



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

28 mai 2020

AVIS III/29/2020

relatif au projet de loi relative au traitement de données concernant la santé en matière d'assurance et de réassurance et portant modification de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances

..... AVIS

Par lettre en date du 13 février 2020, Monsieur Pierre GRAMEGNA, ministre des Finances, a saisi pour avis notre chambre du projet de loi relatif au traitement de données concernant la santé en matière d'assurance et de réassurance et portant modification de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances.

Exposé des motifs

1. L'article 7, paragraphe 3 de la loi du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel (« loi de 2002 ») prévoyait que le traitement de données relatives à la santé nécessaire aux fins de la gestion de services de santé peut être mis en œuvre notamment par les compagnies d'assurance lorsque le responsable du traitement est soumis au secret professionnel.

2. L'introduction du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (« RGPD ») et plus précisément de son article 9, paragraphe 1 a affecté le régime légal du traitement de données concernant la santé par les compagnies d'assurance et de réassurance, étant donné que le RGPD interdit par principe et sauf les exceptions prévues au paragraphe 2 du même article le traitement de données concernant la santé.

3. En vue d'opérationnaliser le RGPD, la loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et mise en œuvre du RGPD (« loi de 2018 ») a remplacé la loi de 2002 sans inclure de formule similaire à celle qui se trouvait dans la loi de 2002 pour légitimer explicitement le traitement de données concernant la santé par les compagnies d'assurance.

4. Par conséquent, les compagnies d'assurance se trouvent dans une situation d'insécurité juridique quant au traitement de données concernant la santé alors que pourtant il est indispensable pour les compagnies d'assurance de traiter des données concernant la santé dans le cadre notamment des contrats d'assurance maladie, d'assurance-vie ou d'assurance accident.

5. Les seules dispositions sur lesquelles les compagnies d'assurance peuvent se baser pour le traitement de données concernant la santé en l'état actuel du droit positif sont celles de l'article 9, paragraphe 2 du RGPD.

Ainsi, l'article 9, paragraphe 2, lettre b) du RGPD autorise le traitement de données concernant la santé lorsque *le traitement est nécessaire aux fins de l'exécution des obligations et de l'exercice des droits propres au responsable du traitement ou à la personne concernée en matière de droit du travail, de la sécurité sociale et de la protection sociale.*

6. La Commission nationale pour la protection des données (« CNPD ») a analysé la doctrine étrangère en la matière et a constaté *que les entreprises d'assurance ne font pas partie d'un système de protection sociale nationale lorsque la loi ne le prévoit pas. En effet, les lois françaises et allemandes, par exemple, prévoient expressément que les contrats complémentaires de nature privée d'assurance-maladie sont assimilés à l'assurance-maladie obligatoire et font donc partie du système national de protection sociale. Toujours est-il que les autres types d'assurances (. . .) ne peuvent pas être considérés comme faisant partie du système de protection sociale.* Au Luxembourg, les compagnies d'assurance ne font pas partie d'un tel système de protection sociale nationale, puisque la loi ne le prévoit pas, ce qui, pour les assureurs luxembourgeois, amplifie l'insécurité juridique en matière de traitement de données concernant la santé.

7. En vertu de l'article 9, paragraphe 2, lettre f) du RGPD, les traitements de données concernant la santé par les compagnies d'assurance qui sont nécessaires à la constatation, à l'exercice ou à la défense d'un droit en justice ou chaque fois que des juridictions agissent dans le cadre de leur fonction juridictionnelle peuvent être considérés comme licites. Cependant, cette disposition est trop restrictive et ne peut pas servir de base générale pour les traitements de données concernant la santé par les compagnies d'assurance.

8. La demande du consentement explicite pour chaque traitement de données à caractère personnel en dehors des cas visés aux paragraphes précédents, en application de l'article 9, paragraphe 2, lettre a) du RGPD, ne constitue guère une solution appropriée. Ainsi, la CNPD estime que, de façon générale, un contrat

d'assurance doit être considéré comme un contrat d'adhésion et par conséquent le consentement ne pourra pas être donné librement. Le consentement ne peut donc pas être considéré comme approprié pour légitimer le traitement de données concernant la santé.

9. Pour lever l'insécurité juridique dans laquelle les compagnies d'assurance se trouvent, il reste ainsi comme seul remède une intervention du législateur sur la base de l'article 9, paragraphe 2, lettre g) et paragraphe 4 du RGPD en invoquant des motifs d'intérêt public important.

