

# Les réserves pour raisons de santé et les conséquences d'une fausse déclaration de santé en droit des assurances (2<sup>e</sup> partie)

## Principes et évolution du droit en matière d'assurances privées, de prévoyance professionnelle et d'assurance d'indemnités journalières facultative selon la LAMal

Alexandre Lehmann\*

### III. Droit de la prévoyance professionnelle

#### A. Les réserves de santé

##### 1. Généralités

À l'instar des compagnies d'assurance sur la vie, les institutions de prévoyance garantissent des prestations en cas de vieillesse, de décès et d'invalidité. Des prestations de risque sont versées dans les cas de décès et d'invalidité. Comme les cotisations sont fixées en fonction des prestations assurées et que ces dernières comprennent la couverture des risques, il est important pour les institutions de prévoyance de connaître à l'avance la probabilité de survenance des risques. Par ailleurs, du point de vue économique, les institutions de prévoyance n'échappent pas au phénomène de «*sélection adverse*» ou d'«*antisélection*»<sup>113</sup>. Elles n'ont donc aucun intérêt à assurer des lésions préexistantes présentant une probabilité accrue de survenance du risque. C'est pourquoi les institutions de prévoyance peuvent, dans les limites définies ci-dessous, émettre des réserves de santé en cas d'atteinte à la santé préexistante.

##### 2. Les salariés

Les réserves de santé sont exclues dans le domaine de la prévoyance professionnelle obligatoire des salariés et des chômeurs. En effet, les dispositions de la LPP concernant les prestations – définies comme des prestations minimales dont le calcul est fixé par la loi – sont impératives<sup>114</sup>. Le mandat social prévaut, de même que le caractère complémentaire à l'AVS et à l'AI<sup>115</sup>. L'assuré a donc une prétention illimitée aux prestations minimales prévues par la LPP, même s'il présentait déjà une atteinte à la santé avant son affiliation<sup>116</sup>.

Des réserves de santé pour les risques de décès et d'invalidité ne peuvent donc être émises que dans le domaine de la prévoyance professionnelle surobligatoire, qui relève du droit privé<sup>117</sup>. La base légale régissant l'admissibilité des réserves pour raisons de santé des salariés se trouve à l'art. 331c CO, dont la teneur est la suivante :

«*Les institutions de prévoyance peuvent faire des réserves de santé en relation avec les risques d'invalidité et de décès. La durée de ces réserves est de cinq ans au plus.*»

La possibilité d'émettre une réserve pour raisons de santé est un droit et non une obligation. Si un risque pour lequel une réserve de santé a été émise survient pendant la durée de la réserve, seule la prestation relevant du domaine obligatoire est due.

Dans un arrêt de 2003, le Tribunal fédéral des assurances a interprété largement l'art. 331c CO, en ce sens qu'une réserve de santé ne doit pas conduire à une exclusion durable des prestations, mais qu'au contraire, si un cas d'assurance survient pendant la durée de la réserve, le droit aux prestations renaît après l'expiration de cette dernière (*i.e.* après cinq ans)<sup>118</sup>.

L'arrêt précité n'indique toutefois pas clairement si cette conclusion est applicable à toutes les réserves de santé – même au cas où une disposition réglementaire prévoirait le contraire – ou si elle ne vaut que dans le cas d'espèce<sup>119</sup>. En pratique, les institutions de prévoyance qui émettent des réserves pour raisons de santé ont tendance, dans leur majorité, à ne pas suivre la position du Tribunal fédéral des assurances et limitent leurs prestations au régime obligatoire (lorsqu'il s'agit d'institutions de prévoyance enveloppantes) ou les excluent entièrement si le risque sur lequel porte la réserve se réalise pendant la durée de celle-ci<sup>120</sup>.

\* Avocat, spécialiste FSA responsabilité civile et droit des assurances, CAS Prévoyance professionnelle, Etude Lehmann, Lausanne.

<sup>113</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), n. 2.

<sup>114</sup> Cf. HANS-ULRICH STAUFFER, *Berufliche Vorsorge*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2012, N 438, 154, et la référence citée.

<sup>115</sup> UELI KIESER/GABRIELA RIEMER-KAFKA/GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, *Tables du droit suisse des assurances sociales*, 2<sup>e</sup> éd., Zurich 2014, Table 28, 45.

<sup>116</sup> Toutefois, si une incapacité de travail est déjà survenue, la question de savoir quelle institution de prévoyance est tenue de fournir ses

prestations en cas d'invalidité ultérieure se résout par l'application de l'art. 23 LPP (pour la partie obligatoire).

<sup>117</sup> STAUFFER (n. 114), N 438, 155.

<sup>118</sup> Arrêt du TFA B 66/02 du 18 juin 2003 consid. 3.2, cité par STAUFFER (n. 114), N 441, 156.

<sup>119</sup> STAUFFER (n. 114), N 441, 156.

<sup>120</sup> HERMANN WALSER, in: Jacques-André Schneider/Thomas Gächter/Thomas Geiser (éds), *Commentaire LPP et LFLP*, Berne 2017, art. 14 LFLP N 4.

L'incertitude concernant l'interprétation de l'art. 331c CO est d'autant plus grande que sa nature est controversée<sup>121</sup> : s'agit-il d'une norme impérative, relativement impérative ou dispositive ?<sup>122</sup> Dans ce dernier cas, les institutions de prévoyance seraient libres de prévoir, dans leur règlement, des réserves d'une durée supérieure à cinq ans pour les risques de décès et d'invalidité – ce qui ne serait guère compatible, à notre avis, avec le but poursuivi par l'art. 331c CO.

Les réserves de santé doivent indiquer la période durant laquelle elles s'appliquent, être datées et communiquées à l'intéressé avec l'admission dans l'institution de prévoyance<sup>123</sup>. L'institution de prévoyance ne peut pas émettre de réserve rétroactive<sup>124</sup>, ni formuler de nouvelle réserve durant le rapport de prévoyance. Dans le cas contraire, elle aurait la possibilité de réduire la protection d'assurance en excluant la prise en charge des atteintes à la santé nouvellement apparues, ce qui serait contraire au principe de l'assurance. Une exception existe pour le rachat ultérieur d'années d'assurance conduisant à de meilleures prestations, lorsque le règlement le prévoit<sup>125</sup>.

Pour que l'institution de prévoyance puisse se prévaloir de la réserve, l'atteinte à la santé pour laquelle elle a été émise doit présenter un lien clair avec l'atteinte à la santé qui fonde la demande de prestations. Si tel n'est pas le cas, parce que la connexité matérielle n'est pas donnée ou que la réserve a été formulée de manière trop ouverte et imprécise, l'institution de prévoyance doit fournir ses prestations<sup>126</sup>. Il découle de ce qui précède que les réserves pour raisons de santé doivent être énoncées explicitement – c'est-à-dire indiquer de manière explicite quelle est la nature de l'atteinte à la santé<sup>127, 128</sup>. Cela permet en particulier, en cas de chan-

gement ultérieur d'institution de prévoyance, de savoir quelle institution répond d'une atteinte à la santé déjà existante<sup>129</sup>.

