

conditions générales ne seraient pas rédigées « en termes clairs et précis ».

27. *Loi de 2014, article 28, § 3.* L'absence dans les documents promotionnels d'une quelconque mention relative à la réserve de vieillissement n'a pas pour conséquence que ces documents seraient « trompeurs ou inexacts ».

28. *Loi de 2014, article 28, § 4.* Cette disposition contient une définition et n'impose aucune norme de comportement.

29. *Circulaire 2014-02 du 16 avril 2014 de la FSMA, point 4.4.1.1.* L'absence dans l'information communiquée aux clients d'une quelconque mention relative à la réserve de vieillissement n'a pas pour conséquence que cette information ne serait pas « correcte, claire et non trompeuse ».

30. *CDE, article VI.2, 1° et CDE, article VI.97, 2°.* La réserve de vieillissement ne fait pas partie des « principales caractéristiques » des polices d'assurance hospitalisation.

31. *CDE, article VI.2, 3° et CDE, article VI.97, 4°.* Le « prix » des polices d'assurance hospitalisation est la prime due par le preneur. L'affectation donnée à la prime par l'assureur dans le cadre de la gestion de ses affaires, et notamment l'allocation d'une partie de la prime pendant une première partie de la durée du contrat à la constitution d'une réserve de vieillissement, n'est pas visée par cette disposition.

32. *CDE, article VI.37.* L'absence dans les conditions générales ou particulières des contrats d'assurance d'une quelconque mention relative à la réserve de vieillissement n'a pas pour conséquence que ces contrats ne seraient pas rédigés « de manière claire et compréhensible ».

33. *CDE, article VI.93.* L'absence d'information relative à la réserve de vieillissement n'est pas « contraire aux exigences de la diligence professionnelle » ni « susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur ».

34. *CDE, article VI.99.* L'absence d'information relative à la réserve de vieillissement n'est pas susceptible d'amener le preneur ou l'assuré « à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ».

35. *Loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers, articles 26, alinéa 2 et 27, § 1^{er}, et arrêté royal du 21 février 2014 relatif aux règles de conduite et aux règles relatives à la gestion des conflits d'intérêts, fixées en vertu de la loi, en ce qui concerne le secteur des assurances, article 7.* L'absence d'information relative à la réserve de vieillissement n'enfreint pas l'obligation d'« agir d'une manière honnête, équitable et professionnelle » (l'article 26, alinéa 2, de la loi du 2 août 2002 a en outre cessé d'être applicable depuis son abrogation par l'article 4, 1°, de la loi du 6 décembre 2018 transposant la directive (UE) 2016/97 du Parlement européen et du Conseil du 20 janvier 2016 sur la distribution d'assurances. L'article 27 de la loi du 2 août 2002 a cessé d'être applicable depuis l'abrogation par l'article 55 de cette loi du 6 décembre 2018 de l'arrêté royal du 21 février 2014 relatif aux modalités d'application au secteur des assurances des articles 27 à 28bis de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers).

36. *Arrêté royal du 21 février 2014 relatif aux règles de conduite etc., articles 8, 11 et 13.* La réserve de vieillissement ne correspond à aucun des éléments d'information énumérés par l'article 8. L'absence d'information relative à la réserve de vieillissement n'enfreint pas les exigences imposées par l'article 11. Les assurances hospitalisation ne sont pas visées par l'article 13.

Pour ces motifs, la cour,

Dit l'appel recevable mais non fondé;

Condamne Test-Achats aux dépens d'appel liquidés à l'indemnité de procédure de 1.440 .

(...)

Note

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

Jean-Christophe André-Dumont¹

Après avoir été déboutée en première instance, l'Association belge des consommateurs Test-Achats a introduit un recours en appel contre deux assureurs dans une affaire où elle estimait que ces derniers avaient manqué à leurs obligations d'information à l'égard des personnes couvertes par une

assurance maladie non liée à l'activité professionnelle. Selon Test-Achats, les assureurs devaient informer ces derniers du fait que les primes versées dans le cadre de leur contrat reposaient sur le mécanisme des « primes nivelées ». Celles-ci alimentaient – pour la partie non-consommée par

¹ Formateur au Cefiad (UCL-Mons) – Company Secretary Allianz Life Luxembourg S.A.

la couverture du risque pur maladie correspondant à l'âge ou à la tranche d'âge de l'assuré —, une « réserve de vieillissement ». Partant, les assureurs ne permettaient pas aux assurés de comparer correctement les produits en question avec des contrats reposant sur un autre mode de tarification et, surtout, ne les prévenaient pas du fait qu'en cas de changement d'assureur maladie, ils ne disposaient d'aucun droit sur la réserve constituée. La cour analyse rigoureusement et en détail le mécanisme des « primes nivelées » et sa raison d'être. En particulier, en maintenant une prime stable durant toute la durée viagère du contrat d'assurance maladie, d'éviter que la prime n'augmente de manière catastrophique avec l'avancée en âge, ce qui pourrait pousser les assurés à renoncer à leur couverture ou à une partie de celle-ci au moment-même où cette couverture s'avère la plus nécessaire. La cour attire aussi l'attention sur le fait que

dans l'état actuel de la réglementation belge, et à la différence de ce qui existe dans certains pays limitrophes, la « réserve de vieillissement » est une réserve technique de nature collective profitant à l'ensemble des assurés, la partie « perdue » par l'assuré/preneur d'assurances quittant le portefeuille profitant aux assurés restants.

La question est posée aujourd'hui par un courant encore minoritaire de la doctrine de savoir s'il n'y a pas lieu d'organiser l'individualisation de cette réserve pour en permettre la « portabilité » par l'assuré/preneur d'assurances. Encore faut-il relever que cette réserve est, par nature, décroissante jusqu'à disparaître à l'instar de la réserve constituée par l'assureur vie dans le cadre d'une assurance temporaire décès à primes nivelées.

1. RAPPEL DES ANTECEDENTS: L'OBJET DU LITIGE

La 9^e chambre des affaires civiles de la cour d'appel de Bruxelles a été amenée à connaître des recours introduits par l'Association belge des consommateurs Test-Achats contre les décisions favorables à AG Insurance et à Ethias rendues le 14 mars 2018 par la chambre des actions en cessation du tribunal de commerce de Bruxelles. Le dispositif de l'arrêt rendu par la cour dans l'affaire *Test-Achats contre Ethias*² est exactement le même que celui commenté ici.

L'action en cessation introduite par Test-Achats était fondée sur l'allégation d'une infraction qui aurait été commise par trois assureurs dans le cadre d'une couverture hospitalisation non liée à l'activité professionnelle du fait d'un manque d'information à la clientèle. Ainsi, ces assureurs n'auraient pas ou pas correctement informés les assurés de l'existence d'une « réserve de vieillissement », notamment le fait qu'en cas de changement d'assureur hospitalisation, cette réserve ne leur était pas acquise et non transférable au nouvel assureur.

2. LES ARGUMENTS AVANCÉS PAR LES PARTIES

2.1. Argumentation de Test-Achats

L'argumentation de Test-Achats se décompose en plusieurs points que nous résumons ici.

- les consommateurs ne sont pas ou mal informés sur le mécanisme de la « prime nivelée » et sur le principe et l'existence d'une « réserve de vieillissement » en lien avec l'assurance hospitalisation.³ Il en résulte que l'assuré ignore que, « au fur et à mesure qu'il vieillit, il a de moins en moins intérêt à résilier sa police ou à réduire la couverture »⁴;
- le consommateur ne peut comparer utilement une proposition de police à « prime nivelée » et une proposition d'un autre type de police que s'il a une bonne compréhension de son mécanisme;
- la constitution progressive d'une « réserve de

vieillessement », que l'assuré perd s'il veut changer de compagnie d'assurance en cours de contrat, a pour effet de rendre l'assuré captif de son assureur.

