

Variations sur le thème d'une couverture indispensable : l'assurance soins de santé

CATHERINE PARIS

Professeur ULiège, Head of Legal institutional Ethias

Introduction

L'assurance soins de santé complémentaire constitue une catégorie des contrats d'assurance maladie. L'article 201, § 1, 1^o, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (ci-après L.A.) la définit 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 santé".

Elle joue un rôle social capital en complétant les interventions de la couverture obligatoire du régime de la sécurité sociale.¹ La crise sanitaire liée à la pandémie n'a fait que contribuer à accroître son intérêt.

Tout au long de sa remarquable carrière, et tout particulièrement durant son mandat en tant qu'administrateur-délégué d'Assuralia,² le Professeur COLLE a œuvré avec énergie et talent pour mettre en avant la contribution sociale que l'assurance privée est en mesure d'apporter, imaginant des solutions nouvelles, bousculant parfois les codes, tout en soulignant les contraintes légales et prudentielles auxquelles elle est soumise et qui expliquent qu'elle ne peut pas absorber tous les besoins de la société.

¹ N. SCHMITZ, "Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en assurance maladie et en assurance solde restant dû : trois pas en avant...", in B. DUBUISSON et V. CALLEWAERT (dir.), *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, De Boeck/Bruylant, 2012, p. 275, n^o1.

² C'est sans doute l'époque au cours de laquelle j'ai eu l'occasion de le rencontrer le plus souvent. Je voudrais le remercier pour son incroyable dynamisme et les riches discussions que nous avons eues.

Le contrat d'assurance soins de santé repose sur une évaluation du risque, en l'occurrence sur une appréciation de l'état de santé de l'assuré qui s'amenuise au fur et à mesure que celui-ci avance en âge. Malgré les correctifs que le législateur a apportés,³ la distinction avec la couverture sociale de base, qui ne repose pas sur la sélection des risques, reste fondamentale.⁴

On se propose de porter un regard sur cette assurance et son évolution selon des angles d'approche distincts. On reviendra dans un premier temps sur la ligne de démarcation entre les rôles des mutualités et des assureurs. Bien qu'elle ait été clarifiée par le législateur, la frontière n'apparaît pas toujours nettement dans la pratique (I). Le thème des différences de traitement sera ensuite abordé. La prohibition de la segmentation fondée sur le critère du sexe a connu un prolongement à la suite d'une récente modification de la loi genre, conduisant l'assureur à revoir le contenu des couvertures (II). Quant au critère de l'âge, il reste, qu'on le veuille ou non, pris en compte dans la tarification (III).

I. Diversité des acteurs et des couvertures

L'assurance soins de santé consiste principalement en une assurance hospitalisation, qui prévoit des prestations en cas d'hospitalisation classique, impliquant au minimum une nuitée dans une institution de soins, ou selon la formule du *one day clinic*, qui tend à s'intensifier à tout le moins pour certains types de traitement.

À côté de l'assurance hospitalisation, on trouve également les contrats qui visent spécifiquement le remboursement des frais médicaux ambulatoires, c'est-à-dire des frais qui se rapportent à des prestations de soins n'ayant pas de lien avec une hospitalisation. Il résulte d'une étude récente que ce type de couverture ne rencontre pas encore beaucoup de succès en Belgique, si on compare la situation avec nos pays voisins, à l'exception de l'assurance soins dentaires qui gagne en popularité.⁵ La marge de progression des assureurs sur ce plan est certainement importante.

3 En ce qui concerne l'assurance individuelle (non liée à l'activité professionnelle), on citera le caractère viager du contrat (art. 203 L.A.), l'interdiction de principe de modifier, après la conclusion du contrat, les conditions contractuelles et tarifaires (art. 204 L.A.) ou encore la garantie d'accès à l'assurance en faveur des personnes atteintes d'une maladie chronique ou d'un handicap (art. 206 L.A.).

4 J. VAN LANGENDONCK, "Wanneer is een verzekering sociaal?", in C. VANSCHOUBROECK, W. DEVROE, K. GEENS et J. STUYCK (eds.), *Over grenzen – Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 1283-1293, spéc. p. 1291, n°9 à 11.

5 Voy. le rapport sur "les dépenses nationales en soins de santé, 15^e édition", établi sur la base des statistiques et indicateurs publiés par Eurostat et l'OCDE mesurant le fonctionnement des régimes de soins de santé dans les pays européens et de l'OCDE, *Assuringo*, 18 mars 2021, n°10, p. 14.

