

La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage

Marion del Sol

▶ **To cite this version:**

Marion del Sol. La réglementation française de l'assurance santé à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage. Sandrine Turgis; Marilyn Boizard; Alexandra Bensamoun. Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation, Mare & Martin, 2020. hal-02500864

HAL Id: hal-02500864
https://hal.science/hal-02500864

Submitted on 6 Mar 2020

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

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

Il s'agit d'une version « preprint » en date du 23 octobre 2019 d'un chapitre d'ouvrage collectif accepté pour publication par les éditions Mare&Martin, coll. Libre droit (*Le profilage en ligne : entre libéralisme et régulation* sous la direction de S. Turgis, M. Boizard et A. Bensamoun – à paraître mars 2020)

*****

La réglementation française de l'assurance santé[1] à l'épreuve des objets connectés et des pratiques de profilage

Marion Del Sol, Professeur de droit
Univ Rennes, CNRS, IODE – UMR 6262

Le 23 janvier 2019, un groupe de députés a déposé une proposition de loi visant à interdire l'usage des données personnelles collectées par les objets connectés dans le domaine des assurances[2]. Quoique que peu étayée et passée inaperçue, cette initiative n'en soulève pas moins la question de l'éventuel déploiement de l'assurance santé basée sur l'usage ou l'utilisation (*usage-based insurance*). Or, un tel déploiement emporterait nécessairement une modification des relations assuré-assureur mais également du métier même d'assureur santé.

En France, l'assurance santé contribue à l'accès aux soins qui est une des dimensions du principe constitutionnel de la protection de la santé. Par la souscription d'un contrat d'assurance et grâce à la technique de la mutualisation des risques, la demande de soins des individus se trouve solvabilisée, les remboursements des dépenses de soins effectués par l'organisme assureur venant en complément de la prise en charge assurée par la Sécurité sociale. Dans ce schéma, la logique est principalement curative et l'assureur établit sa tarification par projection actuarielle des données historiques du risque à sa disposition. Mais, avec l'*usage-based insurance*, des différenciations sont recherchées qui prennent bien moins appui sur l'historique du risque que sur les comportements actuels de l'assuré tels qu'appréciés par l'assureur grâce, notamment, aux données collectées par les objets connectés utilisés.

Cependant, « les objets connectés exposent les individus à des risques d'atteintes majeures à leurs libertés et droits fondamentaux dès lors que le modèle économique des acteurs du secteur repose sur l'exploitation de leurs données. Les données émises puis corrélées entre elles – voire avec d'autres données – permettront une identification de leurs habitudes de vie très précise pouvant générer des risques de discrimination induits par ces nouveaux profilages d'une finesse sans précédent ».[3] En matière d'assurance santé, il y a lieu de prendre au sérieux ces risques : d'une part, les données mobilisées pour la « mise en profil » des assurés sont, au moins pour une partie d'entre elles, des données de santé qui touchent à l'intimité de la personne[4] ; d'autre part, les différenciations potentiellement induites par le profilage peuvent bouleverser les conditions d'accès, modalités tarifaires et conditions de prise en charge par l'assurance santé et, *in fine*, altérer le droit à la protection de la santé.

[1] Ne sera traitée ici que de l'assurance santé privée (appelée assurance maladie complémentaire en France), à l'exclusion de l'assurance maladie obligatoire (Sécurité sociale). Pour autant, certains développements pourraient faire également sens dans ce champ.
[2] Proposition de loi n° 1603 portée par le député Daniel Fasquelle.
[3] C. Zolynski, « La *Privacy by Design* appliquée aux objets connectés : vers une régulation efficiente du risque informationnel ? », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 404.
[4] Sur la qualification des données et ses enjeux juridiques, voir la contribution de Margaux Redon.

Pour l'heure, il n'existe pas en France de régulation spécifique du profilage en matière d'assurance santé. La réglementation française dans ce secteur a toutefois institué un cadre juridique dont certains éléments peuvent être considérés aujourd'hui comme des « garde-fous » au recours à un profilage débridé ou, à tout le moins, libéralisé. Au regard de la prolifération des objets connectés de santé et bien-être et de la contribution essentielle de l'assurance santé à l'effectivité de l'accès aux soins, il s'avère utile de soumettre cette réglementation à un test de robustesse afin de mesurer le degré de protection contre les discriminations à raison de l'état de santé[5] que cette réglementation fournit (1). Il convient également de se projeter au-delà de ce test car pointent des perspectives renouvelées de discrimination (2).

1. Le test de robustesse de la réglementation française en matière d'assurance santé[6]

La double question du recueil des données personnelles – dont des données de santé – et de l'usage qui peut en être fait par l'assureur est de facture classique. La réglementation française y apporte, parfois d'assez longue date, des réponses se traduisant par des dispositions visant à protéger contre les discriminations à raison de l'état de santé.

L'irruption des objets connectés, spécialement ceux de type *quantified self*, dans le champ de l'assurance santé, ne bouleverse pas les termes du questionnement. Cependant, combiné aux potentialités d'exploitation du *Big Data*, le développement des objets connectés offre des opportunités démultipliées pour l'assureur de « mise en profil » et de catégorisation, voire de personnalisation[7]. Il peut en effet disposer d'un plus grand volume de données, de jeux de données variés pouvant être croisés quasiment à l'infini ainsi que des données collectées par l'assuré lui-même qui renseignent sur son comportement[8]. Ce sont ces opportunités qui mettent à l'épreuve le cadre juridique pensé dans un autre contexte technologique que celui qui se déploie aujourd'hui. Un test de robustesse de la réglementation française s'impose. Pour différentes raisons, sa réalisation s'avère difficile (1.1) mais elle n'en délivre pas moins des résultats intéressants quoique contrastés (1.2).