On constate donc deux axes d'argumentation. Le premier est fondé sur un prétendu manque d'information, considéré préjudiciable au consommateur assuré et faisant l'objet des deux points ci-dessus. Test-Achats estime que l'assureur n'a pas respecté ses obligations réglementaires en matière d'information. L'autre axe d'attaque de Test-Achats porte sur l'impact de la réglementation elle-même⁵, du moins dans son état actuel. Ce dernier point ressemble à un appel du pied fait au législateur, voire aux assureurs, pour trouver une solution. Nous y reviendrons.

Y a-t-il une injustice technique et/ou un manquement au niveau de l'information?

² R.G. 2018/AR/854.

³ Il est à noter qu'en vertu de l'art. 201, § 1^{er}, 1^o, de la LRA, les assurances hospitalisation sont reprises sous le vocable « assurances soins de santé ».

⁴ Cet argument de Test-Achats n'a pas de réel lien avec la technique de la prime nivelée ni de la réserve de vieillissement car il vaut pour toute assurance de risque basé sur l'âge ou l'état de santé.

⁵ En ce sens, C. DEVOET, « Assurance maladie privée: questions choisies », *Bull. ass.*, 2020/3, n° 412, p. 249.

C'est ce que nous allons tenter d'analyser.

2.2. L'argumentation de AG Insurance

L'assureur, pour sa part, balaie d'un revers de la main l'entière de l'argumentaire de l'association de consommateurs en déclarant qu'aucune des dispositions réglementaires en matière d'information obligatoire ne porte sur la « réserve de vieillissement » et pour cause, cette réserve relèverait du seul droit prudentiel. En d'autres termes, il ne constitue pas

un engagement contractuel de l'assureur à l'égard de l'assuré.

2.3. Le produit d'assurance au centre du litige

Comme on l'aura compris, le présent litige porte exclusivement sur un produit d'assurance soins de santé non lié à l'activité professionnelle à « prime nivelée » faisant appel à la technique de la réserve de vieillissement.

3. LES CARACTÉRISTIQUES DU RISQUE SANTÉ

3.1. Notion d'assurance hospitalisation

L'assurance soins de santé fait partie des assurances de personnes autres que l'assurance sur la vie. Au sein de la catégorie des assurances de personnes, l'assurance hospitalisation est l'une de celles « dans laquelle la prestation d'assurance ou la prime dépend d'un événement incertain qui affecte [...] l'intégrité physique [...] d'une personne ».⁶

Depuis la loi Verwilghen⁷, corrigée par la loi Reynders⁸, la législation belge dispose – à l'époque au sein de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre⁹ – d'une réglementation couvrant les assurances maladie parmi lesquelles on retrouve l'assurance hospitalisation tombant sous le vocable d'« assurances soins de santé ».

L'« assurance soins de santé » – telle que visée par l'article 201, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, LRA – est définie comme celle « 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 ».^{10,11}

3.2. Assurances liées à l'activité professionnelle vs assurances non liées à l'activité professionnelle

La loi Verwilghen avait introduit une distinction entre les assurances maladie individuelles, d'une part, et les assurances maladie collectives.

Les assurances maladie collectives étaient définies comme les assurances conclues par une personne physique ou une personne morale au profit de tiers, appelés « assurés principaux » avec lesquels elle était liée professionnellement au moment de l'affiliation. Il était admis que les membres du ménage de l'assuré principal puissent s'affilier à cette assurance.

La distinction entre assurances maladie individuelles et assurances maladie collectives a généré certaines zones d'insécurité juridique sur lesquelles nous ne reviendrons pas ici.

Toujours est-il que la loi Reynders lui a substitué la distinction entre « contrats d'assurance maladie liés à l'activité professionnelle » et « contrats d'assurance maladie non liés à l'activité professionnelle ». Les principales caractéristiques des deux régimes, et dont l'évocation sera utile pour la

⁶ Art. 5, 16°, de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances (LRA).

⁷ Loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (M.B., 10 août 2007).

⁸ Loi du 11 juin 2009 modifiant, en ce qui concerne les contrats d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre et la loi du 20 juillet 2007 modifiant, en ce qui concerne les contrats privés d'assurance maladie, la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre (M.B., 8 juillet 2009), aussi appelée « loi Verwilghen bis ».

⁹ Art. 138bis-1 à 138bis-11 de la loi du 25 juin 1992, (devenus art. 201 à 211 LRA). Pour une présentation globale de la réglementation des assurance maladie, voy. J.-C. ANDRE-DUMONT, « Les 'assurances maladie' pratiquées par les assureurs privés en Belgique », *R.G.A.R.*, 2010, n° 14.628, et *L'assurance maladie privée*, Coll. Droit des assurances, Limal, Anthemis, 2012, 293 p.; J.-M. BINON, *Droit des personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, pp. 851-1001; N. SCHMITZ, « Les modifications apportées à la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en assurance maladie et en assurance du solde restant dû: trois pas en avant ... », in B. Dubuisson et V. CALLEWAERT (dirs.), *La loi sur le contrat d'assurance terrestre. Bilan et perspectives après 20 années d'application*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 275-340.

¹⁰ Les contrats d'assurances privées couvrant la maladie prévoient leur intervention qu'après celle de la sécurité sociale. A défaut de celle-ci, l'assureur détermine le cadre de son intervention et la limite généralement à la partie qui aurait excédé l'intervention de la sécurité sociale.

¹¹ Cette définition n'a pas pour objet de limiter les types des soins de santé pouvant être couverts par une assurance soins de santé – hospitalisation mais bien à délimiter le champ d'application de la disposition légale en question. Voy. J.-M. BINON, *Droit des personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 856, n° 1371. Il est donc possible – et moralement souhaitable – que l'assurance soins de santé couvre également d'autres soins, tels que des soins palliatifs.

compréhension de la suite de la contribution, peuvent être synthétisées comme suit.

3.2.1. Assurances maladie non liées à l'activité professionnelle

- Durée du contrat¹²: hormis les assurances incapacité de travail qui, de par leur lien étroit avec l'activité professionnelle, ont une durée en principe alignée sur celle-ci, les assurances maladie non liées à l'activité professionnelle ont pour règle une durée viagère.
- Modifications tarifaires et contractuelles¹³: la règle de base est que l'assureur ne peut plus modifier les bases techniques de la prime ainsi que les conditions de couverture une fois que le contrat d'assurance a été conclu. La règle connaît néanmoins des exceptions extrêmement encadrées.
- Incontestabilité¹⁴: dès qu'un délai de 2 ans s'est écoulé à compter de l'entrée en vigueur du contrat d'assurance maladie, l'assureur ne peut remettre en cause le contrat en ce qui concerne les omissions ou inexactitudes non intentionnelles dans les déclarations du preneur d'assurance ou de l'assuré, lorsque ces omissions ou inexactitudes se rapportent à une maladie ou une affection dont les symptômes s'étaient déjà manifestés au moment de la conclusion du contrat et qui n'a pas été diagnostiquée dans le même délai de 2 ans. Information des assurés secondaires (membres du ménage) au sujet de leur droit de se voir offrir la possibilité de rester assurés même lorsqu'ils quittent le foyer de l'assuré principal.

3.2.2. Assurances maladie liées à l'activité professionnelle

La principale caractéristique de ces assurances réside dans la possibilité de poursuite individuelle d'un contrat d'assurance maladie lié à l'activité professionnelle.¹⁵

En vertu de l'article 208 LRA, toute personne affiliée à une assurance liée à l'activité professionnelle a le droit de poursuivre, en tout ou en partie¹⁶, cette assurance individuellement lorsqu'elle perd le bénéfice de l'assurance collective. Ce droit signifie en substance que l'assuré a accès à une assurance individuelle comparable, sans qu'il puisse être refusé en raison de son âge ou de la détérioration de son état de santé pendant la durée de l'(des) assurance(s) collective(s) précédente(s).

Un point important à relever est que l'assuré peut, durant sa période d'affiliation à l'assurance maladie liée à l'activité professionnelle verser une prime complémentaire, avec pour

conséquence que la prime du contrat poursuivi individuellement sera fixée en tenant compte de l'âge de l'assuré auquel il a commencé à payer ces primes complémentaires. Il est à noter que ces primes complémentaires sont en principe à charge du travailleur salarié qui a choisi de les payer mais qu'il est tout à fait possible qu'un employeur reprenne en tout ou en partie cette charge financière au travailleur salarié. Cette prime complémentaire sera provisionnée par l'assureur sans que l'assuré ne dispose d'un quelconque droit sur cette provision.