Exemples :

- Une référence générale « *aux affections traitées en 2006* » est insuffisante puisqu'elle ne permet pas ultérieurement, en cas de changement d'institution, de reconnaître d'emblée sur quelle maladie porte la réserve<sup>130</sup>.
- Une réserve qui mentionne la « *maladie du système nerveux central (épilepsie)* » en tant que telle n'est pas formulée de manière assez précise. En effet, les affections du système nerveux central englobent une grande diversité de maladies (encéphalite, méningite bactérienne, sclérose en plaques, etc.). C'est pourquoi, selon les juges fédéraux, si l'on faisait abstraction de l'épilepsie mentionnée entre parenthèses ou que l'on donnait à celle-ci un caractère simplement exemplatif, la réserve n'apparaîtrait pas suffisamment précise au regard de la jurisprudence. Aussi doit-on considérer que la réserve ne peut pas être invoquée en présence de toute affection du système nerveux central, mais uniquement en cas d'épilepsie et ses suites<sup>131</sup>.

Afin que le salarié qui change d'emploi ne soit pas moins bien assuré à la suite d'une atteinte à la santé survenue avant l'affiliation à la nouvelle institution de prévoyance de l'employeur, l'art. 14 al. 1 LFLP dispose que « *[l]a prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raisons de santé* ». Concrètement, cela signifie que le capital de prévoyance accumulé jusque-là doit intégralement être pris en compte dans le calcul des prestations, y compris l'éventuelle part surobligatoire<sup>132</sup>.

Ainsi, dans les caisses en primauté des prestations, dans l'hypothèse où l'assuré passe d'une institution de prévoyance garantissant des prestations surobligatoires à une autre institution de prévoyance offrant de meilleures prestations surobligatoires, une nouvelle réserve pour raisons de santé ne peut être admise que pour l'augmentation additionnelle des prestations pour laquelle il n'y a pas eu de rachat<sup>133</sup>.

Dans les caisses en primauté des cotisations, le montant de la rente d'invalidité est calculé en se fondant sur l'avoir de prévoyance accumulé et sur la somme des bonifications de vieillesse afférentes aux années fu-

tible avec le but poursuivi par les assurances sociales (cf. STAUFFER [n. 125], 187). À l'inverse, l'émission des réserves pour raisons de santé obéit à des critères moins stricts en matière d'assurances purement privées, où la liberté contractuelle prévaut (cf. supra [première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017], n. 3).

<sup>121</sup> ANNE-SYLVIE DUPONT, in: Jean-Philippe Dunand/Pascal Mahon (éds), Commentaire du contrat de travail, Berne 2013, art. 331c CO N 3.

<sup>122</sup> *Ibidem* et les références citées; pour les spécialistes de droit du travail ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL/ROGER RUDOLPH et OLIVIER SUBILIA/JEAN-LUC DUC, l'art. 331c CO est de nature relativement impérative, respectivement impérative. À l'inverse, STAUFFER considère que cette norme – absente des listes des art. 361 et 362 CO – est de nature dispositive (STAUFFER [n. 114], N 441, 156).

<sup>123</sup> Arrêt du TFA B 94/05 du 6 novembre 2006 consid. 5.2 et la référence citée, arrêt du TF 9C\_806/2015 du 20 juin 2016 consid. 3.3. Le Tribunal fédéral précise dans ce dernier arrêt que l'exigence d'indication d'une atteinte à la santé, ou d'une formulation explicite en général, et d'une notification datée présuppose nécessairement une communication écrite et ne laisse place à aucune interprétation contraire. ATF 130 V 14 consid. 4.4.

<sup>124</sup> HANS-ULRICH STAUFFER, Berufliche Vorsorge – 100 Versicherungsfragen und Leistungsfälle, Zurich/Saint-Gall 2014, 187.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

<sup>126</sup> Arrêt du TFA B 94/05 du 6 novembre 2006 consid. 5.2 et la référence citée; arrêt du TF 9C\_806/2015 du 20 juin 2016 consid. 3.3.

<sup>127</sup> L'émission de réserves générales de santé qui excluent certains risques spéciaux pour tous les assurés d'un collectif, indépendamment de la question de savoir si une prédisposition de santé existe, ne doit pas être admise. En effet, une telle limitation supplémentaire des conditions d'obtention des prestations ne serait guère compa-

<sup>128</sup> Arrêt du TF 9C\_98/2015 du 5 août 2015 consid. 5.1; arrêt du TFA B 124/05 du 17 octobre 2006 consid. 2, RSAS 2007, 376.

<sup>129</sup> Arrêt du TF 9C\_806/2015 du 20 juin 2016 consid. 3.3, et la référence citée.

<sup>130</sup> Arrêt du TFA B 94/05 du 6 novembre 2006 consid. 6.1.

<sup>131</sup> Cf. STAUFFER (n. 125), 181; cf. également arrêt du TFA B 41/00 du 26 novembre 2001 consid. 4.

<sup>132</sup> STAUFFER (n. 114), N 443, 156.

tures jusqu'à l'âge de la retraite<sup>134</sup>. Par conséquent, la rente d'invalidité sera d'autant plus élevée que l'avoire de prévoyance déjà acquis est élevé. Le même principe vaut pour les autres prestations de rente (pour enfants, pour survivants).

Exemple :

Selon le règlement de sa nouvelle institution de prévoyance, l'assuré M. peut prétendre à une rente d'invalidité de 40% du salaire assuré. Pour un salaire annuel de 80 000 francs, duquel il y a lieu de retrancher la déduction de coordination de 24 675 francs (chiffres 2015/16/17), M. a donc droit à une rente d'invalidité d'un montant annuel de 22 130 francs (40% de [80 000.– moins 24 675.–]).

M. a apporté de sa précédente institution de prévoyance une prestation de libre passage qui, additionnée aux bonifications de vieillesse relatives aux années futures, lui donne droit à une rente d'invalidité de 15 300 francs (taux de conversion LPP de 6,8% × 225 000.–) (art. 24 al. 2 et 3 LPP).

Conformément à l'art. 14 al. 1 LFLP, la rente d'invalidité est obligatoirement due à hauteur de 15 300 francs, tandis que les prestations allant au-delà de ce montant (différence entre 15 300.– et 22 130.–) peuvent être exclues par une réserve de santé.<sup>135</sup>

À relever encore qu'aux termes de l'art. 14 al. 2 LFLP, « [l]e temps de réserve déjà écoulé dans l'ancienne institution de prévoyance doit être imputé à la nouvelle réserve. Les conditions de la nouvelle institution de prévoyance sont applicables si elles sont plus favorables pour l'assuré. » Il doit cependant s'agir de la même atteinte. Si l'institution de prévoyance doit se prononcer sur une nouvelle atteinte, une nouvelle réserve de santé d'une durée maximale de cinq ans peut être émise<sup>136</sup>.

### 3. Les indépendants

Aux termes de l'art. 45 al. 1 LPP, la couverture des risques de décès et d'invalidité peut faire l'objet d'une réserve pour raisons de santé durant trois ans au plus. L'al. 2 précise qu'une telle réserve n'est pas admissible si l'indépendant s'assure à titre facultatif moins d'une année après avoir été soumis à l'assurance obligatoire pendant au moins six mois.