1.1. Les difficultés de l'exercice

Le droit français s'est saisi des risques de discrimination à raison de l'état de santé en matière d'assurance santé[9]. De nombreuses dispositions y sont consacrées. Pour autant, en

[5] Sur les enjeux généraux de protection des droits fondamentaux, voir la contribution de Sandrine Turgis.

[6] Cette première partie prend appui sur une contribution à un colloque réalisée dans le cadre du projet *Profile* (Labex *CominLab*s). M. Del Sol, « Enjeux juridiques des objets connectés en matière d'assurance santé. Réflexions à partir et au-delà du cadre français », *in* 23e colloque de l'Association Information & Management, Montréal, 16-18 mai 2018. https://halshs.archives-ouvertes.fr/IODE/halshs-01836170

[7] J.-S. Bergé et D. Le Métayer, « Phénomène de masse et droit des données », *Communication Commerce électronique* décembre 2018, n° 12, étude 20. L'article souligne, notamment, que les mégadonnées font peser de nouvelles menaces sur les droits individuels.

[8] À cela s'ajoutent les traces numériques « abandonnés » lors de l'utilisation d'objets connectés, tels qu'un smartphone. Voir la contribution de Florian Hémont et Marine Gout.

[9] De façon générale, l'article 225-2 du Code pénal incrimine les discriminations à raison de l'état de santé consistant, notamment, à refuser ou subordonner la fourniture d'un service à une condition fondée sur l'état de santé de la personne. Par dérogation, l'incrimination ne trouve cependant pas à s'appliquer « *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* ». Autrement dit, dans ces domaines dont relève l'assurance santé, les assureurs sont autorisés à s'intéresser et à prendre en compte l'état de santé des candidats à l'assurance ; ils disposent donc en principe d'une liberté de sélection des risques mais qui, on va le voir, est très largement tempérée par la réglementation existante.

l'absence d'une réglementation d'ensemble, le test de robustesse est délicat à mettre en œuvre, les règles étant éparpillées dans différents codes et trouvant également place dans des textes non codifiés.

Caractériser cette réglementation-mosaïque relève presque de la gageure. Trois éléments peuvent toutefois être mis en exergue qui rendent compte tant de la complexité que du peu de lisibilité de l'environnement juridique. Le premier concerne le cadre d'inscription des règles, le deuxième la nature de l'assurance et le troisième la nature de la réglementation elle-même.

Cadre d'inscription des règles. On pourrait s'attendre à ce que les règles soient principalement inscrites dans les textes qui régissent la relation d'assurance, voire plus spécifiquement les assurances de personnes et, en déclinaison, l'assurance santé. Or, il n'en est rien puisque certaines dispositions sont également inscrites dans les textes qui régissent certaines catégories d'organismes assureurs. Cela tient, d'une part, à la coexistence sur le marché français de l'assurance santé de trois familles d'assureur (sociétés d'assurance, institutions paritaires de prévoyance et mutuelles) et, d'autre part, à la traduction juridique de certaines valeurs portées par le mouvement mutualiste, dont celles de solidarité et de non-sélection. Il en résulte l'existence de règles partagées mais également de règles spécifiques aux mutuelles de santé inscrites dans le Code de la mutualité.

Nature de l'assurance. En matière d'assurance santé, une distinction essentielle doit être opérée entre les couvertures individuelles et les couvertures collectives, notamment celles instituées par les entreprises au bénéfice de leurs salariés. Cette distinction renvoie à une certaine forme de segmentation du marché de l'assurance santé. Sa réalité est également juridique puisqu'il existe un ensemble de règles spécifiques à l'assurance santé collective dont la source principale est la loi Évin du 31 décembre 1989[10]. Toutes les dispositions de ce texte sont impératives mais son article 10 prend soin de préciser que certaines d'entre elles sont d'ordre public ; il en va ainsi de l'article 2 qui prévoit des protections fondamentales au bénéfice des salariés garantis collectivement (v. *infra* 1.2).

Nature des règles. L'environnement juridique en matière d'assurance santé fait cohabiter des règles à effet obligatoire, au premier rang desquelles prennent place les dispositions d'ordre public de la loi Évin, et des règles incitatives. Les premières encadrent les pratiques des acteurs (par exemple pour la détermination de certaines clauses contractuelles). Parfois même, elles les contraignent ; ainsi, en cas de résiliation du contrat d'assurance collective, l'article 7 de la loi Évin met à la charge des assureurs une obligation de maintien des prestations acquises ou nées durant l'exécution du contrat. Quant aux dispositions à finalité incitative, elles visent à orienter les pratiques des acteurs, en subordonnant par exemple le bénéfice d'un régime fiscal et social de faveur à des conditions de solidarité[11].

1.2. Des protections réglementaires substantielles mais contrastées

Le test de robustesse doit être décliné aux trois aspects principaux de la relation d'assurance santé : l'accès à une couverture assurantielle santé, le coût d'accès (modalités tarifaires) et les modalités de prise en charge ou de remboursement. Au regard de la réglementation en grande partie spécifique à la couverture collective des salariés dans le cadre professionnel, les résultats du test seront présentés en dissociant le segment de l'assurance santé

[10] Loi n° 89-1009 du 31 décembre 1989 renforçant les garanties offertes aux personnes assurées contre certains risques, *JO* 2 janvier 1990. Ce texte n'a pas donné lieu à codification mais a fait l'objet de modifications ultérieures.
[11] Voir le régime de taxation sur les contrats d'assurance santé (CGI, art. 1001, 2° *bis*).

individuelle de celui de l'assurance santé collective. Ils mettront en évidence des résultats relativement contrastés.