3.3. Facteurs de risque en assurance soins de santé – hospitalisation

Le sens commun admettra que le risque de maladie et d'hospitalisation augmente de manière significative du fait de l'âge.

En assurance maladie, les études ont effectivement montré que les 3 dernières années de vie de l'assuré entraînaient près de 80% des débours totaux de santé. C'est la raison pour laquelle, comme le souligne la cour, l'article 203 de la LRA impose que ces polices soient conclues à vie, de telle sorte que, hormis les quelques hypothèses spécifiques prévues limitativement à l'article 203, § 3, LRA, l'assureur n'est pas autorisé à résilier le contrat d'assurance. Dans le cas contraire, il aurait pu être tenté de le faire au moment où la santé de l'assuré se dégrade et où celui-ci en a le plus besoin. Rappelons à cet égard que la règle générale imposée par la réglementation sur le contrat d'assurance en matière de durée du contrat est l'annuité de celui-ci avec application de la tacite reconduction. A défaut d'une règle spécifique pour les assurances soins de santé, l'assureur aurait pu résilier le contrat lorsque le risque devenait trop important. L'exclusion de la durée annuelle du contrat vaut également en assurance sur la vie pour une raison comparable. Tant en assurance soins de santé qu'en assurance sur la vie, seul le preneur d'assurance peut décider de mettre un terme au contrat au moment où il le souhaite. Concrètement, en assurance maladie, le preneur pourra résilier le contrat « chaque année, soit à la date d'anniversaire de la prise de cours du contrat, soit à la date de l'échéance annuelle de la prime ».¹⁷

On pourrait penser qu'il y a moyen d'évaluer aisément l'impact de l'âge sur le risque à partir de statistiques à l'instar de ce que font les assureurs couvrant le risque « décès » en assurance vie au moyen de lois de survivances (tables de mortalité). Ce n'est toutefois pas aussi simple car, en assurance maladie, l'aléa est différent et la couverture est le plus souvent indemnitaire et dépend donc d'autres éléments.

¹². Art. 203 LRA.

¹³. Art. 204 LRA.

¹⁴. Art. 205 LRA.

¹⁵. Art. 208 LRA.

¹⁶. L'expression « en tout ou en partie » ne signifie pas que l'assuré peut personnaliser l'assurance poursuivie à ses besoins mais doit, au contraire, se contenter d'une assurance considérée comme « similaire » en vertu des critères définis à l'art. 210 LRA.

¹⁷. Art. 85, § 1^{er}, al. 5, LRA.

3.3.1. Aléa

En assurance sur la vie, la survenance du risque décès, du moins dans une assurance dite « temporaire décès » est binaire¹⁸: le décès survient durant la période de couverture ou il ne survient pas durant ce laps de temps.¹⁹ La variable « fréquence » du sinistre est donc absente.

En assurance soins de santé – hospitalisation, le sinistre peut ne jamais survenir ou, à l'inverse, il peut survenir à plusieurs reprises, pour des périodes plus ou moins longues.

3.3.2. Impact du caractère forfaitaire ou indemnitaire

En assurance vie, le montant de la prestation est défini préalablement et forfaitairement, qu'il s'agisse d'une opération sur la vie relevant de la Branche 21 (assurance sur la vie à rendement garanti) ou de la Branche 23 (assurance liée à un ou plusieurs fonds d'investissement) puisque dans les deux cas, l'assureur s'engage à fournir une prestation dont le nombre, respectivement d'unités monétaires et de parts de fonds, est garanti ou, dans certains cas²⁰, déterminable par rapport à un référentiel préalablement déterminé. La variable « montant de la prestation » est donc, le plus souvent, inexistant.

En assurance soins de santé – hospitalisation, la couverture étant quasiment systématiquement indemnitaire²¹, la prestation dépendra le plus souvent de la note de soins et/ou d'hospitalisation. Celle-ci a une variabilité extrêmement importante et dépend de différents éléments tels que les progrès de la médecine qui prolongent l'espérance de vie du (futur) hospitalisé, ou encore l'amortissement des recherches médicales et de l'appareillage médical (coût des analyses plus sophistiquées ...).²² C'est ainsi que nous avons relevé l'apparition de ce qu'on désigne sous le vocable d'« effet générationnel », c'est-à-dire l'augmentation de l'espérance de vie combinée à l'évolution de la technologie médicale et qui a ainsi nécessité (du fait de l'espérance de vie) et permis (grâce aux progrès médicaux) de soigner des malades qui n'ont pas pu l'être auparavant. Dans une couverture d'assurance maladie « à vie »²³ (plus précisément non résiliable par

l'assureur), ces éléments évolutifs sur un court terme ont un impact extrêmement important mais ils sont peu ou pas quantifiables *a priori* de manière objective.

En conclusion, du fait de l'aléa lui-même, mais surtout de l'évolution des coûts de santé, le risque « soins de santé – hospitalisation » n'est que difficilement maîtrisable par les assureurs – sinon à coup d'exclusion ou de plafond de couverture, ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'assuré – ni analysable sur base de statistiques comparables à ce qu'il est possible en assurance vie, d'où le développement de mesures prudentielles propres à cette branche d'activités.

3.3.3. Discrimination tarifaire?

L'âge étant un élément capital²⁴, mais non exclusif, de la tarification en assurance soins de santé – hospitalisation, il s'est posé la question de savoir s'il y avait là une forme de discrimination.

On parle de discrimination directe quand une personne est traitée, pour un critère protégé repris dans la liste fermée édictée par la loi, de manière défavorable par rapport à une autre dans une situation comparable sans justification particulière.

Il y a discrimination indirecte lorsque des mesures apparemment neutres ont pour effet de désavantager les personnes présentant un motif de discrimination.

En vertu de la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination, sont interdites les discriminations directes ou indirectes fondées sur un des critères suivants: les convictions politiques, la fortune, la langue, l'origine sociale, les caractéristiques génétiques, l'orientation sexuelle, l'état civil, la naissance, l'âge, la conviction religieuse ou philosophique, l'état de santé actuel ou futur, un handicap ou une caractéristique physique. L'interdiction est levée chaque fois que la distinction opérée est objectivement justifiée par un but légitime et que les moyens de réaliser ce but sont appropriés et nécessaires.

¹⁸. A noter que lors du recours devant la Cour constitutionnelle ayant donné lieu à l'arrêt n° 90/2011 du 31 mai 2011, le Conseil des ministres avait défendu la thèse (point A.21.3.) que « parmi les assurances de personnes, l'assurance maladie doit être clairement distinguée du contrat d'assurance sur la vie. En ce qui concerne ce deuxième type de convention, seul le moment de réalisation du risque est incertain, alors que c'est la réalisation même du risque couvert par l'assurance maladie qui est incertaine ». Ceci n'est exact que si, évoquant le contrat d'assurance sur la vie, le Conseil des ministres ne vise que les assurances « vie entière » dont l'aléa ne repose, effectivement et par définition, qu'au moment de la survenance du risque décès.

¹⁹. En assurance vie couvrant le risque décès, se rajoute aussi l'aléa du moment de la survenance du sinistre.

²⁰. Dans le cas de produits relevant de la Branche 23 où l'assureur joint une couverture décès, celle-ci relève exclusivement de la Branche 21 sur le marché belge. L'expression de la garantie décès peut toutefois varier d'un produit à l'autre et l'assureur pourrait ainsi proposer une prestation décès dont le montant ne serait pas fixé dès la souscription mais qui serait défini sur base d'un référentiel variable ou d'un pourcentage de la valeur, au moment du décès, des unités de compte (Branche 23) affectées au contrat.

²¹. Les assureurs proposent aussi des prestations de type « forfait journalier » permettant à l'assuré de faire face aux menus frais durant le séjour hospitalier. Certains assureurs versent également un montant forfaitaire lorsque l'assuré est atteint d'une affection particulière.