L'art. 45 LPP vise la couverture facultative des indépendants selon la prévoyance professionnelle obligatoire<sup>137</sup>. La possibilité d'émettre une réserve de santé de durée limitée pour les prestations minimales LPP permet d'éviter – ou, du moins, d'atténuer – les effets du phénomène de « *sélection adverse* »<sup>138</sup>. Dans son Message du 19 décembre 1975 relatif à la LPP, le Conseil fédéral indiquait à ce propos qu'« [i]l pourrait être en

*effet tentant, s'agissant d'une assurance facultative, d'attendre qu'apparaissent les signes avant-coureurs de l'invalidité ou du décès pour se faire admettre dans l'institution de prévoyance. Or, si elle se généralisait, une telle manière de faire risquerait de fausser les données actuarielles et de provoquer un déséquilibre financier. Même isolés, les cas de cette nature se traduiraient par une « solidarité à sens unique » des autres membres de l'institution de prévoyance envers la personne assurée à titre facultatif. »*<sup>139</sup>

La question de savoir si une réserve de santé peut conduire à une exclusion durable des prestations si le cas d'assurance survient pendant la durée de la réserve n'a pas reçu de réponse claire<sup>140</sup>. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER est d'avis que la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances du 18 juin 2003, selon laquelle le droit aux prestations renaît après l'expiration de la réserve, est applicable par analogie à la situation des indépendants, mais précise qu'une disposition réglementaire peut prévoir le contraire<sup>141</sup>. En l'état de la jurisprudence, la validité d'une telle clause demeure toutefois incertaine<sup>142</sup>.

À relever encore que, dans le domaine de la prévoyance étendue au sens de l'art. 4 al. 3 LPP, le prononcé de réserves non limitées dans le temps est admis<sup>143</sup>.

### 4. Incapacité de travail survenue avant l'affiliation

Si une incapacité de travail partielle est déjà survenue avant l'affiliation à la nouvelle institution de prévoyance, la question principale à trancher est celle de savoir quelle institution de prévoyance est tenue de fournir ses prestations en cas d'invalidité ultérieure. À cet égard, l'art. 23 al. 1 let. a LPP dispose qu'ont droit à des prestations d'invalidité les personnes qui sont invalides à raison de 40% au moins au sens de l'AI, et qui étaient assurées lorsqu'est survenue l'incapacité de travail dont la cause est à l'origine de l'invalidité.

La qualité d'assuré doit seulement être donnée au moment de la survenance de l'incapacité de travail ; il n'est en revanche pas nécessaire qu'elle le soit également au moment de la survenance de l'invalidité pertinente quant à l'octroi de la rente<sup>144</sup>. Afin que l'incapacité de travail puisse devenir pertinente pour le droit de la pré-

<sup>134</sup> Art. 24 al. 2 et 3 LPP.

<sup>135</sup> Exemple inspiré de STAUFFER (n. 125), 183.

<sup>136</sup> STAUFFER (n. 125), 184.

<sup>137</sup> Cf. JACQUES-ANDRÉ SCHNEIDER, in: Jacques-André Schneider/Thomas Gächter/Thomas Geiser (éds), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2017, art. 45 LPP N 2.

<sup>138</sup> Supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), n. 2.

<sup>139</sup> Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité du 19 décembre 1975, FF 1976 I 220-221, cité par SCHNEIDER (n. 137), art. 45 LPP, N 1.

<sup>140</sup> Supra, III.A.2., et n. 119.

<sup>141</sup> SCHNEIDER (n. 137), art. 45 LPP N 3.

<sup>142</sup> Cf. n. 119 et 120.

<sup>143</sup> SCHNEIDER (n. 137), art. 45 LPP N 4.

<sup>144</sup> MARC HÜRZELER, in: Jacques-André Schneider/Thomas Gächter/Thomas Geiser (éds), Commentaire LPP et LFLP, Berne 2017, art. 23 LPP N 2.

voyance, elle doit atteindre au moins 20%, d'après une pratique bien établie. De plus, la diminution du rendement doit être de nature durable, dans le sens où le dommage à la santé à la base de cette diminution est susceptible, à long terme, de porter gravement atteinte à la capacité de travail de la personne assurée<sup>145</sup>. Pour que l'ancienne institution de prévoyance reste tenue à prestations, il faut non seulement que l'incapacité de travail ait débuté à une époque où l'assuré lui était affilié, mais encore qu'il existe entre cette incapacité de travail et l'invalidité une relation d'étroite connexité matérielle et temporelle<sup>146</sup>.

En cas d'incapacité de travail préexistante, l'institution de prévoyance doit formuler une exclusion des prestations, en indiquant expressément à l'assuré qu'elle ne sera pas tenue de fournir ses prestations en cas d'invalidité due à cette atteinte. Toutefois, comme l'institution de prévoyance ne sait généralement pas si la capacité de travail de l'assuré va s'améliorer, rester stable ou se péjorer, elle sera bien avisée d'émettre, en plus, une réserve de santé. Sans cette précaution, il se pourrait qu'elle soit tout de même tenue de prester, par exemple en cas d'interruption du lien de connexité temporelle – circonstance qui libère l'ancienne institution de prévoyance aux dépens de la nouvelle<sup>147</sup>.

### B. La déclaration des risques et la réticence

En droit de la prévoyance professionnelle, la procédure de déclaration d'une atteinte à la santé est tout d'abord déterminée par les dispositions statutaires et réglementaires<sup>148</sup>.

Si celles-ci sont muettes ou lacunaires, il y a lieu d'appliquer à titre subsidiaire les principes développés en matière de droit des assurances privées<sup>149</sup>. À cet égard, il peut être entièrement renvoyé à ce qui a été exposé plus haut concernant l'art. 4 LCA<sup>150</sup>. En résumé, le devoir de renseigner incombant à l'assuré porte uniquement sur les faits importants pour l'appréciation du risque au sujet desquels l'institution de prévoyance a posé des questions expresses et non équivoques; l'assuré n'a pas à renseigner spontanément sur les risques dont il a connaissance; il doit déclarer non seulement les faits qui lui sont connus sans autre réflexion, mais aussi ceux qui ne peuvent lui échapper s'il réfléchit sérieusement aux questions posées; par ailleurs, il y a lieu de tenir compte des circonstances du cas particulier, notamment des qualités (intelligence, formation, expérience) et de la situation de l'assuré.

L'exemple du plâtrier alcoolique précédemment cité pour illustrer les principes de la réticence selon l'art. 6 LCA<sup>151</sup> concerne un cas de prévoyance professionnelle plus étendue. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral n'a pas admis la réticence invoquée par l'institution de prévoyance, bien que l'assuré sévèrement alcoolique ait répondu négativement à la question de savoir s'il avait souffert d'une ou plusieurs maladies durant les cinq dernières années. Les juges fédéraux ont tenu compte de l'horizon de compréhension limité de l'assuré, pour lequel le fait d'être malade signifiait subjectivement qu'il n'était plus capable d'effectuer son travail.