C
peuv
mutu
intrc
péen
à tou
pect
dans
/
mis
assu
d'ass
offri
vité
relev
I
l'assi
se liv
renc

Outr
peuv
tels
char
et de
"l'oc
voir

6 I
c
7 I
a
c
"
C
I
8 I
e
9 I
10 I

C. PAR

On sait que, depuis la loi du 26 avril 2010,⁶ ces assurances complémentaires peuvent être offertes aussi bien par des assureurs privés que par des sociétés mutualistes d'assurance. Après de multiples péripéties procédurales et recours introduits par Assuralia qui réclamait un *level playing field*, la Commission européenne avait estimé que les mutualités qui offraient des assurances ressemblant à tous égards à des contrats d'assurance hospitalisation devaient également respecter les règles prévues par les directives européennes, à présent refondues dans la directive 2009/138/CE (Solvency II).⁷

Afin de se conformer à l'avis de la Commission, la loi du 26 avril 2010 a remis de l'ordre en ne permettant plus aux entités mutualistes de proposer des assurances maladie.⁸ Seule une personne morale distincte, la société mutualiste d'assurance, a le droit de le faire. Eu égard au principe de spécialité, elle ne peut offrir d'autres services que ceux constituant des assurances tandis que son activité est limitée aux assurances maladie et, à titre complémentaire, aux risques relevant de l'assistance.⁹

Les services complémentaires des mutualités doivent être distingués de l'assurance soins de santé complémentaire (A). Ils conduisent les mutualités à se livrer entre elles une certaine concurrence (B) tandis qu'ils excluent la concurrence avec l'assureur (C).

A. Ligne de démarcation entre les services des mutualités et les assurances

Outre leur participation au système légal de sécurité sociale, les mutualités peuvent continuer à proposer des services qui s'y apparentent étroitement, tels que "l'intervention financière pour leurs membres et les personnes à leur charge, dans les frais résultant de la prévention et du traitement de la maladie et de l'invalidité ou l'octroi d'indemnités en cas d'incapacité de travail (...)" ou "l'octroi d'aide, d'information, de guidance et d'assistance en vue de promouvoir le bien-être physique, psychique et social (...)."¹⁰

6 Loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière d'organisation de l'assurance maladie complémentaire, *M.B.*, 28 mai 2010, p. 32374.

7 Directive 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (Solvency II) (refonte), *J.O.U.E.*, L. 335 du 17 décembre 2009, p. 1. Pour une synthèse de la question et de la solution qui y fut apportée, voy. J. ROGGE, "De mutualistische verzekeraar", in C. VAN SCHOU BROECK, W. DEVROE, K. GEENS et J. STUYCK (eds.), *Over grenzen – Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 517-531 ; J.-M. BINON, "L'assurance hospitalisation à la croisée des chemins", *R.D.C.*, 2004/3, p. 223-236.

8 Art. 2 de la loi du 26 avril 2010 repris à l'article 3, alinéa 4, de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités.

9 Art. 34, § 2, de la loi du 13 mars 2016 relative au contrôle des entreprises d'assurance et de réassurance.

10 Art. 3, al. 1, b et c, de la loi du 6 août 1990 relative aux mutualités et aux unions nationales de mutualités.

Ces services adjacents doivent répondre à l'ensemble des critères qui sont énoncés à l'article 67, alinéa 1, de la loi du 26 avril 2010. Notamment, l'accès aux services doit être garanti de manière égale à toute personne affiliée à la mutualité quels que soient son âge et son état de santé, les états préexistants à l'affiliation sont automatiquement couverts, la cotisation à charge du membre doit présenter un caractère forfaitaire et la gestion financière doit être basée sur la technique de la répartition. Cette dernière condition implique que la mutualité ne constitue pas de provisions et que l'octroi des prestations dépende, dit le texte, "des moyens disponibles au moment concerné". Aussi bien une prestation déterminée, par exemple un remboursement forfaitaire des frais de désensibilisation à des allergènes, pourrait-elle disparaître de la gamme des services offerts d'une année à l'autre si le budget n'était plus suffisant.

Ces services constituent des opérations au sens de l'article 5.2 de la directive Solvency II et sont, dès lors, exclus de son champ d'application.¹¹

L'offre en la matière est variée : intervention dans l'achat de verres de lunettes, dans les frais de cures de convalescence ou de soins postnataux, dans le prêt de matériel médical, dans les frais de garde d'enfants malades ou d'inscription à une crèche ou encore d'abonnement à un club sportif, dans le remboursement de frais médicaux comme des soins orthodontiques. Sur certains points, le lien avec un besoin complémentaire de l'assuré social et correspondant à la principale raison d'être des mutualités peut paraître plus ténu quand, par exemple, il est question d'une réduction à laquelle le membre a droit en réservant un voyage auprès d'une agence partenaire.¹²

Dans un arrêt du 24 novembre 2011, la Cour constitutionnelle a considéré, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne en matière de droit de la concurrence, que ces services ne constituent pas des activités de nature économique.¹³ Elle a conclu de la manière dont le législateur organise ces activités que celles-ci reposent sur un principe de redistribution sociale et qu'elles obéissent à un régime de contrôle étatique. Les services en cause participent, dit la Cour, à la mise en œuvre du principe de solidarité qui requiert qu'il n'y ait pas de lien direct entre les cotisations et les prestations octroyées.

La ligne de démarcation entre les services qui peuvent être proposés par les mutualités, d'un côté, et les assurances que peuvent offrir les sociétés mutualistes d'assurance et les assureurs privés, de l'autre, paraît à première vue clai-

11 L'article 5 de la directive 2009/138/CE précise qu'elle ne s'applique pas aux opérations des organismes de prévoyance et de secours dont les prestations varient d'après les ressources disponibles et dans lesquels la contribution des adhérents est déterminée forfaitairement.