²². J.-C. ANDRE-DUMONT, *L'assurance maladie privée*, Coll. Droit des assurances, Limal, Anthemis, 2012, pp. 96 à 101.

²³. K. TERMOTE, « Voortaan levenslangedekking in aanvullende ziekteverzekeringen », *Balans*, 2007, n° 571, p. 1.

²⁴. C. DEVOET, *Les assurances de personnes*, 2^e éd., Coll. Droit des assurances, Limal, Anthemis, 2011, pp. 231-133; J.-M. BINON, *Droit des personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, p. 913.

Concernant précisément les aspects tarifaires liés à l'âge, on doit relever un arrêt du 14 septembre 2010 de la cour d'appel de Bruxelles.²⁵ La cour a en effet estimé que n'était pas discriminatoire le fait pour un assureur soins de santé d'appliquer une hausse tarifaire distincte par tranches d'âge des assurés, dès lors qu'il avait opté, à la souscription, pour un tarif découpé de la même manière. La cour avait par ailleurs admis que l'augmentation des frais de soins de santé était essentiellement due à l'augmentation de l'espérance de vie et à l'évolution de la technologie destinée à soigner des malades qui n'auraient pu être soignés auparavant (« effet générationnel »). De plus, la cour a reconnu que cette augmentation s'était avérée beaucoup plus importante que raisonnablement prévisible, même pour un assureur, professionnel

de l'appréciation du risque. En conséquence, cette augmentation poursuivait donc un but légitime, était fondée sur un critère de distinction objectif; la différence de traitement était pertinente et nécessaire pour réaliser l'objectif poursuivi.

Enfin, comme cela a été souligné²⁶, le critère de l'âge en matière tarifaire n'a pas seulement été reconnu comme légitime par la jurisprudence, mais il est aussi admis par la LRA dans le contexte de la poursuite individuelle d'un contrat d'assurance maladie lié à l'activité professionnelle. Ainsi, en vertu de l'article 211 LRA, l'âge de l'assuré au moment de la poursuite individuelle du contrat est un paramètre qui peut être pris en compte pour le calcul de la prime du contrat d'assurance.²⁷

4. LES TYPES DE PRIMES HOSPITALISATION

Malgré la difficulté technique de tarification en matière d'assurance maladie, les assureurs n'en sont pas moins tenus de fixer dès le départ le prix de l'engagement qu'ils prennent, c'est-à-dire le montant de la prime couvrant l'opération d'assurance. Le versement de cette prime sera modulée dans le temps sur la durée prévisible du contrat sachant que, quoi qu'il en soit, elle devra, pour des raisons prudentielles atteindre l'objectif de couverture des bases techniques.

En matière d'assurances maladie non liées à l'activité professionnelle, l'assureur ne dispose que de peu de marge de manœuvre pour adapter le tarif et les conditions du contrat d'assurance. L'assureur devra donc tenir compte de la quasi-intangibilité du contrat instaurée par l'article 204 de la LRA pour l'établissement dans sa tarification.

On considère ainsi que l'assureur devrait prévoir un système d'évolution des primes durant la durée du contrat offrant une « sécurité tarifaire » tant en termes de choix des paramètres objectifs retenus que de prévisibilité et de transparence quant à l'évolution de la prime et à l'impact pécuniaire du mode de répartition du paiement de celle-ci dans le temps (montant fixe ou évolutif).

Comme le fait remarquer la cour, il existe plusieurs formules de fixation de la prime proposées sur le marché. Citons-les pour en comprendre la logique.

4.1. « Primes de risque » successives

Dans cette hypothèse, qui s'aligne le mieux sur la logique technique, la prime relative au risque santé va évoluer de manière croissante d'année en année pour tenir compte de la probabilité, par nature également croissante, de survenance d'un sinistre maladie et/ou hospitalisation.

Il en résultera qu'en début de vie du contrat, la prime sera assez basse, du moins si l'assuré est jeune et, évidemment, en bonne santé mais, certainement moins importante – toute chose étant égale par ailleurs – que la prime de risque que devrait payer un assuré âgé à la souscription. Au fur et à mesure du déroulement du contrat, la prime correspondant au risque technique va inexorablement augmenter jusqu'à être très élevée en fin de vie.

On comprendra aisément que, face à cette logique de l'imposition du paiement d'une « prime de risque », le preneur âgé et retraité pourrait ne plus avoir ni les moyens financiers ni l'envie ou un quelconque intérêt à payer une telle prime puisque celle-ci correspondrait pratiquement au montant de ses frais probables d'hospitalisation de l'année assurée. Ce constat pourrait le décourager à y faire face et à opter soit pour la résiliation du contrat, soit à la diminution des couvertures prévues par celui-ci. Le mal sera moindre s'il ne s'agit que d'aspects de confort (chambre commune au lieu d'une

²⁵ Bruxelles, 14 septembre 2010 et note J.-C. ANDRE-DUMONT, « Un traitement différencié n'est pas synonyme de discrimination », *Bull. ass.*, 2011, n° 376, pp. 312 à 317; Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2006 et 14 septembre 2010, *For. ass.*, 2011, p. 128, note C. DEVOET, « Quand la cour d'appel de Bruxelles prend la défense des jeunes assurés contre Test-Achats ... ». Cette décision réforme heureusement le jugement du président du tribunal de commerce de Bruxelles statuant sur une action en cessation. Voy. Prés. Trib. Comm. Bruxelles (Cess.) 7 mars 2005, *J.T.*, 2005 p. 38; *R.D.C.*, 2005, p. 675, note Y. THIERY, « Hospitalisatieverzekeraar op de discriminatiebühne terechtgewezen ».

²⁶ C. DEVOET, « La réserve de vieillissement en assurance hospitalisation n'ouvre aucun droit individuel » (note d'observation sous Bruxelles (9^e ch. civ.), 7 novembre 2019, *For. Ass.*, n° 202, p. 19.

²⁷ D'autres paramètres sont, certes, reconnus pour le calcul de la prime du contrat d'assurance soins de santé poursuivi individuellement: continuation à titre individuel de l'assurance soins de santé, tels que:

- les éléments d'évaluation du risque tels qu'ils existaient et furent évalués lors de l'affiliation de l'assuré à un contrat d'assurance soins de santé lié à l'activité professionnelle et pour autant que l'assuré soit resté affilié de façon ininterrompue à un ou plusieurs contrats d'assurance soins de santé successifs;
- le régime de sécurité sociale et du statut auxquels l'assuré est assujéti;
- la profession de l'assuré.

chambre individuelle ou à deux lits) mais sera plus grave s'il porte sur la prise en charge de certaines pathologies, types de soins ou accompagnement en soins palliatifs. Bref, la « prime de risque », pour autant qu'elle soit prise en charge à titre individuel, expose l'assuré à la tentation de renoncer à la couverture maladie au moment où le risque menace l'assuré de manière importante, c'est-à-dire à un moment de sa vie où la couverture est sans doute devenue indispensable.

Ceci explique pourquoi en pratique ce type de primes n'existe pas en assurance maladie individuelle car le « risque de chute » des contrats est trop élevé. En revanche, ce mode de calcul de la prime peut se retrouver dans le cas de couvertures liées à l'activité professionnelle puisque le preneur y payera une prime globale normalement stable du fait du lissage entre la part couvrant les risques élevés et celle couvrant les risques faibles, du moins si la population des assurés se renouvelle de manière régulière. La mutualisation du risque au niveau du groupe couvert par la garantie collective permet d'assurer un niveau de prime acceptable sur le plan individuel.

4.2. Primes nivelées durant la vie du contrat

En assurance maladie non liée à l'activité professionnelle, la prime d'assurance maladie est le plus souvent « nivelée ». C'est l'option la plus appropriée pour « amortir » le coût du risque qui, techniquement, aurait dû justifier, comme on l'a évoqué dans le régime de la « prime de risque », une prime exorbitante en fin de vie et donc la moins supportable par le preneur.

Qu'entend-t-on par « prime nivelée »?