Le test de robustesse appliqué à la réglementation de l'assurance santé collective : une réglementation érigeant le collectif en garde-fou contre d'éventuelles discriminations individuelles[12]**.** En matière d'assurance santé collective, aucune disposition légale n'interdit aux assureurs de recueillir des informations sur l'état de santé des salariés appartenant au collectif de travail en faveur duquel l'entreprise souhaite souscrire une couverture santé. À cet effet, ils peuvent notamment recourir à des questionnaires médicaux. Potentiellement, ils peuvent croiser les informations ainsi collectées avec des données récoltées par ailleurs (par exemple, celles collectées *via* des objets connectés en santé/bien-être obtenues auprès d'un hébergeur). En revanche, la loi Évin institue un encadrement juridique contraignant quant à l'usage que les assureurs peuvent faire des informations recueillies. Les dispositions de ce texte peuvent être présentées comme « autant de limites à la faculté de sélection de l'assureur »[13]. La loi du 31 décembre 1989 est en effet protectrice des intérêts des assurés en interdisant d'exploiter des données relatives à l'état de santé et d'opérer des discriminations individuelles. L'individu est protégé par la logique collective qui irrigue la loi et « le caractère éminemment social des assurances concernées [qui] a paru au législateur devoir prévaloir sur les droits ordinairement reconnus à l'assureur »[14].

Cette protection vaut tout d'abord pour l'accès à la couverture collective. En effet, si l'assureur peut recueillir certaines données sensibles apportant des informations sur l'état de santé, il n'est pas pour autant autorisé à exclure du collectif certains salariés à l'état de santé dégradé et/ou au comportement peu « vertueux » (par exemple, en termes d'activité physique mesurée par une montre connectée). Aucune sélection individuelle n'est permise, la logique étant collective ; par conséquent, sur la base des informations recueillies, soit il accepte d'assurer tout le collectif professionnel, soit il ne donne pas suite à la demande de souscription de l'entreprise. Comme l'a affirmé la Cour de cassation, « le principe de non sélection individuelle des risques résultant, en matière de prévoyance collective obligatoire, de l'article 2 de la loi du 31 décembre 1989, prohibe une exclusion qui ne concerne pas la totalité du groupe de personnes assurées »[15].

La protection instaurée par la loi Évin se décline ensuite au stade de tarification. Celle est déterminée pour l'ensemble du groupe à assurer et présente donc un caractère exclusivement collectif. Par conséquent, est organisée la mutualisation tarifaire entre mauvais et bons risques.

La loi du 31 décembre 1989 étend enfin la protection à la question de la prise en charge. Ainsi, l'article 2, *al.* 1er. met à la charge des assureurs une obligation de prise en charge des suites des états pathologiques antérieurs à la souscription du contrat d'assurance ; par exemple, si un des salariés est déjà malade au moment de la souscription, l'organisme assureur doit assurer le remboursement des soins nécessités par son état de santé. La protection contre le risque de discrimination individuelle intervient également en aval : « afin d'éviter que [la] globalisation ne soit contournée… par le jeu d'exclusions de garantie, la loi [Évin] prohibe… les clauses qui écarteraient la couverture des frais médicaux des personnes protégées »[16]. À cet effet, l'article 2, *al.* 2, dispose qu'« aucune pathologie ou affection ouvrant service des prestations en nature

[12] Il est à noter que cette réglementation est opposable à tous les organismes assureurs, quelle que soit leur nature juridique.
[13] G. Durry, « La sélection de la clientèle par l'assureur : aspects juridiques », *Risques*, n° 45, mars 2001.
[14] *Ibid.*
[15] Cass. 2e civ. 3 février 2011 (n° 10-30588).
[16] P. Pierre, « Le traitement des discriminations en matière d'assurance de personnes », *Droit social* 2016, p. 772.

de l'assurance maladie du régime général de Sécurité sociale ne peut être exclue du champ d'application des contrats… dans leurs dispositions relatives au remboursement ou à l'indemnisation des frais occasionnés pour une maladie, une maternité ou un accident ». En conséquence, le contrat d'assurance ne peut comporter de clause limitative de risque qui exclurait le jeu des garanties (remboursement de soins) à raison de la nature de la pathologie dès lors que celle-ci donne lieu à prise en charge par la Sécurité sociale. En l'état actuel de la législation applicable à l'assurance maladie obligatoire, cette protection posée par la loi Évin est robuste puisque la prise en charge par la Sécurité sociale intervient quelle que soit la nature et la cause de la maladie.

Le test de robustesse appliqué à la réglementation de l'assurance santé individuelle : le constat de certaines fragilités. En matière d'assurance santé individuelle, le test de robustesse s'avère compliqué à réaliser en raison de la dispersion des sources juridiques mais aussi – et surtout – du fait de la cohabitation de règles contraignantes et de dispositions incitatives et de l'existence d'un environnement propre aux assureurs mutualistes.