En cas de représentation, l'art. 5 al. 1 LCA est applicable, puisque l'assuré ne doit pas avoir la possibilité de cacher des facteurs de risque importants en faisant intervenir un représentant de bonne foi<sup>152</sup>.

À l'inverse des compagnies d'assurance privée pour les contrats portant sur une somme d'assurance de plus de 400 000 francs ou sur des assurances-invalidité facultatives allouant une rente annuelle de plus de 40 000 francs, les institutions de prévoyance ne peuvent exiger la transmission par l'assuré des résultats d'une analyse génétique présymptomatique, d'une analyse génétique prénatale ou d'une analyse visant à établir un planning familial, ni utiliser les résultats de telles analyses<sup>153</sup>.

La réticence et ses conséquences doivent aussi être examinées en fonction des dispositions statutaires et réglementaires valables au moment où a été conclu le contrat de prévoyance<sup>154</sup>, sous réserve du cas particulier dans lequel le règlement ou les statuts en vigueur au moment de la déclaration de résiliation interdisent une telle résiliation<sup>155</sup>.

En l'absence de telles dispositions, les institutions de prévoyance sont fondées à se départir du contrat de prévoyance en cas de réticence, par application analogique des art. 4 ss LCA, en particulier de l'art. 6 LCA<sup>156</sup>. Les principes développés plus haut concernant la réticence en matière d'assurances privées sont donc applicables<sup>157</sup>.

À noter que le règlement peut prévoir un délai plus long que quatre semaines pour invoquer la réticence.

<sup>145</sup> HÜRZELER (n. 144), art. 23 N 7.

<sup>146</sup> ATF 130 V 270.

<sup>147</sup> STAUFFER (n. 125), 184.

<sup>148</sup> STAUFFER (n. 114), N 446, 158.

<sup>149</sup> *Ibidem*.

<sup>150</sup> Supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.B.1.

<sup>151</sup> ATF 134 III 511, cf. supra II.C.1 (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), n. 54.

<sup>152</sup> Supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.B.2.

<sup>153</sup> Art. 27 al. 1 let. b LAGH, cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.B.3.b.

<sup>154</sup> ATF 130 V 9 consid. 2.1 *in fine* 12, cité dans l'arrêt du TF 9C\_532/2014 du 23 octobre 2014 consid. 3.1.

<sup>155</sup> Arrêt du TF 9C\_532/2014 du 23 octobre 2014 consid. 3.1, et les références citées.

<sup>156</sup> ATF 130 V 9 consid. 2.1 *in fine* 12, cité dans l'arrêt du TF 9C\_532/2014 du 23 octobre 2014 consid. 3.1.

<sup>157</sup> Supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.C.

Des délais de douze semaines<sup>158</sup> et de six mois<sup>159</sup> ont notamment été admis.

Une fausse déclaration de santé peut être particulièrement coûteuse pour l'assuré en matière de prévoyance professionnelle. En effet, si l'assuré-salarié répond correctement aux questions posées et mentionne une atteinte à sa santé, l'institution de prévoyance peut émettre une réserve de santé d'une durée maximale de cinq ans, conformément à l'art. 331c CO. Le droit aux prestations renaît toutefois après l'expiration de la réserve, sauf disposition réglementaire contraire<sup>160</sup>. Par contre, si cet assuré-salarié commet une réticence en lien avec la survenance ou l'étendue du sinistre, l'institution de prévoyance a non seulement le droit de résilier le contrat de prévoyance, mais aussi celui de refuser *définitivement* ses prestations en relation avec le sinistre<sup>161</sup>.

Cette conclusion, à laquelle parvient le Tribunal fédéral dans l'arrêt précité, est excessivement sévère et mériterait à notre avis d'être nuancée. En effet, l'assuré qui a commis une simple négligence en omettant de déclarer ou en déclarant inexactement un fait important pour l'appréciation du risque ne devrait pas être traité aussi sévèrement que celui qui a commis un dol. Il conviendrait de différencier les deux situations, par exemple en s'inspirant de la règle du comportement de substitution licite (*rechtmässiges Alternativverhalten*) en cas de négligence de l'assuré. Développée en droit de la responsabilité civile, cette objection permet à l'auteur d'un comportement illicite de se libérer de sa responsabilité au motif que le dommage se serait également produit s'il avait adopté un comportement (de substitution) licite<sup>162</sup>. Transposée à la fausse ou inexacte déclaration de l'assuré, ce dernier pourrait contester que son comportement illicite ait été la cause du «préjudice» subi par l'institution de prévoyance – à savoir de la prise en charge des prestations après un délai de cinq ans –, dans la mesure où celle-ci serait de toute manière intervenue. En effet, même si l'assuré avait correctement déclaré son atteinte à la santé, l'éventuelle réserve émise par l'institution de prévoyance aurait expiré après cinq ans, conformément à l'art. 331c CO.

En tout état de cause, il paraît difficile d'exiger de l'assuré le paiement d'une prime collective de risque complète, alors que les prestations auxquelles il peut prétendre sont limitées au minimum LPP<sup>163</sup>.

À souligner par ailleurs que le projet de révision partielle de la LCA, dont la procédure de consultation s'est achevée le 27 octobre 2016, prévoit que la libération complète de l'obligation de servir les prestations ne pourra dépasser le lien de causalité entre la réticence et l'obligation de l'entreprise

d'assurance de servir ses prestations<sup>164</sup>. Cette modification légale renforce l'opinion selon laquelle une fausse déclaration de santé commise par négligence ne doit pas conduire à une exclusion définitive des prestations, en cas de réserve limitée dans le temps.

L'institution de prévoyance devrait toutefois pouvoir se prévaloir de l'art. 28 CO en cas de tromperie qualifiée, comme le préconise FUHRER en matière d'assurances privées<sup>165</sup>.

En ce qui concerne l'ancien droit, il a été exposé plus haut que l'art. 6 aLCA, en vigueur jusqu'au 31 décembre 2005, permettait à l'assureur, en cas de réticence, de résoudre le contrat (avec effet rétroactif) et de refuser ses prestations pour un sinistre déjà survenu, même si celui-ci était sans rapport avec le fait qui constituait l'objet de la réticence<sup>166</sup>. Les conséquences pouvaient alors être très sévères pour l'assuré qui n'avait plus de garantie d'assurance et ne bénéficiait d'aucune couverture pour le sinistre déclaré. Cette ancienne disposition conserve son intérêt, y compris en matière de prévoyance professionnelle, puisque l'admissibilité du retrait du contrat de prévoyance se juge selon le droit en vigueur lors de l'entrée dans l'institution<sup>167</sup>.

Enfin, l'art. 8 LCA, qui énonce les situations dans lesquelles le contrat est maintenu malgré la réticence, est applicable par analogie en matière de prévoyance professionnelle<sup>168</sup>. L'assuré peut également se libérer des conséquences de la réticence en invoquant un «état de nécessité du mensonge» («*Lügennotwehr*») fondé sur une violation de ses droits de la personnalité<sup>169</sup>.

### C. Le dol

Comme nous l'avons vu plus haut, selon l'opinion généralement admise, les règles de la LCA concernant la réticence priment sur le dol (art. 28 CO)<sup>170</sup>.