La cour explique au point 3 de l'arrêt commenté, et de manière très claire, ce qu'il faut entendre par ce mécanisme de nivelage. Dans la technique dite de la « prime nivelée », « la prime est fixée en fonction du risque moyen que présentera l'assuré pendant toute sa durée de vie en sorte que le montant de la prime reste stable pour toute la durée du contrat ». Au début et aussi longtemps que l'assuré est relativement jeune, la prime périodique de risque est supérieure au coût moyen du risque supporté par l'assureur; à partir d'un certain moment, lorsque l'assuré vieillit et que sa santé se dégrade, la situation s'inverse et la prime périodique devient inférieure au coût moyen du risque que l'assureur doit encore continuer à couvrir. Le niveau d'une prime nivelée dépend donc en particulier de l'âge de l'assuré lors de la

conclusion du contrat. La prime sera d'autant moins élevée que l'assuré est jeune lorsqu'il souscrit son assurance.

En effet, la « prime nivelée » implique la fixation d'un montant de prime constant. Cela signifie donc qu'en début de contrat, la prime comporte une partie excédentaire par rapport au risque réel que présente l'assuré. Cet excédent est mis en réserve par l'entreprise d'assurance dans ce qu'on appelle la « provision de vieillissement » dont nous décrirons plus loin le statut, la nature et le mode de constitution.

Les années de couverture se succédant, cette différence positive entre la prime payée et celle correspondant au risque va diminuer jusqu'à être nulle et laisser place à une différence négative qui imposera à l'assureur de prélever dans la réserve de vieillissement le montant nécessaire pour compenser le déficit de prime. Autrement dit, dans la deuxième partie de la vie du contrat d'assurance maladie, l'assureur se finance partiellement au départ de ce qu'il a mis en réserve durant les années où la bonne santé de l'assuré était *a priori* attendue.²⁸

On notera que ce mécanisme de prime nivelée n'est pas spécifique à l'assurance maladie. On le retrouve également dans les contrats d'assurance vie pour ce qui concerne la couverture du risque décès. Ce dernier point est peut-être sans doute à l'origine de la confusion opérée par Test-Achats et qui en a déduit l'existence d'un droit personnel à cette réserve pour l'assuré soins de santé – hospitalisation.

4.3. Primes nivelées « par palier »

Système hybride entre la tarification par primes de risques successives et celle de la prime nivelée durant toute la durée du contrat, on trouve le mécanisme appliquant une prime nivelée distincte par tranches d'âge dans laquelle se situe l'assuré. Ainsi, la « prime nivelée » va évoluer « par palier », le nivellement s'opérant au sein de chaque palier. Cette solution est évidemment plus confortable sur le plan technique pour l'assureur mais n'est pas sans conséquence en termes de chute de contrat. En effet, bien que l'assureur doive informer dès la phase précontractuelle le débiteur de la prime du mode d'évolution de la prime et, en l'espèce, de l'application d'une tarification « par palier » d'âge, l'assuré pourrait psychologiquement, voire économiquement, avoir difficile à supporter le basculement du coût de la prime d'un palier vers un autre, forcément plus élevé.

^{28.} Une nouvelle fois, l'assuré peut être confronté très précocement à la maladie et/ou à l'hospitalisation et pourrait, sa vie durant, solliciter à de nombreuses reprises l'intervention de l'assureur auprès duquel il a souscrit à vie une assurance soins de santé – hospitalisation.

5. PROVISIONS TECHNIQUES – RÉSERVE DE VIEILLISSEMENT²⁹

5.1. Notion de réserves techniques

L'article 124 de la loi relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance³⁰ impose aux entreprises d'assurances de calculer et de comptabiliser, sous le nom de provisions techniques, tous leurs engagements d'assurance qui leur incombent vis-à-vis des preneurs d'assurance, des assurés et des bénéficiaires des contrats d'assurance. A ces réserves techniques, comptabilisées au passif du bilan de l'entreprise, doivent correspondre des actifs représentatifs, forcément mis à l'actif dudit bilan.

5.2. Types de réserves techniques en assurances non-vie

L'article 11, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 22 février 1991 portant règlement général relatif au contrôle des entreprises d'assurances (« règlement général de contrôle »), détermine quelles sont les provisions techniques qui doivent être prévues par les assureurs pratiquant des activités non-vie, au rang desquelles on trouve les assurances maladie.

5.3. Réserve de vieillissement

5.3.1. Définition et raison d'être

Parmi les provisions techniques que le droit prudentiel impose aux assureurs de prévoir, on trouve l'exigence d'une « provision pour vieillissement »^{31,32} qui, « en cas de loi de survivance à taux croissant avec l'âge, [...] correspond à la valeur actuelle estimée des engagements futurs de l'entreprise d'assurances, déduction faite de la valeur actuelle estimée des primes futures ». En d'autres termes, pour une assurance pour laquelle le risque croît avec l'âge, comme c'est le cas en assurance maladie, l'assureur doit calculer ce que représente aujourd'hui (« valeur actuelle ... ») le coût de ce qu'il devra vraisemblablement payer (« ... estimée des engagements futurs ... ») en déduisant ce qu'il peut considérer à ce jour (« valeur actuelle ... ») comme représentant les primes à recevoir (« ... estimée des primes futures »).³³ Le calcul de cette provision est évidemment complexe puisqu'il doit – pour être équitable – tenir compte de la diversité des hypothèses relatives au cashflow au sein du portefeuille

assuré. Ainsi, certains assurés ne donneront lieu à aucune prestation (« engagements futurs ») à l'inverse d'autres qui justifieront des interventions multiples. Par ailleurs, des assurés contribueront longtemps au financement (« primes futures ») de la réserve alors que d'autres ne le feront peu ou moins pour cause de sortie prématurée (résiliation ou décès) du portefeuille soins de santé – hospitalisation. Dit autrement, la réserve de vieillissement doit équivaloir à la différence entre ce qu'on s'attend à devoir payer en sinistres et ce qu'on s'attend à recevoir comme primes pour être capable de payer lesdits sinistres. En particulier, cette réserve a pour vocation de permettre à l'assureur de faire face dans le futur (d'où le nom de réserve ou de provision) à l'augmentation de la charge de sinistre.

5.3.2. Mode de constitution

Constituée par prélèvements sur la prime, la provision de vieillissement est également alimentée par le mécanisme de nivellement des primes déjà évoqué, en vertu duquel les excédents de primes payés en début de vie du contrat sont comptabilisés par l'assureur dans cette provision afin de financer ultérieurement le risque réel lorsque l'assuré sera devenu plus âgé et que la prime correspondant au risque sera devenue supérieure à la prime nivelée. Il est intéressant de noter que dans les assurances maladie liées à l'activité professionnelle, l'entreprise d'assurances ne constitue pas de réserves, la prime étant ainsi généralement limitée à la « prime de risque ». Cette dernière méthode présente un inconvénient dans le contexte de la continuation individuelle d'un contrat d'assurance lié à l'activité professionnelle³⁴, puisqu'à défaut de pouvoir s'appuyer sur une réserve, il sera imposé un tarif sensiblement plus élevé. C'est la raison pour laquelle les articles 209 à 211 de la LRA prévoient, comme on l'a vu, la possibilité pour l'assuré de « préfinancer » la poursuite individuelle. Ce préfinancement a pour conséquence de permettre à l'assureur de pouvoir tenir compte de l'âge qu'a l'assuré au moment du début de ce préfinancement et non de celui qu'il a atteint lorsqu'une éventuelle poursuite de la couverture serait activée. Ce préfinancement ne donne toutefois pas droit à l'heure actuelle à une réserve « propriété » de l'assuré et ainsi rachetable par lui. Le tarif de ce préfinancement tient, en effet, compte de la probabilité que la poursuite n'ait pas lieu, notamment du fait du prédé-

²⁹ J.-C. Andre-Dumont, *L'assurance maladie privée*, Coll. Droit des assurances, Limal, Anthemis, 2012, p. 87.

³⁰ Loi du 13 mars 2016 relative au statut et au contrôle des entreprises d'assurance ou de réassurance (*M.B.*, 23 mars 2016).

³¹ Art. 11, § 1^{er}, A, 4^o, du règlement général de contrôle.