12 Voy. à titre d'exemple : <https://www.partenamut.be/fr/services-ma-mutuelle/partenaire/vacances> (consulté le 21 mars 2022).

13 C.C., 24 novembre 2011, n°180/2011, rôle 5063, spéc. les considérants B. 14.7.2. à B.15.5.

rement définie. Sans jeu de mots, on pourrait dire que l'on trouve, à gauche, les couvertures qui sont par nature sociales en ce qu'elles accueillent tout le monde, pour autant que la personne soit affiliée à la mutualité et, à droite, les assurances privées qui reposent sur la sélection des risques, ce qui n'empêche pas qu'elles jouent un rôle social en tant que complément des premières et en raison de la nature du risque couvert.

B. Concurrence entre mutualités

Il n'est pas inexact de dire que les mutualités, pourtant rouages à part entière du régime de la sécurité sociale, se livrent une certaine concurrence entre elles via la gamme plus ou moins étendue de leurs services complémentaires et le montant de la cotisation correspondante. On décide de s'inscrire à telle mutualité ou d'en quitter une pour une autre après avoir examiné et comparé les différentes offres et déterminé l'intérêt pécuniaire que l'on peut retirer d'une affiliation en fonction de sa situation personnelle et de la composition de son ménage. La démarche préalable à l'adhésion en qualité de membre n'est pas tellement différente de celle que l'on accomplit avant de conclure un contrat d'assurance.

Généralement, les mutualités regroupent ces services sous l'expression "assurance complémentaire", ce qui peut prêter à confusion. Il n'y a de complément que par rapport à l'assurance sociale obligatoire, mais il n'y a aucun caractère facultatif pour le membre. La cotisation inclut d'office le bénéfice de la panoplie de services additionnels.¹⁴ Le terme "assurance" devrait être réservé, aussi bien dans la pratique qu'en théorie, aux contrats offerts par la société mutualiste d'assurance.

C. Absence de concurrence entre mutualités et assurances

Le montant maximal de la cotisation annuelle que la mutualité peut réclamer par ménage mutualiste, entendu comme le titulaire des prestations, est fixé à la somme de 250 EUR (montant indexé).¹⁵ Cela n'a pas empêché les mutualités d'étendre leurs services au fil du temps ni de majorer leur intervention dans le remboursement de certains frais médicaux. Il est permis de se demander si ces extensions ne peuvent avoir pour effet de limiter l'intérêt de conclure une assurance privée complémentaire. Pourquoi souscrire une assurance pour les

¹⁴ Voy. les informations communiquées en ce sens sur le site de l'Office de contrôle des mutualités : <https://www.ocm-cdz.be/fr/particuliers/votre-mutualite-et-vous/assurance-obligatoire-et-assurance-complementaire> (consulté le 21 mars 2022).

¹⁵ Art. 1^{er} de l'arrêté royal du 2 mars 2011 portant exécution de l'article 67, alinéas 2 à 4, de la loi du 26 avril 2010 portant des dispositions diverses en matière de l'organisation de l'assurance maladie complémentaire, M.B., 25 mars 2011, p. 20628.

frais ambulatoires ou pour les frais dentaires si la mutualité rembourse déjà en grande partie ce type de frais ?

Il est en soi heureux que de tels services existent. Ils témoignent de la reconnaissance d'un besoin de couverture, lié à l'insuffisance des prestations de la sécurité sociale. Ils contribuent aussi, comme les contrats d'assurance, à la prise en charge des dépenses de soins de santé et à l'allègement de la facture des individus. Il convient de vérifier si les acteurs qui sont susceptibles d'apporter une réponse, même partielle, à ce besoin sont soumis à des règles équivalentes. Tenant compte de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 24 novembre 2011 qui a exclu le caractère économique de ces activités, il ne semble pas que l'on puisse y voir, même quand elles ont vocation à s'amplifier, une quelconque entrave aux règles de la concurrence.

II. L'égalité de traitement entre les hommes et les femmes

On se souvient des remous que l'instauration du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes avait générés dans le secteur des assurances dans les branches où les assureurs avaient jadis l'habitude de retenir le critère du sexe comme facteur de différenciation. Les grandes controverses auxquelles la loi du 10 mai 2007 (ci-après la loi genre) avait donné lieu sont aujourd'hui dépassées.¹⁶ Les lignes directrices sur l'application de la directive 2004/113/CE que la Commission européenne a publiées à la suite de l'arrêt de la Cour de Justice du 1^{er} mars 2011 furent les bienvenues ;¹⁷ elles ont été prises en compte par le législateur belge lors de la modification de la loi genre par la loi du 19 décembre 2012.¹⁸

Comme le Professeur COLLE l'avait très justement prédit, la mesure dans laquelle le principe de non-discrimination entre les hommes et les femmes a eu une incidence sur le prix des couvertures, a pu dépendre non seulement de l'assurance en cause – qu'il s'agisse d'une assurance de la responsabilité civile automobile, d'une assurance sur la vie individuelle ou de l'assurance maladie –,

16 Loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 30 mai 2007, p. 29031. La loi a donné lieu à une multitude de très bonnes analyses. Il n'est pas possible de les mentionner toutes ici. Voy. en particulier B. WEYTS, "De antidiscriminatiewet van 10 mei 2007 en verzekeringen", in J. ROGGE (ed.), *Discriminatie, differentiatie mannen-vrouwen en verzekeringen*, Dossier du Bulletin des assurances, n°13, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 7-19 ; Y. THIERY, "Gelijkheid, dienstverlening en verzekering : een herontdekkingstocht", *R.D.C.*, 2007, p.747-772.