Cette conception conduit toutefois à des résultats inopportuns en l'état du droit (*i.e.* après la révision de 2004)<sup>171</sup>. Il est ainsi choquant qu'en cas de tromperie intentionnelle de l'assuré, la protection d'assurance soit maintenue pour les dommages qui ne présentent pas de lien de causalité avec les faits non déclarés ou inexactement déclarés. En effet, il n'y a aucune raison de placer l'assureur – en l'occurrence l'institution de prévoyance – dans une situation plus défavorable à l'égard de l'assuré qui a agi par dol qu'il ne le serait en application du CO. Dans les cas de tromperie qualifiée, l'institution de prévoyance devrait donc avoir la pos-

<sup>158</sup> Arrêt du TFA B 106/05 du 7 décembre 2006, cité par SCHNEIDER (n. 137), art. 45 LPP N 6.

<sup>159</sup> Arrêt du TFA B 69/05 du 7 septembre 2006, cité par SCHNEIDER (n. 137), art. 45 LPP N 6.

<sup>160</sup> Supra, III.A.2., et n. 119.

<sup>161</sup> ATF 130 V 9; arrêt du TF 9C\_532/2014 du 24 octobre 2014; arrêt du TFA B 15/02 du 28 octobre 2003; cf. ég. HANS-ULRICH STAUFFER, Zur Zulässigkeit von Gesundheitsvorbehalten in der beruflichen Vorsorge, PJA 7/2004, 880-883.

<sup>162</sup> ATF 131 III 115 consid. 3.1.

<sup>163</sup> GUY LONGCHAMP, Newsletter NLRCAS du mois de décembre 2014, Commentaire de l'arrêt TF 9C\_532/2014 du 24 octobre 2014.

<sup>164</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), n. 79.

<sup>165</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.D; cf. également infra, III.C.

<sup>166</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.C.5.

<sup>167</sup> ATF 130 V 11 consid. 2.1.

<sup>168</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.C.6.

<sup>169</sup> *Ibidem*.

<sup>170</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.D.

<sup>171</sup> *Ibidem*.

sibilité d'exclure définitivement l'assuré du bénéfice des prestations plus étendues ou facultatives de risques avec effet *ex tunc*, dans le délai d'une année à partir du moment où le dol a été découvert<sup>172</sup>, sous réserve de dispositions réglementaires contraires. Une telle solution implique que les exceptions de l'art. 8 LCA ne sont pas applicables<sup>173</sup>.

Par ailleurs, l'application de l'art. 28 CO est théoriquement possible en matière de prévoyance plus étendue et facultative des indépendants lorsque l'assuré donne des renseignements inexacts sur ses intentions futures, puisque la déclaration des risques selon l'art. 4 LCA ne vise que les faits existants au moment de l'acceptation de la proposition d'assurance<sup>174</sup> – en l'occurrence de l'acceptation de l'affiliation auprès de l'institution de prévoyance.

#### D. La nullité du contrat

L'art. 9 LCA s'applique à la prévoyance étendue, à tout le moins en l'absence de règles statutaires spéciales, lorsque l'assuré était déjà entièrement invalide au moment de son entrée dans l'institution de prévoyance<sup>175</sup>.

Par contre, cette disposition ne couvre pas les cas dans lesquels le risque n'est survenu que partiellement: lorsqu'une personne invalide partielle a été admise dans l'assurance de la prévoyance étendue sans réserve et en vertu des dispositions statutaires de l'institution de prévoyance, elle peut avoir droit à une rente d'invalidité même si l'invalidité est imputable à une cause antérieure à l'admission dans l'assurance<sup>176</sup>. Ainsi, les institutions de prévoyance sont libres d'assurer les personnes invalides pour la part de leur capacité de gain restante, tout en étant autorisées à formuler des réserves à ce sujet<sup>177</sup>. En outre, les institutions de prévoyance ont la faculté de définir la qualité de bénéficiaires du droit aux prestations d'invalidité dans la prévoyance plus étendue, étant précisé que l'art. 23 LPP est présumé applicable en l'absence de disposition réglementaire contraire ou d'assurance particulière fournie à l'assuré<sup>178, 179</sup>.

## IV. Assurance d'indemnités journalières facultative (art. 69 LAMal)

### A. Généralités

L'assurance facultative d'indemnités journalières, régie par les art. 67 à 77 LAMal<sup>180</sup> et 107 à 109 OAMal<sup>181</sup>, a pour objectif de couvrir la perte de gain – ou la valeur des tâches que les personnes sans activité lucrative ne sont plus en mesure d'effectuer – en cas de maladie, de maternité et d'accident. Il s'agit d'une assurance sociale, soumise au droit public et qui se fonde sur un contrat de droit public<sup>182</sup>.

Conformément à l'art. 13 al. 2 let. d LAMal, les caisses-maladie et les assureurs privés ne sont autorisés à pratiquer l'assurance-maladie sociale que s'ils proposent, en sus de l'assurance obligatoire des soins, également l'assurance individuelle d'indemnités journalières<sup>183</sup>.

L'importance de cette assurance est toutefois relative en pratique. En effet, l'obligation d'admettre toute personne en droit de s'assurer<sup>184</sup> n'a qu'une portée limitée, dans la mesure où l'assureur est libre de convenir avec le preneur d'assurance du montant des indemnités journalières assurées<sup>185</sup>. Dans l'assurance individuelle, les assureurs se montrent généralement restrictifs puisqu'ils limitent, pour la plupart, les prestations à un niveau très bas<sup>186</sup>. En outre, le montant des primes est fréquemment élevé. Les assureurs préfèrent conclure des contrats d'indemnités journalières sur la base de la LCA, qui offre davantage de souplesse: en particulier, les réserves de santé peuvent être fixées sans limitation de durée, la loi n'exige pas un droit de passage dans l'assurance individuelle et le risque maternité n'est couvert que sur demande.

### B. Les réserves de santé, la déclaration des risques et la réticence

Comme en matière d'assurance privée, les assureurs d'indemnités journalières selon la LAMal sont confrontés au phénomène de « sélection adverse » ou d'« antisélection »<sup>187</sup>. Ils n'ont donc aucun intérêt à as-

<sup>172</sup> Cf. art. 31 CO.

<sup>173</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.D.

<sup>174</sup> *Ibidem*.

<sup>175</sup> ATF 118 V 158 consid. 5c et arrêt du TF 9C\_377/2014 consid. 3.5.2.

<sup>176</sup> SCHNEIDER (n. 137), art. 2 LPP N 55.

<sup>177</sup> *Ibidem*.

<sup>178</sup> *Ibidem* et les références citées.

<sup>179</sup> À noter que l'art. 10 du projet de révision partielle de la LCA, en consultation jusqu'au 27 octobre 2016, est mieux adapté aux particularités de la prévoyance professionnelle que ne l'est l'art. 9 LCA dans sa teneur actuelle. En effet, le nouvel art. 10 LCA donne aux parties la possibilité de conclure une assurance rétroactive si un *intérêt assurable* existe (al. 1); toutefois, si seul le preneur d'assurance ou l'assuré savait ou devait savoir qu'un sinistre était déjà survenu, l'assurance rétroactive est nulle (al. 2).