³² Christelijke mutualiteiten – Solvency and Financial Condition Report – gerapporteerde jaar: 2019, p. 57: « De vergrijzingsreserve is een provisie voor de toekomstige verplichtingen van de verzekeraar gezien er een levenslange verzekeringsplicht geldt t.o.v. van de verzekerde. Daarbij wordt getracht rekening te houden met de toekomstige evolutie van de schade, de premie, de evolutie van de verzekerde populatie. ». Sur le concept de « réserve de vieillissement », voy. aussi P. VAN EESBEECK, « La loi Verwilghen: un nouveau cadre légal pour les assurances maladies », *Life & Benefits*, n° 8, octobre 2007, p. 2.

³³ Pour les règles de comptabilisation de cette réserve, voy. le Chapitre III, Passif, CII de l'arrêté royal du 17 novembre 1994 relatif aux comptes annuels des entreprises d'assurance et de réassurance.

³⁴ Art. 208 LRA déjà cité *supra*.

cès de l'assuré et que, donc, le préfinancement ainsi perdu pour l'assuré contribue à l'ensemble des assurés. C'est une contribution à la mutualisation du risque. Bien entendu, on pourrait concevoir de donner un tel droit à l'assuré sur cette réserve. Rien ne l'interdit. La conséquence en serait toutefois une augmentation de la prime complémentaire destinée à compenser le fait que l'assureur ne pourra pas conserver le préfinancement non utilisé.

5.3.3. Nature de la réserve de vieillissement

Selon la réglementation actuelle, les réserves ont, en principe, un caractère collectif en ce sens qu'elles sont avant tout la comptabilisation de l'engagement présent et futur de l'assureur et constituent ainsi une exigence relevant du droit de contrôle prudentiel.

a) Réserve collective

Dans son argumentation, Test-Achats a tenté d'écarter de l'analyse par la cour la question de la nature collective ou individuelle de cette réserve, prétendant que cette qualification n'avait pas d'incidence. On peut néanmoins penser que les conseils de Test-Achats connaissaient parfaitement l'enjeu de cette question. En effet, cette nature est évidemment au cœur du débat car, pour générer un éventuel droit de l'assuré sur ladite réserve, encore faut-il qu'elle soit individualisée à un contrat spécifique. Or tel n'est précisément pas le cas.

Dans le cas spécifique de la provision de vieillissement, si le calcul est opéré comme tel sur base des données du contrat individuel, la gestion de la réserve qui résulte de ce calcul n'en est pas moins collective. Il s'agit d'une réserve globale constituée à l'échelle du portefeuille regroupant les contrats relevant d'un produit d'assurance maladie. Une nouvelle fois, le mécanisme présenté ici se situe – à l'heure actuelle – exclusivement au niveau du droit prudentiel et non du droit du contrat d'assurance et des droits du preneur d'assurance/assuré.

b) Avantages et inconvénients – Critique

La réserve n'étant pas individualisée, il en résulte qu'en cas de décès ou de résiliation du contrat, la réserve calculée pour ce dernier mais non consommée restera dans la provision globale et servira, à l'image d'un « fonds de financement » en assurance vie collective³⁵, à financer partiellement les

contrats subsistants. Ce financement permet ainsi de maintenir une prime plus basse pour les preneurs de contrats en cours.

L'inconvénient avancé par les opposants au caractère globalisé de la réserve est que les assurés n'ont pas de droit direct à l'égard³⁶ de la réserve calculée sur la base de leur contrat et ne peuvent donc ni la racheter, ni la mettre en gage, ni la transférer.

C'est le caractère non transférable qui a fait réagir certains parlementaires dès les travaux d'élaboration de la loi Verwilghen du 20 juillet 2007. Ainsi, la députée socialiste K. Lalieux y voyait une atteinte à l'équité et à la concurrence considérant que « ne pas prévoir un tel transfert reviendrait à limiter les possibilités de l'assuré de changer d'assureur et de faire ainsi jouer la concurrence. L'assuré, se sachant pénalisé en cas de souscription d'un nouveau contrat (l'âge avançant, la prime devient plus chère), hésitera à changer d'assureur s'il ne peut se prévaloir des primes qu'il a déjà payées depuis le début de sa couverture – primes qui ont contribué à alimenter une provision de vieillissement qu'il serait inéquitable de laisser à l'assureur en cas de résiliation anticipée du contrat ».³⁷ C'est clairement l'argument évoqué devant la cour par Test-Achats.

Ce statut non transférable de la réserve était-il un choix politique assumé?

Le ministre de l'Economie avait été interrogé en 2007 et avait répondu aux parlementaires qui l'interpelaient³⁸ sur ce sujet qu'il n'était pas favorable à une initiative visant à instaurer la portabilité de la réserve de vieillissement. Il avait justifié sa réponse au motif que cela imposerait une individualisation de la réserve de vieillissement et qu'une telle mesure aurait des conséquences sur la politique prudentielle des entreprises d'assurances, impactant à la hausse le montant des primes. En d'autres termes, cette privatisation de la réserve nuirait à la collectivité des assurés en la privant du bénéfice de la solidarité.

Plus récemment, et c'est d'ailleurs évoqué de manière pertinente par la cour³⁹, lorsqu'il s'est agi de modifier l'arrêté royal du 1^{er} février déterminant les indices spécifiques visés à l'article 138bis-4, § 3, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, il a été précisé dans le rapport au Roi de l'arrêté royal du 18 mars 2016 que les nouveaux indices spécifiques devaient permettre « de concilier la nécessité pour les assureurs de faire évoluer les provisions de vieillissement constituées avec le besoin de clarté, d'intelligibilité et de transparence à l'égard du preneur d'assurance ». A

³⁵. L'art. 51, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité d'assurance sur la vie précise – dans le contexte des assurances de groupe – que « le fonds de financement comprend les réserves qui ne sont pas relatives aux contrats individuels ». Ces réserves ont pour objectif de permettre de compenser une lacune dans le financement par l'organisateur de l'assurance de groupe.

³⁶. Il en est autrement du cas tout à fait particulier de la « réserve mathématique » en assurance vie. Voy. *infra*.

³⁷. Projet de loi modifiant la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre en ce qui concerne les contrats d'assurance maladie, amendement n° 22 de Mme Lalieux déposé le 13 mars 2007, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2006-2007, n° 51-2689/003.

³⁸. Q. parl. orales n°s 23823 et 24044 des représentants Griet Smaers et Johan Klaps, CRABV, 54 COM 894 du 15 mai 2018, pp. 24.

³⁹. Arrêt ici commenté, pt. 17.

cette fin, le pouvoir exécutif avait fait le choix d'une méthode simple d'indexation consistant à appliquer « annuellement un facteur fixe de 1,5 pour toutes les classes d'âge et toutes les catégories ». Ce taux forfaitaire s'applique à l'ensemble des assurés⁴⁰, quel que soit donc leur âge ou classe d'âge ou encore la durée écoulée du contrat. Ce mécanisme instaure clairement une solidarité entre les assurés, ce qui est bien la traduction du caractère collectif de la réserve de vieillissement.⁴¹

En définitive, il nous paraît évident que le caractère collectif de cette réserve est, du moins à l'échelle de l'ensemble du portefeuille⁴², bien plus avantageux pour les assurés que préjudiciable. Certes, la réserve pourrait constituer une sorte de « prime unique » injectée dans un nouveau contrat d'assurance maladie, mais la réalité du transfert nous paraît pour une bonne part être un leurre, et ce, pour deux raisons. D'une part, l'opération pourrait ne pas être neutre fiscalement, puisqu'à défaut de modification légale ou d'en être exempté en vertu de l'article 176/2, 7^o bis, du Code des droits et taxes divers, la taxe d'abonnement de 9,25% sur le contrat d'assurance maladie sera d'application sur la somme injectée à titre de prime auprès du nouvel assureur.⁴³ De quoi décourager celui qui voudrait faire jouer la concurrence. D'autre part encore est-il incertain qu'il trouve une couverture identique ailleurs, et ce sans compter qu'une déclaration du risque sera requise en vertu de l'article 58 de la LRA, laquelle prendra en considération l'âge de l'assuré ainsi que son état de santé au moment de la souscription du second contrat.

