaque dispositif. Seule l'assurance soins de santé est soumise à un régime relativement égalitaire, puisque la règle est d'assurer l'accès des personnes handicapées à cette assurance dans les mêmes conditions que celles des personnes non handicapées. Relativement puisque cette égalité est garantie au prix de l'exclusion des coûts relatifs au handicap ou à la maladie concernée.

Le droit d'accès à l'assurance demeure donc particulièrement étroit, tant dans son champ d'application personnel que matériel. La rédaction de l'article 25, e), de la CDPH en livre d'ailleurs une parfaite illustration, puisqu'elle ne soumet la garantie d'accès à une assurance qu'à des conditions « équitables et raisonnables », laissant une très grande marge d'appréciation aux assureurs et aux institutions qui les contrôlent pour admettre ou non certaines formes de handicap au bénéfice d'une assurance.

Certaines décisions, à l'image de l'arrêt commenté du tribunal de commerce, ou surtout d'une affaire australienne régulièrement citée dans la doctrine

anglophone⁶⁸, ont néanmoins réussi à préciser les balises de ce droit d'accès à l'assurance, qui doit être apprécié au cas par cas. Elles exigent d'une part que des conditions adaptées (d'étendue et de durée du risque assuré, de montant de la prime, etc.) soient toujours examinées avant d'envisager un refus d'assurance. Elles imposent, d'autre part, que l'éventuelle différence de traitement soit suffisamment fondée sur des données actuarielles et statistiques crédibles et actualisées, tant en ce qui concerne le risque encouru par chaque catégorie de handicap, qu'en ce qui concerne l'impact sur le coût et sur les primes d'assurance.

À défaut de pouvoir consacrer un véritable droit à l'assurance, on peut donc néanmoins se réjouir des limites que la législation et la jurisprudence ont déjà été en mesure de déduire du droit à l'égalité de traitement, pour permettre aux personnes en situation de handicap de conclure des contrats d'assurance. Il ne reste qu'à inviter le législateur à poursuivre son effort pour harmoniser et consolider le régime spécifique dont doivent bénéficier les personnes présentant un risque de santé accru, en ce compris lorsqu'elles font face à certaines situations de handicap, au sein du droit des assurances.

Pierre-Olivier De Broux et Valérie Nicaise

68 Victorian Civil and Administrative Tribunal, *Ingram vs. QBE Insurance (Australia) Limited*, 18 décembre 2015, disponible en ligne sur www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/vic/VCAT/2015/1936.html?stem=0&synonyms=0&query=Ingram (consulté le 25 janvier 2020), à propos d'une assurance annulation voyage refusée à une personne affectée par des troubles mentaux.