Afin de permettre une mise en perspective avec la réglementation en matière d'assurance collective, la même démarche sera adoptée pour effectuer le test de robustesse. Il y a donc lieu de s'intéresser en tout premier lieu à la question du recueil de données par l'assureur en amont de la souscription du contrat. Se trouve immédiatement illustré le fait que la nature de l'organisme assureur n'est juridiquement pas neutre quant aux protections applicables. En effet, traduisant des valeurs au fondement du mutualisme, l'article L. 110-2 du Code de la mutualité dispose que « les mutuelles ne peuvent en aucun cas recueillir des informations médicales auprès de leurs membres ou des personnes souhaitant bénéficier d'une couverture », ce qui emporte une impossibilité de conditionner l'accès à la couverture à des éléments relatifs à l'état de santé du potentiel adhérent mutualiste. Aucun texte équivalent n'existe pour les autres opérateurs qui, sur le champ de la couverture individuelle, sont principalement des sociétés d'assurance. Dès lors, ces opérateurs non mutualistes peuvent *de jure* recueillir des données les renseignant sur l'état de santé du candidat à l'assurance *via* un questionnaire médical[17] mais aussi par d'autres moyens tels que la recherche d'informations numériquement accessibles. Sur la base des données collectées, ces assureurs peuvent ainsi apprécier le risque individuel et décider de ne pas poursuivre le processus de souscription. Dans cette hypothèse, la réglementation n'offre dans pas de garde-fou contraignant pour l'assureur. Mais, en pratique, il en va différemment en raison d'un mécanisme incitant les assureurs non mutualistes à renoncer à toute sélection médicale à l'entrée (v. *infra* les remarques sur le contrat dit solidaire).

On retrouve cette même dichotomie entre catégories d'assureurs en ce qui concerne la tarification. Dans le respect de l'article L. 110-2 du Code de la mutualité, les mutuelles ne peuvent fixer les cotisations en fonction de l'état de santé de l'adhérent, ce qui est une traduction du principe de solidarité que porte historiquement cette famille d'opérateurs[18] qui se refuse, de longue date, à pratiquer des tarifications discriminantes. Aucune correspondance de cette interdiction ne figure dans le Code des assurances qui régit les sociétés d'assurance[19]. En revanche, une réglementation incitative adoptée en 2001 a réformé la fiscalité des produits d'assurance faisant émerger la notion de contrat d'assurance santé « solidaire ». Il en résulte, aujourd'hui, que la taxation sur les contrats « solidaires » est moins élevée de 7 points par

[17] Questionnaire auquel celui qui souhaite souscrire doit répondre de bonne foi en application du droit commun des assurances.
[18] Au cas présent, il s'agit de solidarité horizontale entre bien-portants et malades.
[19] M. Fromenteau, V. Ruol, et L. Eslous, « Sélection des risques : où en est-on ? », *Les Tribunes de la santé*, vol. 31, n° 2, 2011, p. 63-71.

rapport à celle applicable aux autres contrats, ce qui constitue un différentiel de taxation substantiel[20]. Les assureurs non mutualistes sont donc incités à proposer quasi exclusivement des contrats satisfaisant aux conditions des contrats « solidaires », ce qui suppose ne pas pratiquer de sélection médicale ni de tarification en fonction de l'état de santé. Au plan pratique, il est estimé que plus de 95% des contrats d'assurance santé sont « solidaires ». La réglementation incitative contribue donc *de facto* à la robustesse du cadre juridique… mais à sa façon, sur la base du volontariat des opérateurs et de leur intérêt commercial.

Des dispositions législatives spécifiques aux mutuelles existent également quant aux conditions de prise en charge. En effet, si l'article L. 110-2 permet aux mutuelles d'instaurer des différences dans le niveau des prestations, il ne fait pas figurer l'état de santé comme critère autorisé de différenciation[21]. En revanche, et il s'agit certainement là d'une fragilité de l'environnement juridique, aucun texte n'encadre la modulation des prises en charge pour les autres organismes assureurs laissant *a priori* ouverte des possibilités de différenciation selon l'état de santé.

Il existe toutefois un encadrement protecteur concernant les conséquences qu'un organisme assureur peut tirer de l'évolution de l'état de santé de l'assuré. D'une part, l'engagement de couverture mutualiste présente un caractère viager ne permettant pas à la mutuelle de résilier le contrat individuel alors même que l'adhérent dispose d'un droit de résiliation annuelle[22]. D'autre part, l'article 6 de la loi Évin – dont on doit rappeler l'opposabilité à tous les organismes assureurs – fait peser sur ces organismes une obligation viagère de maintien des garanties « frais de santé ». L'assuré se voit donc reconnaître un droit au maintien à titre viager de sa couverture santé individuelle[23], sans réduction des garanties souscrites et aux conditions tarifaires de la catégorie dont il relève. Mais le texte va plus loin encore dans la protection. Il interdit en effet à l'assureur de pratiquer des majorations individuelles fondées sur l'évolution de l'état de santé de l'assuré. En d'autres termes, l'assureur ne peut prendre en considération la sinistralité passée de la personne pour justifier une évolution tarifaire individuelle. Il ne peut recourir qu'à une majoration tarifaire uniforme pour l'ensemble des assurés souscrivant le même type de contrat ou de garantie.

Le test de robustesse a permis de dresser une sorte d'état des lieux de la réglementation française applicable en matière d'assurance santé, tant individuelle que collective. Les résultats du test de robustesse expriment un choix national de régulation juridique qui résulte pour une large part d'une conception « solidariste » de l'assurance santé, fortement influencée par le poids historique de la mutualité dans le champ de l'assurance santé. Comme le synthétise Anne-Sophie Ginon, « les assurés bénéficient de dispositifs de protection… et de dispositions moralisatrices des transactions »[24] qui traduisent, à notre sens, une forte « dépendance au chemin » national[25].

---

[20] V. art. 995, 18° du Code général des impôts et, par renvoi, art. L. 862-4, II du Code de la sécurité sociale.

[21] En application de ce texte du Code de la mutualité, le niveau des prestations peut être différencié en fonction des cotisations payées ou de la situation de famille des adhérents ou lorsque l'assuré choisit de recourir à un professionnel de santé, un établissement de santé ou un service de santé avec lequel l'organisme mutualiste a conclu une convention.

[22] Code de la mutualité, art. L. 221-10.

[23] Sous réserve du paiement des cotisations dues.