Par ailleurs, dans l'état actuel de la technique pour vieillissement, la portabilité de la réserve poserait à notre avis deux problèmes d'équité. D'une part, l'assuré qui se sent condamné mais qui ne souhaite pas (plus) subir de traitement médicaux, s'empressera de racheter « sa » réserve pour ne pas l'abandonner à la collectivité.⁴⁴ D'autre part, la portabilité, c'est-à-dire la possibilité de prélever « sa » part dans la réserve collective pour la déplacer vers un autre assureur, générerait certes un avantage pour le sortant mais porterait préjudice aux assurés qui restent dans le portefeuille puisqu'ils seraient privés, comme on l'a déjà mentionné plus haut, de la contribution au financement de leur propre contrat par la part de réserve qui aurait dû être « perdue » par le sortant.

5.4. Réserve de vieillissement et réserve mathématique

Test-Achats considère qu'il y a lieu d'appliquer à la réserve de vieillissement un traitement comparable à la réserve mathématique, tant sur le plan des droits qui doivent y être rattachés qu'en termes d'information y relative. Si la comparaison avait été fondée, il est clair que par identité de motif, le législateur aurait pu, voire dû, appliquer à l'assurance soins de santé – hospitalisation, des obligations d'information telles qu'on les retrouve dans la réglementation d'assurance vie, et en particulier l'obligation de fournir annuellement au preneur « un tableau donnant pour le contrat l'évolution annuelle de la valeur de rachat ou celle de la valeur de rachat théorique avec mention du mode de calcul de l'indemnité de rachat ».⁴⁵ Ce tableau a, de fait, un intérêt dans le cadre des assurances d'épargne, qui comportent une réserve croissante car il donne ainsi une indication sur la valeur – éventuellement négociable – du contrat. C'est la raison pour laquelle ne sont visées que « les assurances qui comportent des prestations assurées en cas de vie à l'échéance finale du contrat dont le niveau est garanti ».

En réalité, Test-Achats évoque à tort la réserve mathématique qui se constitue dans le cadre d'une assurance vie comportant une partie épargne. En effet, la réserve de vieillissement n'est techniquement pas comparable à la réserve mathématique constituée par l'assureur en vue de pouvoir, au terme du contrat, verser la prestation en cas de vie. Elle s'apparente, par contre, à la réserve que l'assureur « vie » constitue lorsqu'il couvre une assurance temporaire décès financée par des primes nivelées. A cet égard, l'article 17, § 1^{er}, de l'A.R. vie dispose que « sauf pour les assurances temporaires en cas de décès à primes périodiques constantes payables pendant une période supérieure à la moitié de la durée du contrat et les opérations tontinières, le preneur d'assurance a droit en tout temps au rachat de son contrat ». L'explication découle de ce que la réserve est générée par le fait qu'appliquant des primes nivelées aux assurances décès, l'assureur va demander en début de contrat une prime (nivelée) dont le montant est supérieur à la prime de risque et, au fur et à mesure du contrat, la différence prime nivelée/prime de risque va décroître jusqu'à être nulle avant de devenir négative. Comme dans le mécanisme expliqué en assurance

⁴⁰. Une étude menée par la KULeuven sous la direction de W. VERCRUYSE, J. DHAENE, M. DENUIT, E. PITACCO et K. ANTONIO, intitulée « Premium indexing in lifelong health insurance », *Far East Journal of Mathematical Science*, 2013), arrive à la conclusion que le facteur d'1,5 doit permettre aux assureurs, en moyenne pour l'ensemble des assurés, de revaloriser leurs provisions de vieillissement et de créer ainsi une certaine solidarité entre les différentes classes d'âge. Pour une autre étude portant sur la revalorisation de la réserve, P. DEVOLDER et B.-L. YERNA, « Construction d'une méthode spécifique d'indexation des contrats privés d'assurance maladie », *Belgian Actuarial Bulletin*, vol. 8, n° 1, 2008, pp. 22 à 36.

⁴¹. En ce sens, C. DEVOET, « La réserve de vieillissement en assurance hospitalisation n'ouvre aucun droit individuel » (note d'observation sous Bruxelles (9^e ch. civ.), 7 novembre 2019, *For. ass.*, n° 202, p. 20).

⁴². Bien entendu, ceci n'exclut pas que dans certaines hypothèses individuelles, des assurés pourraient tirer un avantage que la réserve ne soit pas globalisée, mais c'est le revers de toute forme de mutualisation.

⁴³. Sont seules exemptées de la taxe : (...) les assurances soins de santé telles que visées à l'art. 138bis-1, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre qui satisfont aux conditions énoncées par ladite disposition du CDTD.

⁴⁴. C'est pour une raison similaire qu'en cas de contrat d'assurance vie à capital différé, le rachat n'est pas possible au-delà de la moitié de la durée du contrat, la réserve constituée servant à compenser le déficit de prime durant la seconde partie de la durée du contrat.

⁴⁵. Art. 8, § 1^{er}, 3^o, de l'arrêté royal du 14 novembre 2003 relatif à l'activité de l'assurance sur la vie.

maladie, l'assureur puisera alors dans la réserve constituée pour compléter la prime nivelée afin de couvrir correctement le risque. L'assureur vie serait-il tenu de fournir un tel tableau reprenant l'évolution de cette réserve mathématique, encore pourrait-on douter de son intérêt. Appelée à décroître jusqu'à disparaître au fil du temps avec l'accroissement du risque décès de la tête assurée, cette information pourrait induire en erreur le preneur au début du contrat et serait décourageante par la suite: la fonte de la réserve, de par sa consommation pour compenser la prime de risque devenue insuffisante par rapport au coût réel du risque, pourrait frustrer l'assuré qui serait tenté de vouloir « sauver les meubles » en sollicitant un retrait alors qu'il n'en a pas le droit.

Par contre, ne pourrait-on pas comparer l'assurance « vie entière » qui couvre par définition le décès de manière viagère, par opposition à une assurance temporaire décès, à une assurance maladie non liée à l'activité professionnelle qui est, en principe, également viagère? Une assurance « vie entière » dispose d'une réserve mathématique et offre un droit de rachat au preneur, lequel doit, en vertu de l'article 8, § 2, alinéa 2, de l'A.R. vie, recevoir un tableau donnant pour le contrat l'évolution annuelle de la valeur de rachat ou celle de la valeur de rachat théorique avec mention du mode de calcul de l'indemnité de rachat.

Selon nous, une distinction fondamentale subsiste qui justifie la différence de traitement. Dans l'assurance « vie entière », la survenance de l'événement assuré est certaine et la réserve correspondra quasiment à un stade avancé en âge de l'assuré à la prestation dont le montant a été défini contractuellement au moment de la souscription. En résumé, nous sommes face à une assurance forfaitaire couvrant un événement certain dont seul le moment de survenance ne l'est pas.

Dans l'assurance maladie non liée à l'activité professionnelle, d'autres éléments interviennent. Le contrat pourrait prendre fin du fait du décès de l'assuré⁴⁶ sans avoir donné lieu à aucune prestation ou, à l'inverse, à des prestations bien plus nombreuses et/ou de coût bien plus élevé qu'escompté. Nous sommes face à une assurance forfaitaire.

Ce qui précède met en lumière que si les deux types d'assurance partagent le caractère viager, le type de couverture ne permet pas d'appliquer le même mode de réservation et, partant, le même statut quant à la réserve constituée. La nature de celle-ci est différente et, dans le cas de l'assurance santé non liée à l'activité professionnelle, elle nécessite une mutualisation ou une solidarité ne permettant pas, en l'état, une individualisation ou une portabilité de la réserve.

6. OBLIGATIONS D'INFORMATION?

Test-Achats a soumis une liste de dispositions réglementaires imposant à l'assureur soins de santé des obligations d'information diverses ou de comportements à respecter impérativement, vraisemblablement dans l'espoir que la cour se laisse convaincre par l'un ou l'autre afin que, *a minima*, elle n'en arrive pas à rejeter l'ensemble des arguments de l'Association de consommateurs.