17 Lignes directrices sur l'application de la directive 2004/113/CE du Conseil dans le secteur des assurances, à la lumière de l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire C-236/09 (Test-Achats), J.O.U.E., 13 janvier 2012, C 11, p. 1-11. Pour un excellent commentaire de cet arrêt du 1^{er} mars 2011, voy. Y. THIERY, "Des femmes, des hommes et des assurances : revisie door het hof van Justitie", in C. VAN SCHOUWBROECK, W. DEVROE, K. GEENS et J. STUYCK (eds.), *Over grenzen – Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen-Cambridge, Intersentia, 2011, p. 279-289.

18 Voy. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 307, n°461-476.

mais également de l'équilibre ou la proportion des assurés des deux sexes dans les portefeuilles d'assurance des différentes compagnies.¹⁹

En ce qui concerne l'assurance maladie, l'adoption de la loi du 10 mai 2007 a aussi conduit à un mouvement d'égalisation du contenu des couvertures (A), mouvement qui s'est poursuivi à la faveur de l'élargissement des motifs de discrimination (B).

A. Primes et prestations identiques

Outre la révision des tarifs, les conditions et l'étendue des garanties ont été modifiées afin qu'elles soient énoncées de manière identique pour tous les assurés, quel que soit leur genre. S'agissant des assurances hospitalisation, il n'était pas rare de trouver des contrats qui prévoyaient un délai général d'attente de trois mois, valable pour toutes les hospitalisations consécutives à une maladie, et de douze mois, parfois même vingt-quatre, pour les frais liés à une grossesse ou un accouchement. Pareille clause établissait une condition de garantie différente, plus défavorable pour les femmes. Elle a été supprimée compte tenu de l'interdiction absolue, posée par le législateur européen et reprise à l'article 10, § 2, de la loi genre, d'opérer des différences de traitement, que ce soit au niveau de la prime ou de la prestation, en raison d'un état de grossesse ou d'une maternité.

La loi du 10 mai 2007 n'a pas eu pour effet de modifier le principe de l'assurance qui est de couvrir un risque. Un refus d'intervention qui trouve son fondement dans la circonstance que l'assurée était déjà enceinte au moment de la conclusion du contrat est justifié. L'assureur peut valablement préciser qu'il interviendra dans les frais liés à une grossesse ou à un accouchement et sans préjudice de l'application du délai - général - d'attente, à la condition que la grossesse ait débuté postérieurement à la date de la prise d'effet de la garantie à l'égard de la personne qui en est la bénéficiaire.

B. Élargissement des motifs de discrimination

La loi 4 février 2020 a modifié la loi du 10 mai 2007 afin de renforcer l'égalité des genres en lien avec la vie familiale.²⁰ L'article 4, § 1, de la loi genre est désormais libellé comme suit : "une distinction directe fondée sur la grossesse, l'accouchement, l'allaitement, la maternité, l'adoption et la procréation médicalement

19 Ph. COLLE, "Kritische verzekeringsrechtelijke bedenkingen bij de wet ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen", in J. ROGGE (ed.), *Discriminatie, geslachtsdifferentiatie en verzekeringen*, Dossier du Bulletin des assurances n°13, Mechelen, Kluwer, 2007, p. 64.

20 Loi du 4 février 2020 modifiant, en ce qui concerne l'interdiction de discrimination relative à la paternité ou à la comaternité, la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes, M.B., 28 février 2020.

assistée, est assimilée à une distinction directe fondée sur le sexe". Les termes "allaitement", "adoption" et "procréation médicalement assistée" ont été ajoutés par rapport à la version antérieure. L'article 4, § 4, tel que modifié, assimile aussi toute distinction directe fondée sur la paternité ou la comaternité à une distinction directe fondée sur le sexe.

En ajoutant des motifs de discrimination, le législateur a entendu suivre les recommandations que l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes avait formulées afin de mieux protéger les personnes confrontées à des difficultés dans leur aspiration à concilier la vie familiale et la vie professionnelle.²¹ En ce qui concerne plus particulièrement la fécondation in vitro, il a été relevé au cours des travaux préparatoires que les femmes, victimes de discrimination, étaient jusqu'alors tenues d'invoquer les articles relatifs à la grossesse et à la maternité "alors qu'elles ne sont pas encore enceintes et pas encore mères et que malheureusement, le traitement échouera pour certaines d'entre elles".²² Considérant que leur situation n'était pas suffisamment prise en compte, le législateur a décidé de corriger le tir en érigeant la procréation médicalement assistée en critère protégé.

Cette modification, dont l'objectif visait essentiellement les discriminations sur le lieu du travail, a eu une incidence sur l'étendue des garanties des assurances soins de santé.