[24] A.-S. Ginon, « L'assurance maladie : quelle place pour le marché ? », *in* M. Borgetto et *alii* (dir.), *Quelle(s) protection (s) sociale(s) demain ?*, Dalloz, 2016, p. 171.

[25] En science politique, la dépendance au chemin (ou *path dependency*) est un concept qui considère que les réformes s'inscrivent dans la continuité des trajectoires antérieures, sont fortement influencées par le poids des choix effectués par le passé.

Dans un univers de *Big Data*, le déploiement des objets connectés en santé/bien-être et des services associés, dont l'internationalisation est un trait caractéristique, télescope la conception « solidariste » française. Il invite à se projeter au-delà du test de robustesse.

2. Au-delà du test de robustesse de la réglementation française en matière d'assurance santé : des opportunités renouvelées de discrimination en assurance santé ?

L'assurance est une activité qui repose sur la collecte et l'analyse de données. L'exploitation de ces données permet en effet d'évaluer un risque afin de faire une offre contractuelle apportant une réponse adaptée au besoin de couverture contre la survenance du risque. Pour autant, sur un plan technique, l'opération d'assurance nécessite l'organisation d'une mutualité, ce que l'on peut appeler la mutualisation du risque.

L'augmentation exponentielle des objets connectés en santé/bien-être, associée à la capacité démultipliée de croiser des données de toute nature, offre des opportunités technologiques jusqu'à ce jour inédites pour le secteur de l'assurance. Ces opportunités se situent au cœur même du métier d'assureur : connaître le risque pour établir une tarification adaptée mais également lutter contre des comportements non « vertueux » des assurés qui peuvent nuire à la mutualité et à la rentabilité de l'activité. Il s'agira ci-après de d'analyser si ces opportunités juridiques croisent des opportunités juridiques ouvrant la voie des discriminations d'un genre nouveau.

2.1. L'opportunité de la « mise en profil » en matière de tarification

Pour établir une tarification, les assureurs recourent classiquement à des modèles actuariels reposant sur un calcul de probabilités. Pour une large part, ce calcul est effectué à partir des données historiques détenues par l'assureur lui-même qui sont croisées avec des données statistiques disponibles. Il permet de réaliser des projections et de construire une tarification pour une mutualité d'assurés qu'il s'agit de garantir contre des risques homogènes. L'historicité de ce modèle mobilise peu les données personnelles, si ce n'est pour inscrire le candidat à la souscription dans une mutualité à partir de la déclaration de risque qu'il est amené à compléter et dont l'élaboration doit se faire dans le respect de la réglementation en vigueur (v. *supra*).

En revanche, le croisement des données personnelles collectées *via* les objets connectés en santé/bien-être ainsi que les potentialités du *Big Data*[26] offrent des opportunités de construction de modèles de risque prédictifs, contribuant potentiellement à réduire l'asymétrie d'information entre l'assureur et l'assuré[27]. En assurance de personnes, ces nouveaux modèles cherchent à identifier des profils de risque en exploitant les grands volumes de données personnelles qui disent beaucoup des comportements individuels et des modes de vie. Davantage que de personnalisation – qui serait à terme peu compatible avec la mutualisation des risques –, il s'agit ici d'une opération de catégorisation des publics à assurer emportant segmentation des offres. D'une certaine façon, la mutualité est alors construite sur la base de l'homogénéité des profils

[26] Pour une approche générale, voir J.-M. Boyer, « La tarification et le *Big Data* : quelles opportunités ? », *Revue d'économie financière* 2015/4, n° 120, p. 81.

[27] À cet égard, la place et le contenu du document de déclaration du risque seraient affectés. Comme l'écrit un auteur, « la collecte et le traitement des données à des fins de modélisations prédictives des risques auront pour conséquence de modifier profondément l'étendue des questions traditionnellement soumises par les professionnels de l'assurance ». M. Bernelin, « Quelles incidences de l'e-santé sur les contrats d'assurance ? », *Revue des contrats* 2018, n° 115r8, p. 600.

bien plus que sur l'homogénéité du risque.

Ce changement de paradigme conduit à l'apparition des géants du web que sont les GAFA[28] sur le marché de l'assurance santé. Ce ne sont pas des assureurs de métier mais leur capacité à collecter et traiter de grands volumes de données personnelles leur confère un avantage considérable pour construire ces nouveaux modèles de risque de type *Pay as you live*[29]. Pour autant, s'il s'agit d'une réalité aux États-Unis, il n'en va pas de même en France où « le coût lié aux investissements requis pour structurer ces données en vue de les valoriser et de les exploiter dans le respect de la réglementation en vigueur peut s'avérer dissuasif »[30] pour l'assureur. En effet, au coût liés aux aspects techniques *lato sensu*[31], s'ajoute un coût réglementaire élevé avec la double exigence de respecter la réglementation générale en matière de données personnelles et la réglementation spécifique au champ de l'assurance santé prohibant ou dissuadant les tarifications en fonction de l'état de santé (v. *supra*). De surcroît, la couverture des frais de santé (remboursement des soins) correspond à du « petit » risque pour les opérateurs présents sur ce marché ; certes, la fréquence est importante mais le risque est « léger » et donc relativement facile à provisionner[32]. Sur le marché français, on peut davantage spéculer sur le développement d'offres tarifaires corrélées à l'utilisation d'objets connectés en santé/bien-être, voire au recours à certains services d'e-santé[33]. Tel est le cas d'une offre de l'assurance Generali, l'offre *Vitality*, qui a défrayé la chronique parce que faisant surgir l'idée d'assurance santé comportementale[34].