La cour énonce dans son arrêt ces obligations une à une, tantôt issues de la LRA, tantôt fondées sur le Code de droit économique ou encore issues de la loi du 2 août 2002 relative à la surveillance du secteur financier et aux services financiers. Les conseillers en arrivent à la conclusion qu'aucune n'est d'application à l'assurance maladie, même au prix d'une interprétation extensive.⁴⁷

Est-ce pourtant à dire qu'une obligation d'information est à écarter? Nous ne le pensons pas. Encore faut-il qu'elle soit pertinente.

Ainsi, nous pensons qu'une explication relative au mode de fonctionnement du mécanisme de la « prime nivelée » serait profitable au preneur/assuré et pourrait même servir l'assureur car il pourrait en tirer un argument commercial par rapport à tout éventuel produit basé sur la prime de risque ou dont la prime évolue par pallier. Une explication correctement présentée et complète permettrait aussi au preneur/assuré de comprendre que la réserve de vieillissement n'a pas pour vocation de lui revenir mais de le servir dans le maintien d'un montant de prime stable. A lui alors de faire le choix du produit qui correspondrait le plus à sa sensibilité.

^{46.} Il pourrait aussi prendre fin du fait de la résiliation à l'initiative du preneur mais, en cela, il ne diffère pas de l'assurance « vie entière ».

^{47.} Sur les devoirs d'informations en matière d'assurance maladie, voy. not.: J.-C. ANDRE-DUMONT, « Le devoir spécifique d'information dans le cadre des contrats d'assurance maladie », in *Le devoir d'information en assurances*, Dossier 2010 du *Bull. ass.*, pp. 195 à 213; J.-M. BINON, *Droit des personnes. Aspects civils, techniques et sociaux*, 2^e éd., Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, Bruxelles, Larcier, pp. 885-887.

7. INSTAURER UN DROIT DE L'ASSURÉ À L'ÉGARD DE LA RÉSERVE DE VIEILLISSEMENT?

7.1. Faisabilité juridique?

Instaurer un droit de l'assuré à l'égard de la réserve de vieillissement est-il juridiquement possible?

Rien ne l'interdit et, comme le souligne la cour, reprenant favorablement l'argumentaire de Test-Achats, tel est le cas dans d'autres pays tels que la Suisse, l'Autriche ou encore l'Allemagne qui accordent aux assurés un droit individuel à leur réserve de vieillissement en ce qu'elle est portable d'un assureur à un autre lorsque l'assuré décide de changer de compagnie d'assurance.

Pour autant, vu le rôle technique et le statut exclusivement prudentiel actuel de la réserve de vieillissement, l'instauration d'un droit de l'assuré sur cette réserve implique de la repenser fondamentalement.

En particulier, le fait que la réserve qui pouvait être « perdue » par l'affilié (ou plus exactement, la part calculée sur base individuelle du contrat de l'assuré figurant dans la réserve collective de vieillissement) puisse constituer désormais une « valeur » dont l'affilié pourrait disposer soit via rachat, soit via transfert sous forme d'une sorte de « prime unique » pour financer une continuation d'une couverture hospitalisation auprès d'un autre assureur, n'est pas sans impact financier.

7.2. Quelles solutions possibles pour créer une portabilité ou un droit sur la réserve de vieillissement?

L'absence de droit de l'assuré a été vue par certains comme étant une lacune du législateur dans l'élaboration du concept de « réserve de vieillissement », ce qui ne devrait pas empêcher les assureurs de proposer un cadre contractuel convenable.⁴⁸ Les tenants de cette théorie considère qu'il suffirait que l'assureur prévoie dans les conditions générales qu'en cas de perte du statut d'assuré, celui-ci disposerait de la réserve qui serait sa « propriété économique » et pourrait ainsi la transférer à sa guise.

Cette solution purement contractuelle ne nous convainc pas.

Sauf à imposer que la réserve de vieillissement soit toujours la « propriété » de l'assuré, on sera confronté à une dualité de produits soins de santé: ceux dont la réserve est individualisée et ceux dont la réserve reste collective. Il y aurait donc lieu cette fois de donner une information rigoureuse quant à la nature de la réserve pour que le preneur puisse décider du produit qu'il entend souscrire en connaissance de cause.

On ne nous enlèvera toutefois pas de l'idée que le preneur sera perpétuellement habité durant la vie du contrat par l'idée que chaque jour qui passe diminue sa réserve individuelle de vieillissement et qu'il risque d'être tenté de la réclamer pour s'orienter vers un autre assureur qui ne pourra que lui proposer un produit « comparable » mais vraisemblablement pas identique, ce qui pourrait l'amener à regretter ultérieurement sa décision. Enfin, cèderait-il à la tentation de changer d'assureur et serait-il prêt, dans les conditions requises pour que le montant injecté auprès du nouvel assureur soit exempté de la taxe d'abonnement en vertu de l'article 176/2, 7^o bis, du CDTD, à payer une prime plus élevée.

7.3. A quel prix?

En définitive, il y aurait lieu alors d'appliquer à ce produit d'assurance maladie, une technique actuarielle comparable à l'assurance de type « capital différé avec remboursement » (CDAR) dans laquelle, pour éviter la frustration de ne rien percevoir en cas de décès de la tête assurée avant le terme du contrat qui aurait ouvert le droit à la prestation en capital, le preneur va financer l'engagement de l'assureur de lui reverser la réserve constituée jusqu'au décès. Dans le cas de l'assurance soins de santé, l'assureur proposerait un produit que nous pourrions donc appeler « assurance soins de santé avec remboursement » (de la réserve individualisée) par opposition à l'assurance soins de santé classique (avec réserve de vieillissement collective). Bien entendu, la disparition de cette solidarité devra être financée à la hauteur de ce qui aurait été sa contribution dans la réserve collective. Sur le plan commercial, l'assureur devra donc insister sur le fait que le choix de la formule avec réserve collective et donc « abandonnée » en cas de sortie est moins onéreux. La question se pose de savoir de quelle branche d'activités relèverait la garantie couvrant le paiement d'une « réserve » au preneur/assuré. Il ne peut pas s'agir d'une prestation de type vie (en particulier relevant de la Branche 21) puisque la prestation ne dépend pas exclusivement de la vie humaine mais bien de la perte de la qualité d'assuré d'un contrat d'assurance maladie non lié à l'activité professionnelle. Il ne s'agit pas non plus d'une perte pécuniaire diverse (Branche 16) car ne tombant pas, à notre sens, sous l'un des types de pertes visées. Il s'agit, à notre avis, simplement d'un volet du produit maladie lui-même prévoyant un surcoût de prime pour compenser l'abandon par l'assureur de la réserve de vieillissement.

⁴⁸ En ce sens, L. VERHEYCKEN, « Loi Verwilghen – Les primes individuelles de vieillissement dans le cadre des assurances maladie collectives », *Life & Benefits*, n° 1, janvier 2008, pp. 3-6.

8. CONCLUSION

A la lecture de l'arrêt commenté, on ne peut que se féliciter de la qualité de l'analyse juridico/technique qu'a faite la cour d'appel de Bruxelles et, au-delà de celle-ci, le tribunal de première instance dont les décisions ont été confirmées par la cour.

Un courant doctrinal qui ne nous paraît pas majoritaire souhaite ouvrir la porte à l'individualisation de la « réserve de vieillissement » dont la vocation voulue par le législateur s'inscrit pourtant dans une perspective essentiellement prudentielle. La tarification en matière d'assurance soins de santé non liée à l'activité professionnelle est très complexe

du fait que les contrats sont en principe conclus à vie et que le coût des prestations dépend partiellement de circonstances extérieures à l'assuré. C'est l'une des raisons pour laquelle la solidarité opérée entre tous les assurés par le caractère collectif de la réserve nous paraît essentielle et contribue à maintenir un équilibre difficile dans cette branche d'activités. Il serait regrettable que l'individualisation de la réserve impose aux assureurs de devoir mettre en place des produits bien plus onéreux dès la souscription, ce qui n'irait pas dans le sens de l'intérêt des candidats preneurs!