Les dispositions contractuelles qui portent spécifiquement sur les traitements de procréation médicalement assistée n'étaient pas visées par l'article 10, § 2 de la loi du 10 mai 2007. Les frais exposés à la suite d'un traitement qui a pour but de favoriser l'obtention d'une grossesse ne sont pas, comme tels, des frais liés à la grossesse.

Les assureurs avaient généralement continué d'exclure les prestations résultant d'une insémination artificielle. Quant à la fécondation in vitro, elle pouvait faire l'objet d'une garantie, mais le plus souvent celle-ci était assortie d'un plafond spécifique et plus faible que pour le reste des couvertures, ainsi que d'un délai d'attente plus long. Ces conditions pouvaient le cas échéant s'accompagner de l'exigence supplémentaire que le partenaire soit également couvert depuis le même laps de temps. Quelles que soient l'indication médicale et la cause de l'infertilité, la facture relative à ces deux types d'intervention, qui correspondent aux techniques les plus connues de procréation médicalement assistée,²³ est établie au nom de la femme qui subit le traitement.

Ces clauses qui prévoient des exclusions ou des restrictions de couverture par rapport aux autres garanties du contrat ne sont plus autorisées. On ne peut

21 *Doc. parl.*, Ch. Repr. sess. extraordinaire 2019, n°55-0165/002, p. 2.

22 *Doc. parl.*, Ch. Repr. sess. extraordinaire 2019, n°55-0165/007, p. 16

23 Il en est d'autres qui, le cas échéant, concernent spécifiquement les hommes.

y voir autre chose que des distinctions directes fondées sur la procréation médicalement assistée qui constituent, en vertu de la loi, des distinctions directes fondées sur le sexe et sont, partant, interdites. Aucune des hypothèses dans lesquelles le législateur permet des justifications des distinctions n'est en l'occurrence rencontrée.²⁴

L'élargissement des critères de protection a appelé les assureurs et sociétés mutualistes d'assurance à revoir leur copie.²⁵ Toutes les questions ne sont pas nécessairement résolues pour autant. Suivant la logique de l'assurance qui est par nature aléatoire, on doit considérer que l'assureur peut refuser son intervention pour un traitement en cours au moment de la conclusion du contrat d'assurance. Encore faut-il s'entendre sur la notion de traitement en cours. La question sera normalement réglée via la clause qui prévoit un délai d'attente, dont la durée ne peut aujourd'hui être différente pour ce type d'interventions médicales de celle applicable aux autres. Il semble aussi que l'assureur ne pourrait pas reprocher à l'assuré(e) de ne pas avoir déclaré des problèmes de fertilité, voire un diagnostic d'infertilité, avant la souscription. Car si l'information avait été portée à sa connaissance, il n'aurait pas pu en tirer de conséquences quant à l'étendue de la couverture. Avant la modification législative, aucun questionnaire médical préalable à la souscription ne contenait de question sur ce point si délicat, mais l'assureur cernait le problème des états préexistants par des clauses limitatives de garantie.

En retouchant la loi genre, le législateur a, sans doute sans s'en rendre compte, renforcé la règle de l'égalité entre hommes et femmes dans le domaine de l'assurance. L'assurance soins de santé emboîte à cet égard directement le pas de la sécurité sociale, qui fixe les conditions d'accès au traitement notamment quant à l'âge des patients et au nombre d'interventions autorisées.²⁶ Dès que ces conditions sont réunies, l'assurance complémentaire doit prendre en charge les frais après intervention de l'assurance maladie-invalidité, sans autre limitation

²⁴ Art. 8, 9, 10, 16, 17 et 18 de la loi genre.

²⁵ Dans sa version initiale, l'article 204 de la L.A. (ex. art. 138bis-4, § 3 de la loi du 25 juin 1992) permettait à l'assureur de modifier la prime et/ou les conditions de couverture "(...) en cas de circonstances, y compris les modifications légales ou réglementaires, ayant également une influence significative sur le coût ou l'étendue des prestations garanties". Cette version du texte a constitué le fondement juridique de la révision des tarifs à laquelle les assureurs ont procédé à la suite de l'adoption de la loi genre pour appliquer des primes unisexes dans les assurances maladie individuelles. Aujourd'hui, l'assureur ne peut pas d'initiative revoir la prime d'un contrat d'assurance maladie non lié à l'activité professionnelle en cours consécutivement à une modification législative qui aurait indirectement pour effet d'augmenter ses dépenses. La seule solution, si l'adaptation de la prime à l'indice des prix à la consommation ou à un indice médical n'est pas suffisante et que l'application du tarif donne lieu ou risque de donner lieu à des pertes, consiste à déposer un dossier auprès de la Banque nationale, conformément à l'article 504 de la loi de contrôle du 13 mars 2016.

²⁶ Pour plus de précision à ce sujet, voy. <https://www.inami.fgov.be/fr/themes/cout-remboursement/par-mutualite/medicament-produits-sante/remboursement/Pages/forfait-troubles-fertilitite.aspx> (consulté le 21 mars 2022).

que celles qui sont applicables contractuellement pour tout type de soins médicaux selon la formule de couverture choisie par le preneur d'assurance.