<sup>180</sup> RS 832.10.

<sup>181</sup> RS 832.102.

<sup>182</sup> STÉPHANIE PERRENOUD, in: Ghislaine Frésard-Fellay/Bettina Kahil-Wolff/Stéphanie Perrenoud (éds), *Droit de la sécurité sociale*, volume II, Berne 2015, N 520, 285.

<sup>183</sup> *Idem*, n. 823.

<sup>184</sup> Art. 68 al. 1 LAMal.

<sup>185</sup> Art. 72 al. 1 LAMal.

<sup>186</sup> Dans l'assurance individuelle, le montant limite des indemnités journalières est souvent compris entre 5 et 30 francs par jour. Par contre, dans l'assurance collective, les parties peuvent convenir de montants plus élevés, par exemple 80% du salaire effectif (cf. PERRENOUD [n. 182], N 557, 308).

<sup>187</sup> Dans une moindre mesure, certes, en raison du bas niveau de prestations. Sur le phénomène de « sélection adverse » ou d'« antisélection », cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), n. 2.

surer des lésions préexistantes présentant une probabilité accrue de survenance du risque. C'est pourquoi ils sont autorisés à exiger du preneur d'assurance qu'il réponde à un questionnaire de santé<sup>188</sup>. En cas d'atteinte à la santé à la santé préexistante, ils peuvent émettre des réserves de santé dans les limites fixées aux art. 69 et 70 LAMal.

L'art. 69 LAMal a la teneur suivante :

«<sup>1</sup> Les assureurs peuvent exclure de l'assurance, par une clause de réserve, les maladies existant au moment de l'admission. Il en va de même pour les maladies antérieures si, selon l'expérience, une rechute est possible.

<sup>2</sup> Les réserves sont caduques au plus tard après cinq ans. Avant l'échéance de ce délai, l'assuré peut fournir la preuve que la réserve n'est plus justifiée.

<sup>3</sup> La réserve n'est valable que si elle est communiquée par écrit à l'assuré et qu'elle précise le début et la fin de sa validité ainsi que le type de maladie qu'elle concerne.

<sup>4</sup> Les al. 1 à 3 sont applicables par analogie en cas d'augmentation du montant des indemnités journalières et de réduction du délai d'attente. »

La validité des réserves est limitée à cinq ans, comme en matière de prévoyance professionnelle plus étendue<sup>189</sup>. Si l'assuré est incapable de travailler en raison d'une maladie soumise à réserve, la période de paiement de l'indemnité journalière ne débute qu'à partir du moment où la réserve devient caduque<sup>190</sup>. À ce propos, le Tribunal fédéral a considéré qu'il n'est pas possible de soutenir le point de vue selon lequel les prestations seraient durablement exclues si le cas d'assurance survient pendant la période de validité de la réserve ; cela porterait atteinte, en particulier, au principe de l'équilibre entre cotisations et prestations<sup>191</sup>.

L'assuré dispose par ailleurs de la faculté de prouver que la réserve de santé n'est plus justifiée avant l'échéance du délai de cinq ans.

La description des maladies et de leurs suites doit être précise, pour les mêmes motifs que ceux exposés en matière de prévoyance professionnelle<sup>192</sup>.

Selon une jurisprudence constante rendue sous l'empire de l'ancienne LAMA, si un organe fait l'objet d'une réserve en raison d'une maladie, l'extension de la réserve à toutes les

maladies de l'organe en question est interdite ; il importe en effet que l'assuré soit renseigné avec précision sur le contenu de la réserve dont fait l'objet son contrat d'assurance et cela dès le moment où elle est instituée<sup>193</sup>.

En 1990, le Tribunal administratif du canton de Neuchâtel s'est prononcé sur la portée d'une réserve d'assurance intitulée « affection respiratoire (emphysème-asthme) » à l'occasion d'une hospitalisation de l'assuré en raison d'une décompensation cardio-respiratoire<sup>194</sup>. Il a considéré, à cet égard, qu'« il est douteux pour le moins que le terme < affection respiratoire > satisfasse, en soi, à l'exigence d'une formulation précise, équivalant à un véritable diagnostic [...]. La précision requise n'est atteinte, en l'espèce, que par les termes < emphysème > et < asthme >. Par conséquent, la réserve en question ne saurait viser que ces deux affections, clairement désignées, et non pas, conformément à la jurisprudence déjà citée, toutes les maladies possibles du système respiratoire, ni toutes les conséquences ou les suites de ces maladies [...]. D'une manière générale, une réserve d'assurance ne saurait recouvrir implicitement toutes les conséquences plus ou moins directes que la maladie peut en principe entraîner [...]. Il n'est ainsi pas décisif que la décompensation cardiaque traitée à la Clinique de Genolier soit – en partie en tout cas – secondaire à une affection pulmonaire (emphysème, asthme ou embolie pulmonaire) [...]. Il suffit de constater que le traitement ne visait pas l'emphysème ou l'asthme eux-mêmes, sur lesquels portait la réserve litigieuse. »

Dans le même sens, le Tribunal fédéral des assurances a sanctionné l'imprécision de réserves d'assurance intitulées « dépressions », « affection psychiatrique, psychonévrotique » et « suites de dépendance à une drogue »<sup>195</sup>.

À noter que la réserve fait l'objet d'une décision, conformément à l'art. 49 LPGA. L'assuré peut donc s'y opposer, cas échéant recourir contre la décision sur opposition puis contre le jugement du tribunal cantonal, en usant des voies de droit ordinaires<sup>196</sup>.

Si ce n'est pas la désignation de la maladie en tant que telle qui est contestée, mais l'application d'une réserve en soi non contestée à un traitement médical déterminé, l'assureur ne peut revenir sur sa décision antérieure pour modifier le contenu de la réserve, car cela serait déloyal envers l'assuré qui s'est fié à la désignation primitive de la maladie mise sous réserve<sup>197</sup>.

À l'occasion d'une procédure de recours, le juge doit se contenter de vérifier si le traitement litigieux tombe ou non sous le coup de la réserve instituée par l'assureur, la réponse à cette question dépendant du point de savoir s'il existe un rapport de causalité adéquate entre la maladie et la réserve<sup>198</sup>.

<sup>188</sup> À l'instar des institutions de prévoyance, les assureurs d'indemnités journalières selon la LAMal ne peuvent exiger la transmission par l'assuré des résultats d'une analyse génétique présymptomatique, d'une analyse génétique prénatale ou d'une analyse visant à établir un planning familial, ni utiliser les résultats de telles analyses (art. 27 al. 1 let a LAGH) (cf. supra [première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017], II.B.3.b).

<sup>189</sup> Cf. supra III.A.2.

<sup>190</sup> ATF 115 V 388 consid. 4 b) et 5.

<sup>191</sup> *Ibidem* ; à relever que le Tribunal fédéral s'est inspiré de cette jurisprudence rendue sous l'empire de l'ancienne LAMA pour interpréter l'art. 331c CO en matière de prévoyance professionnelle subobligatoire (cf. supra, III.A.2., n. 118).