2.2. La tentation du profilage pour lutter contre l'aléa moral

La relation d'assurance est classiquement présentée comme peu favorable à l'assureur et ce pour une double raison : d'une part, l'assureur subit souvent une asymétrie d'information ; d'autre part, il est confronté au « risque moral » *ex-ante* dès lors qu'il ne peut pas nécessairement vérifier les efforts de prévention de l'assuré qui permettraient de limiter la mise en œuvre des garanties.

Le déploiement des objets connectés en santé/bien-être semble à même de « rebattre les cartes » en matière d'aléa moral, l'assureur santé pouvant trouver dans certains de ces objets des moyens de prendre en compte des actions préventives individuelles ou, plus exactement, des actions qu'il considèrerait comme préventives. En substance, il s'agirait de faire de l'effort préventif

---

[28] Google, Apple, Facebook, Amazon.

[29] T. Douville, « Les dangers de la collecte des données de santé par les tiers », *Journal de droit de la santé et de l'assurance maladie* 2018, n° 20, p. 12-16

[30] M. Bertrand, « La protection des données personnelles comme mode de régulation du *Big Data* en protection sociale complémentaire », *Revue françaises des affaires sociales* 2017/4, p. 64.

[31] Par exemple, recrutement de compétences en *Data Science.*

[32] En assurance santé, l'assureur ne verse jamais de prestations viagères contrairement à la prévoyance (risque invalidité par exemple). Ce risque « léger » explique d'ailleurs que les sociétés d'assurance se soient engagées de longue date à ne pas recourir à des questionnaires médicaux jugés peu utiles pour évaluer et maîtriser le risque.

[33] Il pourrait également advenir que « les données collectées par les services de e-santé [fondent] une modulation tarifaire périodique, applicable à un groupe d'assurés », la loi Évin permettant des modulations tarifaires en cours de contrat uniformes pour l'ensemble des assurés ayant souscrit le même contrat ou le même type de garantie. M. Bernelin, *loc. cit.*, p. 599.

[34] Pour une analyse juridique, voir A.-S. Ginon, « Assurance santé comportementale : de quoi parle-t-on ? », *Revue de droit des contrats* 2017, n° 114m9, p. 421. Voir aussi L. Bloch, « *Big* « assureur » *is watching you* », *Responsabilité civile et assurances* septembre 2016, n° 9, alerte 21.

de l'assuré une condition du bénéfice, total ou partiel, d'une garantie ou encore d'une modulation tarifaire.

Effort préventif de l'assuré et modulation tarifaire : des perspectives incertaines. Au regard de la réglementation française présentée précédemment, la corrélation directe entre effort préventif et modulation tarifaire paraît difficilement envisageable car elle pourrait contrevenir à l'interdiction de ne pas fixer les cotisations en fonction de l'état de santé. En effet, les données d'auto-mesure collectées par certains objets connectés peuvent, en elles-mêmes ou combinées à d'autres[35], révéler « des informations sur l'état de santé » de l'assuré, ce qui caractérise des données de santé au sens de l'article 4 du RGPD. Une corrélation indirecte reste théoriquement envisageable à partir d'une segmentation de la mutualité selon que les assurés disposent ou non d'objets connectés de santé ou bien-être. Ce n'est pas l'état de santé qui détermine la tarification (ou son évolution) ni les données collectées mais l'usage que l'assuré accepte *a priori* de faire de certains objets, tels qu'une montre connectée. L'assureur fait alors le pari que l'équipement à disposition de l'assuré l'incitera à des efforts de prévention (par exemple, pratiquer une activité physique régulière, surveiller le nombre de calories dépensées…), à développer l'auto-mesure et l'auto-correction. La démarche repose sur la présomption que cet équipement est facteur de réduction des besoins de soins des assurés et donc de versement de prestations. Ne pouvant tarifer en fonction de l'état de santé, l'assureur ne peut exploiter les données d'usage pour moduler les primes. Il pourrait toutefois proposer des tarifs promotionnels pour les assurés équipés de certains objets connectés. Mais il n'est pas certain qu'une telle orientation commerciale puisse s'inscrire dans la durée. Quid si les objets sont sous-utilisés, mal utilisés, voire non utilisés, par nombre d'assurés et, surtout, quid si les résultats escomptés d'une baisse des dépenses ne sont pas au rendez-vous ? L'assureur sera contraint de procéder à une augmentation tarifaire dont la loi impose qu'elle présente un caractère uniforme pour les assurés ayant souscrit un même contrat et qu'elle ne prenne pas en compte l'évolution de l'état de santé. Or, une augmentation uniforme s'avèrera pénalisante pour l'ensemble de la mutualité, y compris les assurés qui ont fait un usage de l'objet connecté. Ces derniers peuvent dès lors être enclins à résilier le contrat, ce qui laisse planer pour l'assureur la menace que ce soit les meilleurs risques, c'est-à-dire ceux qui mobilisent le moins les garanties, qui partent.