III. L'âge, un facteur de tarification incontournable

Si la loi genre interdit toute forme de discrimination fondée sur le sexe, les distinctions directes fondées sur l'âge ne sont pas condamnables au regard de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discriminations tant qu'elles sont objectivement justifiées par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires. Dans l'assurance soins de santé, parce que le risque de maladie augmente avec l'âge, la prime doit aussi en principe suivre le même mouvement. La tarification sur la base de l'âge dans l'assurance individuelle inclut néanmoins une composante de solidarité (A). Dans l'assurance collective, il reste difficile de prévenir le risque de majoration du prix de la couverture auquel l'assuré sera confronté quand viendra le moment de souscrire pour son propre compte (B).

A. Avec une composante de solidarité

Sans être le seul critère, l'âge est un élément important de la tarification en assurance soins de santé.²⁷ Cela est parfois mal compris : les assurés du troisième ou du quatrième âge ne sont-ils pas indirectement encouragés à se défaire de la couverture précisément à une période de leur vie où ils en ont le plus besoin ? Dans l'assurance non liée à l'activité professionnelle, c'est pourtant une situation que l'assureur entend éviter. Il écarte la formule de la prime de risque selon laquelle la prime croît d'année en année avec l'âge de l'assuré, en suivant l'augmentation du risque, ce qui conduirait à des montants impayables pour les assurés âgés. Il préfère la technique du nivellement de la prime qui implique qu'une prime moyenne soit réclamée au preneur d'assurance durant la vie du contrat.²⁸

Une prime nivelée implique que les assurés les plus jeunes paient plus que le prix nécessaire pour couvrir leur risque annuel tandis que la prime réclamée

27 J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 913, n°1466 à 1468 ; C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, 2^e éd., Coll. Droit des assurances, Limal, Anthemis, 2011, p. 231, n°606, qui précise qu'en assurance collective, "ce critère n'est pas pris en compte, sauf dans le cas de populations d'assurés très peu nombreuses où la situation s'apparente à des assurances individuelles du point de vue de l'hétérogénéité des risques".

28 J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT, "Le statut de la réserve de vieillissement en assurance maladie non liée à l'activité professionnelle et son impact sur les droits des assurés/preneurs d'assurances", *R.D.C.*, 2020/9, p. 1222, n°4.1. Au lieu de fixer la prime en fonction du risque moyen que présente l'assuré pendant toute sa durée de vie, l'assureur peut aussi déterminer des paliers progressifs de niveau de prime par tranches d'âge. Le nivellement se produit dans ce cas de figure au sein de chaque palier ou catégorie d'âge ainsi définie. Voy. aussi C. PARIS, *Manuel de droit des assurances*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 526, n°541-542.

aux plus âgés devient à un moment donné inférieure au coût du risque qu'ils représentent. Conformément à la réglementation de contrôle, l'assureur est tenu de constituer une provision pour vieillissement qui est alimentée pendant la première période du contrat et dans laquelle il pourra puiser afin de maintenir l'équilibre financier au cours du temps.²⁹

Dans un arrêt du 7 novembre 2019,³⁰ la cour d'appel de Bruxelles a reconnu le caractère collectif de la réserve de vieillissement, si bien que l'on ne peut pas la décomposer en une multitude de quotes-parts identifiables qui pourraient être attribuées individuellement à chaque preneur. Il a été excellemment démontré que les velléités de privatiser cette réserve, loin de profiter aux assurés comme cela est parfois défendu, leur seraient préjudiciables car elles auraient pour effet d'alourdir la charge de la constitution de la provision et les priveraient du bénéfice de la solidarité entre les assurés.³¹

B. Difficultés liées à "l'assurance continuité"

Outre la jurisprudence,³² le législateur a reconnu la légitimité des distinctions tarifaires sur la base de l'âge. Il énonce, à l'article 211, 1° de la L.A., que l'un des éléments du calcul de la prime relative au contrat poursuivi à titre individuel, après la perte du bénéfice de l'assurance liée à l'activité professionnelle, est précisément "l'âge de l'assuré au moment de la poursuite individuelle du contrat".

Sachant que l'assuré peut être surpris par la hauteur du montant qui lui sera demandé à ce moment, tout particulièrement si la raison de la perte du bénéfice de l'assurance liée à l'activité professionnelle est son départ à la retraite, le législateur a envisagé un système afin qu'il puisse organiser le passage d'une couverture à l'autre et le préfinancer quand il est encore couvert par l'assurance liée à l'activité professionnelle. L'article 209, § 1, de la L.A. prévoit qu'il doit avoir la possibilité de verser pendant la durée de cette assurance une cotisation spécifique et complémentaire qui lui permettra, lors de la poursuite à titre individuel, de bénéficier d'un tarif calculé à l'âge auquel il a commencé à payer le complément pour autant qu'il n'ait pas interrompu les paiements, ou à un tarif adapté à due concurrence si des interruptions de paiement sont intervenues.

²⁹ Art. 11, § 1, A, 4°, de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances.

³⁰ Bruxelles, 7 novembre 2019, *For. ass.*, 2020, n°202, p. 15.