<sup>192</sup> Cf. supra, III.A.2. et n. 127 et 128.

<sup>193</sup> RAMA 1987 174, consid. 2, cité in arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 7 mars 1990, RJN 1990 213, consid. 2.

<sup>194</sup> Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 7 mars 1990, RJN 1990 213, consid. 3c.

<sup>195</sup> RAMA 1997 120, 1990 21 ss, 257, 1989 282 ss, 1987 114, cités in KIESER/RIEMER-KAFKA/FRÉSARD-FELLY (n. 115), Table 28, 45.

<sup>196</sup> Art. 52 et 56 à 62 LPGA ; cf. PERRENOUD (n. 182), N 534, 296.

<sup>197</sup> Arrêt du Tribunal administratif du canton de Neuchâtel du 7 mars 1990, RJN 1990 213, consid. 2.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

Si l'assureur n'a pas formulé de réserve lors de l'admission ou de l'augmentation des prestations assurées, il ne peut le faire après coup qu'en cas de réticence<sup>199</sup>. À cet égard, il dispose d'un délai relatif d'une année dès la découverte du comportement fautif de l'assuré, toutefois d'un délai absolu de cinq ans, pour formuler une réserve rétroactive<sup>200</sup>. L'objectif est de remettre l'assuré dans la situation juridique dans laquelle il se serait retrouvé s'il avait répondu correctement aux questions concernant son état de santé<sup>201</sup>.

Par conséquent, contrairement à ce qui prévaut en matière de prévoyance professionnelle plus étendue ou facultative des indépendants, les dispositions de la LCA concernant la réticence ne s'appliquent pas par analogie à l'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal. La moindre sévérité des conséquences de la réticence dans ce domaine est due au caractère éminemment social de cette assurance ; elle se justifie au regard du niveau généralement bas des prestations.

La définition de la réticence correspond à celle retenue dans les domaines de l'assurance privée et de la prévoyance professionnelle. En effet, la jurisprudence relative aux art. 67 ss LAMal qualifie de réticence le fait de ne pas annoncer à la caisse, en passant sous silence de manière fautive, une maladie existante ou une maladie antérieure sujette à rechute, que l'assuré connaissait ou devait connaître en faisant preuve de l'attention qu'on pouvait exiger de lui<sup>202</sup>. L'obligation de renseigner ne s'étend toutefois pas à des indispositions survenues sporadiquement, qu'en toute bonne foi l'intéressé pouvait considérer comme des atteintes passagères et sans importance à son bien-être et que l'attention requise ne lui commande pas d'annoncer<sup>203</sup>. L'étendue de l'attention qu'on peut attendre de l'assuré dépend entre autres circonstances de la précision du questionnaire qui lui est adressé par la caisse ; il faut juger avec plus de sévérité le silence de l'intéressé lorsque le questionnaire est établi de manière minutieuse et concrète que lorsqu'il invite à fournir des renseignements sommaires et abstraits<sup>204</sup>. Les qualités personnelles de l'assuré sont également prises en compte (intelligence, formation, expérience)<sup>205</sup>.

Comme en matière d'assurances privées<sup>206</sup>, les fautes de son représentant sont imputées à l'assuré<sup>207</sup>.

À relever enfin qu'en cas de libre passage ou de passage de l'assurance collective à l'assurance individuelle, le nouvel assureur n'a pas le droit d'émettre de nouvelles réserves<sup>208</sup>. Il peut toutefois maintenir les réserves instaurées par l'ancien assureur<sup>209</sup>. L'assuré doit exercer dans le délai de trois mois son droit de libre passage<sup>210</sup>, respectivement de passage dans l'assurance individuelle<sup>211</sup>, sans quoi de nouvelles réserves peuvent lui être opposées en cas d'affiliation ultérieure<sup>212</sup>.

### C. Le dol et la nullité du contrat

L'assurance facultative d'indemnités journalières selon la LAMal n'autorise pas le recours par analogie à l'art. 28 CO en cas de tromperie intentionnelle de l'assuré, puisque l'obligation d'admission à l'assurance de même que la possibilité d'instituer une réserve rétroactive s'opposent à la résolution du contrat.

S'agissant de l'art. 9 LCA, il est l'expression légale du principe général d'assurance en vertu duquel il n'est pas possible d'assurer un risque qui s'est déjà réalisé. Cette règle est considérée comme d'ordre public. Compte tenu de sa portée et de son caractère, elle s'applique également en matière d'assurance-maladie, maternité et accident, qui couvre un aléa, savoir un « événement imprévisible »<sup>213</sup>. L'assureur peut donc se prévaloir de la nullité du contrat lorsque l'assuré était déjà entièrement invalide au moment de la conclusion de l'assurance facultative. Par contre, conformément aux art. 67 ss LAMal, l'assureur peut être tenu d'assurer une personne partiellement invalide, tout en étant autorisé à formuler des réserves de santé.

## V. Discussion

### A. Inégalités entre salariés et indépendants

La survenance d'une atteinte à la santé avant le début d'une activité professionnelle ou un changement d'activité professionnelle peut avoir des conséquences importantes du point de vue de la protection d'assurance.

<sup>199</sup> ATF 110 V 309 consid. 1 ; 110 V 308 consid. 1.

<sup>200</sup> Arrêt du TF 9C\_28/2007 consid. 2.2 ; ATF 111 V 27 ; 110 V 308 consid. 1 et les références citées.

<sup>201</sup> *Ibidem*.

<sup>202</sup> Arrêt du TFA K 56/04 du 28 avril 2005 consid. 2.4 et les références citées, en particulier ATF 125 V 294 consid. 2.

<sup>203</sup> Arrêt du TFA K 56/04 du 28 avril 2005 consid. 2.4 et les références citées, en particulier ATF 109 V 38 consid. 1b.

<sup>204</sup> Arrêt du TFA K 56/04 du 28 avril 2005 consid. 2.4 et les références citées, en particulier ATF 96 V 4 consid. 3.

<sup>205</sup> ATF 109 V 41 consid. 3c.

<sup>206</sup> Art. 5 LCA, supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.B.2.

<sup>207</sup> RAMA 1984 144, concernant le cas d'une assurée représentée par son époux.

<sup>208</sup> Art. 70 al. 1 et 71 al. 1 LAMal ; en cas de passage dans l'assurance individuelle, cette interdiction ne vaut que dans la mesure où l'assuré ne s'assure pas pour des prestations plus élevées.

<sup>209</sup> Art. 70 al. 2 LAMal.

<sup>210</sup> Art. 70 al. 3 LAMal.

<sup>211</sup> Art. 71 al. 2 LAMal.

<sup>212</sup> PERRENOUD (n. 182), N 536, 297.

<sup>213</sup> STÉPHANIE PERRENOUD, La protection de la maternité, Berne 2015, 197.



La situation est généralement plus favorable pour les salariés que pour les indépendants. En effet, les employeurs concluent souvent des assurances collectives selon la LCA contre la perte de gain en cas de maladie pour leurs employés. Dans la majorité des cas, ces contrats collectifs ne tiennent pas compte de l'état de santé des nouveaux employés, car tous les salariés doivent être acceptés sans condition. Toutefois, il peut arriver (notamment dans les entreprises de petite taille) que chaque nouveau salarié soit tenu de fournir des renseignements sur son état de santé. Cas échéant, l'assureur peut refuser l'admission, émettre des réserves ou exiger des primes plus élevées.