En l'état actuel de la réglementation française, l'intérêt pour l'assureur est sans doute très faible. Il est en revanche très fort aux États-Unis car les modulations tarifaires personnalisées sont juridiquement permises. Ainsi, en assurance collective, la technique du *bonus-malus* peut être pratiquée ; elle permet la modulation à la baisse ou à la hausse des primes d'assurance en fonction de certains comportements de l'assuré qui sont censés révéler s'il prend soin ou non de sa santé[36]. D'évidence, l'utilisation d'objets connectés en santé/bien-être ou encore d'applications *e-coaching* peut servir d'indicateur pour évaluer le comportement et activer une éventuelle modulation tarifaire. Des offres d'un genre nouveau voient d'ailleurs le jour. Ainsi, l'assureur John Hancock a annoncé en septembre 2018 un changement radical de conception de ses contrats d'assurance. Il propose à ses assurés un bracelet connecté *Fitbit* ou une *Apple Watch* dont l'utilisation permet d'obtenir des points en fonction du nombre de pas effectués ou de calories brûlées ; si l'objectif mensuel fixé n'est pas atteint, l'assuré doit s'acquitter d'une pénalité de 15 dollars. D'autres contrats prévoient d'indexer les tarifs en fonction de résultats

[35] Certaines « données de bien-être s'apparentent… à des données de santé, soit en raison de ce qu'elles peuvent révéler de manière brute (ex. : une donnée de tension), soit à cause de ce qu'elles pourraient révéler une fois combinées à d'autres (ex. : une donnée de poids combinée à la taille peut permettre d'estimer un risque cardio-vasculaire) ». CNIL, *Le corps, nouvel objet connecté*, Cahiers IP n° 2, mai 2014, p. 52.
[36] Voir la contribution de Margaux Redon.

collectés donnant des éléments de mesure de l'activité physique et du mode de vie (avec une réduction de tarif pouvant aller jusqu'à 15%)[37].

Effort préventif de l'assuré et modulation de la prise en charge : des perspectives à prendre au sérieux. Une analyse en creux des résultats du test de robustesse de la réglementation française permet d'identifier une sorte d'angle mort. Cet angle mort concerne les modalités de prise en charge ou de délivrance des garanties. Si l'assureur ne peut exclure une prise en charge à raison de la nature de la pathologie[38], aucune contrainte juridique spécifique ne pèse sur lui quant aux conditions de prise en charge qui, le cas échéant, peuvent donner lieu à modulation. C'est ici que la tentation du profilage pourrait trouver un terrain d'expression et apporter sa contribution à la réduction de l'aléa moral auquel l'assureur est confronté.

« Dans cette perspective, les objets connectés [auraient] une double finalité : enjoindre à l'assuré d'effectuer des actions, d'une part, et contrôler, *via* la collecte de données, le suivi de ces actions, d'autre part. »[39] Par le traitement de certaines de ces données à caractère personnel, l'assureur pourrait alors évaluer des aspects relatifs à la personne de l'assuré et pratiquer un profilage *lato sensu*, voire *stricto sensu* (au sens de l'article 4§4 du RGPD) en cas de traitement automatisé[40]. Sur la base des résultats de ce profilage, une modulation de la prise en charge pourrait être opposée à l'assuré dont l'évaluation n'est pas estimée satisfaisante (par exemple, activité physique insuffisante ou encore prise de poids excessive). D'une certaine façon, on mesure alors les efforts préventifs de l'assuré – et non les effets sur son état de santé – afin de calibrer la prise en charge.

Une telle corrélation entre effort préventif et prise en charge peut juridiquement être envisagée par l'insertion d'une condition contractuelle de garantie dans le contrat d'assurance. Ce type de clause emporte privation du bénéfice d'une garantie en considération des circonstances de réalisation du risque. Souvent, une telle clause conditionne le bénéfice de la garantie à l'adoption par l'assuré de mesures de prévention (par exemple, dispositif antivol pour une voiture ou serrure à trois points pour une habitation). Courant en assurance de biens, ce type de clause pourrait trouver une traduction en assurance de personnes au détour du déploiement des objets connectés de *quantified self*.

Cette perspective conduirait à mobiliser le droit commun des assurances[41]. Un des enjeux juridiques consiste dès lors à déterminer si l'on est en présence d'une condition de garantie *stricto sensu* ou d'une exclusion de garantie[42]. *A priori*, par extrapolation du raisonnement retenu en assurance de biens, il s'agirait d'une clause d'exclusion de garantie car elle prive l'assuré de la garantie en considération de circonstances particulières (en substance,

[37] Voir E. Chelle, « La complémentaire santé comportementale : un nouveau logiciel assurantiel ?, *Revue de droit sanitaire et social* 2018, p. 674.
[38] Article 2 de la loi Évin (v. *supra*).
[39] M. Bernelin, *loc. cit.*, p. 601.
[40] N. Martial-Braz, « RGPD – Le profilage Fiche pratique », *Communication, Commerce électronique* avril 2018, n° 4, dossier 15 (spéc. point 2).
[41] Article L. 113-1 du Code des assurances.
[42] Parfois ténue, la distinction n'en emporte pas moins des conséquences juridiques : formalisme (en caractères très apparents pour une exclusion), régime probatoire (condition dont la réalisation doit être prouvée par l'assuré contrairement à l'exclusion), effets. Dans le cadre de cette contribution, il ne s'agira pas de discuter de façon approfondie tous les termes de cette distinction.

l'insuffisance de ses efforts de prévention) et non d'une circonstance permanente (qui pourrait être le simple fait d'être équipé d'un objet connecté)[43].

Dans cette hypothèse, le paramétrage des « circonstances particulières » devient central et ce d'autant plus que, pour les exclusions de garantie, la charge de la preuve des circonstances particulières pèse sur l'assureur[44]. La finalité de l'opération de paramétrage est la mesure des efforts préventifs qui conditionnent la prise en charge assurantielle. En présence d'objets connectés, il va donc s'agir d'établir une corrélation entre l'usage fait de ces objets et les effets bénéfiques en termes de prévention[45]. En premier lieu, cela interroge la construction scientifique de la corrélation. Sur ce point, certains expriment d'ores et déjà de profondes réserves estimant que « la e-prévention proposée par les professionnels de l'assurance est organisée selon des modalités qui semblent peu compatibles avec les exigences classiquement formulées en matière de prévention sanitaire »[4647].