³¹ J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT, "Le statut de la réserve de vieillissement en assurance maladie non liée à l'activité professionnelle et son impact sur les droits des assurés/preneurs d'assurances", *R.D.C.*, 2020/9, p. 1217-1229, spéc. p. 1224, n°53 ; C. DEVOET, "La réserve de vieillissement en assurance hospitalisation n'ouvre aucun droit individuel", note sous Bruxelles, 7 novembre 2019, *For. ass.*, 2020, n°202, spéc. p. 21.

³² Bruxelles, 14 septembre 2010, *Bull. ass.*, 2011/3, p. 312, note J.-C. ANDRÉ-DUMONT, "Un traitement différencié n'est pas synonyme de discrimination" ; Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2006 et 14 septembre 2010, *For. ass.*, 2011, n°115, p. 128, note C. DEVOET, "Quand la cour d'appel de Bruxelles prend la défense des jeunes assurés contre Test-Achats ...".

Pour ce faire, la loi prévoit que l'assureur a l'obligation d'informer le preneur de l'assurance liée à l'activité professionnelle de cette possibilité de financement individuel complémentaire. De son côté, le preneur d'assurance doit transmettre cette information sans délai à l'assuré principal. Ces obligations d'information sont chacune sanctionnées lourdement.

Dans la pratique, on constate que ce mécanisme de préfinancement n'a guère rencontré de succès. Il est peu d'assurés qui, du temps où ils sont couverts par une assurance liée à l'activité professionnelle, se préoccupent de la situation qui sera la leur lorsqu'ils viendront à en perdre le bénéfice et qui sont disposés à payer une prime additionnelle pour se préparer au jour où ce moment viendra, sans savoir quand ni même si ce moment viendra.³³

Au-delà du manque d'intérêt des personnes auxquelles cet instrument est destiné, lié sans doute également au caractère non rachetable par l'intéressé de la réserve ainsi formée,³⁴ on pourrait être frappé de constater que les assureurs qui offrent des contrats d'assurance soins de santé liés à l'activité professionnelle n'ont pas tous mis en place un tel dispositif.

On ne trouve pas d'indication précise dans les travaux préparatoires de la loi sur le devoir de l'assureur en la matière, si ce n'est un extrait de l'avis du Conseil d'Etat ici reproduit : "Selon le délégué du gouvernement, l'intention n'est pas d'obliger toutes les entreprises d'assurance à proposer la possibilité de payer une prime complémentaire. Compte tenu de ce qui précède, la rédaction suivante est suggérée (...) : Si l'assureur prévoit pour l'assuré la possibilité de payer à titre individuel une prime complémentaire, il en informe le preneur d'assurance. Ce dernier transmet cette information sans délai à l'assuré principal".³⁵

Néanmoins, la suggestion n'a pas été reprise dans le texte légal qui énonce, en toute circonstance, une obligation d'information à charge de l'assureur. Celui-ci peut alors se trouver dans une position un peu ubuesque quand, respec-

33 La crainte que le régime ne soit pas suivi d'effet avait déjà été exprimée au cours des travaux parlementaires où l'on souligne qu'il ne présente pas vraiment de solution pour la génération plus âgée, qui ne pourrait "verser des primes complémentaires que durant un nombre d'années limité", ni pour les plus jeunes "qui ne souhaitent ou ne peuvent peut-être pas supporter" cet effort supplémentaire. Au-delà de cette remarque, l'opinion critique la disposition qui permet à l'assureur de déterminer la prime au moment de la poursuite à titre individuel en fonction de l'âge atteint par l'assuré à ce moment, au motif qu'elle laisse "en fait les mains libres aux assureurs pour fixer le montant de la prime au niveau qu'ils l'entendent" : *Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord., 2005-2006, n°51-2689/004*, p. 25.

34 Les travaux préparatoires évoquent la constitution d'une réserve individuelle (*Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord., 2005-2006, n°51-2689/001*, p. 19), mais la loi n'a rien prévu de tel. En ce sens, J.-Ch. ANDRÉ-DUMONT, "Le statut de la réserve de vieillissement en assurance maladie non liée à l'activité professionnelle et son impact sur les droits des assurés/preneurs d'assurances", *R.D.C.*, 2020/9, p. 1220, n°3.2.2. et p. 1224, n°5.3.2. Cela accroît le sentiment que l'assuré risque de payer "pour rien", par exemple, s'il décide pour une raison ou une autre, quand il perd le bénéfice de l'assurance professionnelle, de conclure un contrat à titre individuel auprès d'une société mutualiste d'assurance ou d'un autre assureur que celui auprès duquel il a versé les compléments de prime.

35 Avis de la Section législation du Conseil d'Etat n°40.131/1, p. 6, <http://www.raadvst-consetat.be> (consulté le 22 avril 2021).

tant son obligation envers son cocontractant, il n'est pas en mesure de lui expliquer comment les assurés peuvent concrètement procéder.