Le changement d'emploi n'est en principe pas préjudiciable aux salariés, grâce à la convention du 1<sup>er</sup> janvier 2006 conclue entre les assureurs d'indemnités journalières maladie qui permet un passage, sans nouvelle réserve de santé, de l'assurance collective de l'ancien employeur à l'assurance collective du nouvel employeur<sup>214</sup>.

La situation des salariés est également plus favorable en matière de prévoyance professionnelle, puisque les réserves de santé sont proscrites dans la partie obligatoire et sont limitées à une durée maximale de cinq ans dans le domaine subobligatoire<sup>215</sup>.

À l'inverse, sauf exceptions, les personnes qui se lancent dans une activité indépendante doivent obligatoirement remplir un questionnaire de santé si elles entendent s'assurer contre la perte de gain en cas de maladie. En cas d'atteinte à la santé préexistante, l'assureur peut refuser de contracter ou conclure le contrat mais à des conditions aggravées, en particulier en émettant des réserves de santé. Leur situation est également plus inconfortable en matière de prévoyance professionnelle, puisque l'institution de réserves n'est pas limitée dans la prévoyance étendue au sens de l'art. 4 al. 3 LPP, tandis qu'elle est limitée à trois ans au plus en ce qui concerne la couverture facultative selon la prévoyance professionnelle obligatoire<sup>216</sup>.

Cette perspective peu encourageante pour les indépendants atteints dans leur santé doit toutefois être relativisée, dans la mesure où les règlements des institutions de prévoyance des associations professionnelles limitent souvent à cinq ans la validité des réserves pour raisons de santé dans la prévoyance étendue, comme pour les salariés. D'autre part, le mécanisme

de l'art. 14 LFLP – en vertu duquel la prévoyance rachetée au moyen de la prestation de sortie apportée ne peut être réduite par une nouvelle réserve pour raisons de santé<sup>217</sup> – est appréciable pour les personnes qui commencent une activité indépendante en ayant déjà accumulé un certain avoir de prévoyance.

### B. Évolution de la sélection des risques

Il est à craindre que certaines inégalités en matière de couverture d'assurance ne s'accroissent en raison d'une sélection des risques toujours plus pointue, due non seulement à un environnement économique plus concurrentiel, mais également aux progrès médicaux et des nouvelles technologies.

S'agissant des progrès médicaux, l'exploitation par l'assurance des données découlant de l'analyse du génome humain a certes été limitée par la LAGH, dont les art. 26 ss règlent la question des tests prédictifs d'affections. Cependant, les résultats des tests génétiques diagnostiques doivent être transmis par le preneur à l'assureur qui les demande<sup>218</sup>. Par ailleurs, les progrès réalisés dans le dépistage de différentes pathologies (p. ex. cancers du sein, colo-rectaux ou de la prostate, maladies démyélinisantes ou rhumatismales inflammatoires chroniques, etc.) font que des affections qui auraient autrefois été diagnostiquées plusieurs années voire dizaine d'années après l'apparition des premiers symptômes, sont aujourd'hui rapidement détectées. Par conséquent, des personnes qui, par le passé, auraient pu conclure un contrat d'assurance dans les premières années de développement de leur maladie, ne le peuvent plus actuellement en raison du diagnostic déjà posé.

Les progrès médicaux peuvent toutefois également être un avantage pour le preneur d'assurance, en ce sens que les distinctions entre les formes et degrés de gravité des affections diagnostiquées sont de plus en plus précises. Ainsi, un preneur souffrant d'une forme légère et non invalidante d'une maladie autrefois considérée comme un risque inassurable, peut aujourd'hui espérer être admis au sein d'un collectif d'assurés.

Les produits d'assurance tendent à se personnaliser davantage, non seulement en raison de la pression des consommateurs qui entendent obtenir la meilleure couverture au meilleur prix et des progrès médicaux réalisés, mais également en raison des systèmes automatisés optimisant le processus de sélection des risques<sup>219</sup>.

<sup>214</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.A.2. et n. 15.

<sup>215</sup> Cf. supra, III.A.2.

<sup>216</sup> Cf. supra, III.A.3.

<sup>217</sup> Cf. supra, III.A.2.

<sup>218</sup> Cf. supra (première partie, parue dans HAVE/REAS 2/2017), II.B.3.b.

<sup>219</sup> DAVID O'SULLIVAN, Sélection des risques : évolutions futures, Devoirs d'information dans l'assurance vie individuelle, Infoméd 2008/1, 40 et s.

À cet égard, les mégadonnées et les outils d'analyse issus des nouvelles technologies devraient permettre de stimuler le développement de l'évaluation du risque basée sur l'analyse prédictive<sup>220</sup>. Les critères de style de vie tels que le lieu de résidence, les occupations et les habitudes, l'état des dettes et des emprunts – qui peuvent être corrélés avec certains risques – seront automatiquement analysés<sup>221</sup>.

Cette évolution vers des produits d'assurance « sur mesure » soulève de nombreuses questions en lien avec la conception historique de la mutualité en droit des assurances, qui a amené les hommes à s'unir pour se protéger solidairement contre les risques de la vie.

En réaction, différents pays ont jugé nécessaire de réguler la sélection des risques.

Par exemple, en Allemagne, l'utilisation de l'hérédité dans la sélection des risques a été limitée; à Singapour, le droit de sélectionner les risques pour les affections mentales a été mis en cause; au Portugal, une loi limitant fortement la possibilité de sélection des risques pour les handicaps sérieux a été acceptée; aux États-Unis, le droit de poser des questions et de prendre en compte les voyages à l'étranger a été limité<sup>222</sup>.

## VI. Conclusion

Les déclarations de santé sont incontournables dans l'assurance de personnes, car elles permettent à l'assureur – ou l'institution de prévoyance – d'opérer une sélection des risques grâce à laquelle des primes mesurées peuvent être fixées pour la communauté des assurés. Le fait de sanctionner de manière efficace les déclarations de santé inexactes est également dans l'intérêt du collectif d'assurés, dont le rôle n'est pas de financer des prétentions injustifiées par des primes plus élevées.

L'évolution économique, médicale et technologique engendrera de nouveaux défis importants à l'avenir, du fait que les risques seront mieux anticipés et les produits d'assurance plus adaptés aux profils personnels de risque des assurés. Cette évolution comporte des écueils, mais peut également être une chance pour certains preneurs d'assurance. En effet, les progrès médicaux de même que les nouveaux outils d'analyse automatisés feront que des personnes présentant un mauvais profil de risque selon les critères de sélection actuels pourront peut-être bénéficier de meilleures conditions d'acceptation.

<sup>220</sup> Article du magazine Bilan du 16 décembre 2015 intitulé « Les nouvelles technologies offrent des opportunités inédites aux assureurs ».

<sup>221</sup> O'SULLIVAN (n. 219), 44.

<sup>222</sup> *Idem*, 40 s.