En second lieu, cela interroge la dimension juridique de la mise en œuvre de cette corrélation. L'enjeu essentiel est la qualification des données collectées car de leur nature dépendent les contraintes juridiques à respecter par l'assureur. Si la qualification de données personnelles ne semble pas être véritablement discutée, celle de données de santé est plus problématique même si un consensus semble se dégager en ce sens[48]. Le traitement de ces données par l'assureur suppose alors que la personne y ait consenti pour une ou plusieurs finalités spécifiques, y compris dans des hypothèses où le traitement n'est pas un profilage *stricto sensu* supposant un traitement automatisé. L'exploitation par l'assureur des données pour l'exécution de la clause contractuelle d'exclusion de garantie nécessite, d'une part, une information particulièrement explicite et précise sur les finalités (en l'occurrence, information sur la corrélation faite entre le les données collectées et le bénéfice d'une garantie) et, d'autre part, le recueil du consentement de l'assuré[49].

Ces perspectives supposent le déploiement d'une véritable ingénierie technologique et organisationnelle afin de disposer de la capacité à effectuer les opérations de collecte, d'hébergement et de traitement des données. Elles supposent également une ingénierie juridique qui, dans le domaine de l'assurance santé, peut sembler excessivement lourde si l'on raisonne en termes de coût/avantage. On peut dès lors penser que la réflexion s'apparente à un exercice de science-fiction juridique.

---

[43] Voir Y. Lambert-Faivre et Leveneur L., *Droit des assurances*, 14e éd., Précis, Dalloz, 2017, spéc. n° 476. En matière d'assurance habitation, serait une condition de garantie la clause relative à l'existence d'une serrure trois points (circonstance permanente) ; en revanche, serait une exclusion de garantie une clause privant du bénéfice de sa garantie l'assuré qui doit déplorer un vol mais qui avait omis d'enclencher un système d'alarme (circonstances particulières).

[44] La charge de la preuve ne peut être inversée contractuellement car il s'agit là d'une règle d'ordre public.

[45] Dans une de ses publications, la CNIL évoque le cas du créateur d'applications mobiles *Fitbit* qui cherche à prouver l'existence d'une corrélation entre l'usage de certains objets connectés et la fréquence des visites chez un médecin. CIL, *op. cit.*, p. 34.

[46] M. Bernelin, *loc. cit.*, p. 602. L'auteur souligne que les développeurs d'objets connectés « paraissent peu soucieux de respecter la rigueur et la prudence scientifique ». Le risque d'occultation du déterminisme social de l'état de santé est également très présent ; par exemple, au-delà même des facteurs génétiques, l'obésité est le plus souvent le fruit d'une double vulnérabilité, sociale et culturelle.

[47] La dimension psychologique semble ignorée. Or, « l'interprétation libre, non contrôlée, de ces données peut être dangereuse, insinuer le doute et engendrer un recours immodéré aux consultations médicales ou, au contraire, être source d'aveuglement par méconnaissance des symptômes ou par auto-persuasion » (IHEST, *Rapport d'étonnement de l'atelier La quantification de soi*, 2014, p. 3).

[48] Sur la qualification des données et ses enjeux juridiques, voir la contribution de Margaux Redon.

[49] Sur le consentement dans le profilage, voir la contribution de Sarah Apiou. Voir également la contribution de Maryline Boizard et Erwann Picart.

Mais ce qui vaut pour l'assurance santé n'est pas nécessairement transposable à la prévoyance dont les contrats d'assurance ont pour objet les risques d'incapacité, d'invalidité ou encore de décès[50]. En effet, avec la prévoyance, ce sont de risques « lourds » dont il s'agit emportant parfois le service de prestations viagères par l'assureur. Le raisonnement en termes de coût/avantage s'en trouve modifié car « les impératifs de provisions financières liés à la gestion des risques « lourds »… pourraient justifier des investissements importants en matière d'exploitation des données »[51]. Il faut également souligner que l'environnement juridique de l'opération de prévoyance est substantiellement moins contraint pour les assureurs que celui décrit précédemment en matière d'assurance santé. Des questionnaires médicaux peuvent être pratiqués ; des exclusions de risque (et non seulement de garantie) peuvent être contractuellement prévues, par exemple pour écarter du droit à prestation certains pathologies. On peut dès lors penser que c'est dans ce champ de la prévoyance que les perspectives de « mise sur agenda » du profilage *lato sensu*, en lien avec le déploiement d'objets connectés de santé/bien-être, sont les plus fortes.

Cependant, si la proposition de loi déposée en janvier 2019 devait connaître une traduction législative, certaines de ces perspectives seraient mises à mal, celles mettant au centre de la réflexion les objets connectés en santé/bien-être. En effet, l'article 1er de la proposition dispose : « aucune segmentation ne peut être opérée sur le plan de l'acceptation, de la tarification ou de l'étendue de la garantie sur la base de la condition que [l'assuré]… accepte d'acquérir ou d'utiliser un capteur de santé, accepte de partager les données collectées par ces objets par un capteur de santé ni sur la base de l'utilisation de ce capteur de santé par [l'assuré] ».

Si la proposition de loi ne devait pas aboutir, le traitement des données personnelles pourrait devenir un instrument de différenciation sur le marché de l'assurance santé et/ou prévoyance. Il y a sans doute là une opportunité pour certains opérateurs de se différencier de la concurrence par une démarche responsable afin que la façon dont l'assureur utilise les données personnelles devienne un critère de choix et un élément de confiance pour les assurés, en promouvant par exemple l'auto-détermination informationnelle de l'assuré ou encore en prenant l'engagement de ne pas vendre les données, voire même de ne pas collecter certaines données.

[50] On pourrait y ajouter le risque de dépendance.
[51] M. Bertrand, *loc. cit.*, p. 64.