Au moment de l'adoption de la loi, la doctrine avait souligné les difficultés et incertitudes auxquelles l'assureur était confronté pour mettre en place un régime de préfinancement et élaborer un tarif adéquat,³⁶ laissant entendre que la pratique pourrait développer des solutions idoines.³⁷

On ne manquera pas de relever ici les perspectives qui se sont ouvertes plus récemment du côté des sociétés mutualistes d'assurance. L'une d'elles propose une assurance continuité qui, outre la perception de la prime complémentaire destinée à préparer l'avenir, présente aussi l'avantage de prévoir une couverture des frais d'hospitalisation qui restent à charge de l'assuré après intervention de l'assurance liée à l'activité professionnelle. L'engagement de la société mutualiste à ce titre est conçu comme le complément d'une autre assurance. Il représente une créance dont l'assuré peut exiger l'exécution avant la perte du bénéfice de l'assurance liée à l'activité professionnelle. Même si la prestation prévue reste relativement limitée, cette formule atténue l'inconvénient majeur des plans de financement classiques qui se limitent à garantir un avantage futur.

L'objet principal de ce contrat est de déterminer, à l'avance, les modalités du passage vers une assurance individuelle, en spécifiant les différentes formules de couverture auxquelles l'assuré aura accès auprès de la société mutualiste tout en soulignant que le passage se réalisera sans stage et sans questionnaire médical.³⁸ La société mutualiste d'assurance y trouve le moyen habile d'attirer des assurés et, pour les mutualités auxquelles elle est liée et qui jouent le rôle d'intermédiaire d'assurance, de fidéliser leurs membres. Dès lors qu'elle ne conclut pas d'assurances collectives, la société mutualiste bénéficie sans doute d'une plus grande marge de manœuvre pour déterminer le montant du préfinancement que son concurrent du secteur privé. Elle n'est pas tenue par la condition de similarité entre les garanties (art. 210 de la L.A.) ; elle ne doit pas tenir compte du contenu des garanties d'une assurance professionnelle, qui peut être appelé à

36 Pour une synthèse des questions, voy. J.-M. BINON, *Droit des assurances de personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 904, n°1455 à 1458, ainsi que les commentaires et références dans les notes subpaginales. Voy. également C. DEVOET, "La loi du 20 juillet 2007 sur l'assurance maladie privée – Quelques commentaires", *For. ass.*, 2007, n°77, p. 135, soulignant que pour que ce mécanisme fonctionne correctement, il faut que le régime de l'assurance collective reste inchangé dans le temps ; J. BEERNAERT, "La loi Verwilghen : poursuite individuelle de l'assurance maladie liée à l'activité professionnelle", *L'assurance au présent*, 13-17 septembre 2010, p. 13.

37 L. VEREYCKEN, "Loi Verwilghen – Les primes individuelles de vieillissement dans le cadre des assurances maladie collectives", *L'EB*, janvier 2008, n°1, p. 4-5.

38 Une réserve est toutefois prévue permettant, sur la base du questionnaire médical à remplir au moment de la souscription à l'assurance continuité, en cas de maladies, affections ou états préexistants, d'appliquer une limitation de la couverture lors du passage vers la couverture individuelle. Voy. les conditions générales *Hospitalia Continuité*, 1^{er} janvier 2021, <https://www.partenamut.be/fr/infos-legales/conditions-generales-assurance> (consulté le 22 avril 2021). Un produit comparable (AG Care Vision) a été développé par AG Insurance, <https://www.aginsurance.be/Retail/fr/sante/hospitalisation/Pages/AG-Care-Vision.aspx> (consulté le 21 mars 2022).

évoluer entre le début du versement des primes complémentaires et le moment de la poursuite individuelle.

Conclusion

En complétant les interventions de la sécurité sociale, l'assurance soins de santé joue un rôle fondamental. Elle ne peut être confondue avec les services proposés par les mutualités. Qu'elle soit l'œuvre d'une société mutualiste d'assurance ou d'un assureur du secteur privé, elle ne peut, par nature, gommer toutes les distinctions entre les assurés. Des solutions existent, ne serait-ce qu'au regard de la diversité des formules de couverture, pour atténuer l'impact de l'augmentation du risque en fonction de l'âge.

Redelijk eigen- zinnig...

LIBER AMICORUM

Eric BREWAEYS

Philippe COLLE

Erna GULDIX

Bruno MAES

KnopsPublishing 



Aan deze publicatie ging een onafhankelijke peerreviewprocedure vooraf, waarbij elke bijdrage beoordeeld werd door twee referenten. Bij Boekenbank is het werk aangemeld met het label GPRC (Guaranteed Peer Review Content). Dit label werd ontwikkeld door Boek.be en wordt toegekend aan publicaties die voldoen aan de criteria van het VABB (Vlaams Academisch Bibliografisch Bestand).

Editors

Elisabeth ALOFS, Koen BYTTEBIER, Elise GOOSSENS & Jachin VAN DONINCK

Verantwoordelijke uitgever
KnopsPublishing

Ontwerp cover
Thomas SOETE
www.thomassoete.com

Foto gevierden
Bernadette MERGAERTS
www.bernadette mergaerts.net

© KnopsPublishing, 2023
Sint-Antoniusstraat 22
2200 Herentals
www.knops publishing.com

ISBN-13: 978-9-4603-5549-3
Wettelijk Depot: D/2022/11392/14

Alle rechten voorbehouden.

KnopsPublishing noch de editors, noch de auteurs kunnen aansprakelijk worden gesteld voor de inhoud van deze publicatie.