10. Ce raisonnement est soutenu par la CNPD qui a précisément estimé qu'il est nécessaire de prévoir *une disposition nationale, conformément à l'article 9, paragraphe 4 du RGPD pour légitimer le traitement de données de santé en matière d'assurances.*

11. Les assurances participent à un intérêt public important, *dans la mesure où l'assurance apporte à l'assuré la certitude qu'il sera indemnisé si c'est sur lui ou sur ses biens que le risque qui menace chacun de nous, individuellement aussi bien que collectivement se réalise.* Dans ce sens, le Comité Directeur pour les Droits de l'homme du Conseil de l'Europe (« CDDH ») a précisé qu'il faut garder à l'esprit *l'importance prise par les contrats d'assurance privés de personnes couvrant un risque lié à la santé, à l'intégrité physique, à l'âge ou au décès d'une personne* et il est convaincu de l'importance sociale que revêt dans chaque pays la couverture appropriée de ces risques, *tout en reconnaissant l'intérêt légitime de l'assureur à l'évaluation du niveau de risque présenté par l'assuré.* En effet, il faut être conscient du rôle que l'assurance privée volontaire peut jouer pour compléter (et parfois même suppléer) la couverture de ces risques par la sécurité sociale ou d'autres assurances publiques ou obligatoires. Les services proposés par les compagnies d'assurance sont vitaux pour la collectivité qui compte sur les assurances pour se protéger dans la vie quotidienne financièrement mais aussi au-delà. Les produits d'assurance ont une incidence sur la qualité des services sociaux et leur accessibilité à tous, notamment les services sociaux et les soins de santé. Il paraît indispensable de veiller à ce que tout individu puisse avoir accès à des systèmes d'assurance pour se protéger et pour préserver ses moyens de subsistance.

12. Le traitement de données concernant la santé par les compagnies d'assurance pour effectuer le service de leurs prestations participe ainsi de manière substantielle à l'intérêt public et la mise en place d'une disposition en droit national autorisant un tel traitement sur cette base est nécessaire.

13. Le projet de loi a pour objectif d'introduire dans la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances une disposition nationale pour légitimer explicitement le traitement de données de santé en matière d'assurances en invoquant, conformément à l'article 9, paragraphe 4 du RGPD, des motifs d'intérêt public important.

14. La CSL ne peut approuver le présent projet de loi ni en ce qui concerne sa finalité ni en ce qui concerne le texte proprement dit.

L'intérêt soi-disant « public » poursuivi par les compagnies d'assurance met en danger le système de protection sociale de l'Etat fondé sur l'équité, la répartition des risques, la solidarité intergénérationnelle et porte atteinte à la cohésion sociale !

15. La CSL tient à souligner que si, conformément à l'exposé des motifs, les compagnies d'assurance ne font pas partie du système de protection nationale au Luxembourg, c'est que leur finalité n'est pas compatible avec un système obligatoire d'assurances sociales qui est fondé sur l'équité, la répartition des risques et la solidarité intergénérationnelle, et ceci, quels que soient les revenus individuels des assurés. Aussi la CSL se doit-elle de souligner que même si, sous certaines circonstances, l'on pouvait considérer que les compagnies d'assurance participent à l'intérêt public, ce dernier n'a pourtant pas de caractère universel et n'est réservé qu'aux assurés qui ont les moyens financiers pour conclure de telles assurances. Par ailleurs, et contrairement au système obligatoire de protection sociale qui a pour objet de garantir la cohésion sociale dans une société, les compagnies d'assurance sont essentiellement guidées par des fins de lucre. Si l'on peut considérer que les compagnies d'assurance ont constitué jusqu'à présent un complément d'assurance pour certains assurés obligatoires affiliés au système obligatoire qui ont les moyens pour conclure de telles assurances privées, force est néanmoins de constater que ces dernières sont en train de grignoter progressivement des parts de

marché ou d'intérêts au système obligatoire de sécurité sociale progressivement en perte de vitesse. Ce sont surtout les nouvelles technologies de l'information, la collecte et le croisement de données massives concernant la santé des citoyens qui sont en train de réorienter le curseur vers davantage d'individualisation dans le choix de la protection sociale.

16. La CSL est d'avis que l'individualisation du risque peut porter atteinte à la mutualisation. Elle fournit une justification à des avantages tarifaires consentis à ceux qui ne présentent pas un risque élevé, au détriment des autres. Elle pousse en outre à agir sur les individus pour les inciter à des comportements susceptibles de prévenir ou de limiter l'importance des maladies qui les menacent. Or, c'est une chose que de contribuer à l'éducation générale de la population par des campagnes incitant à une meilleure hygiène de vie, c'en est une autre que de cibler des personnes ou des groupes déterminés à raison des risques qu'ils présentent. La prévention changerait alors de nature. Elle perdrait son caractère éducatif pour devenir intrusive si elle s'accompagnait d'une surveillance délibérée, par exemple à l'aide d'objets connectés (comme p.ex. les capteurs de santé). Elle perdrait son caractère bienveillant si elle instaurait un régime de pénalités ou de récompenses venant sanctionner les résultats obtenus. Une telle dérive menacerait non seulement le principe de solidarité, mais aussi la protection et le soin qu'une politique de santé doit assurer aux personnes les plus vulnérables. Elle porterait une grave atteinte aux libertés individuelles en ne s'adressant pas au libre arbitre des individus mais en exerçant sur eux une contrainte inappropriée. La différenciation entre personnes à « bons risques » et à « mauvais risques » ne pourrait chercher à se justifier qu'en mettant en avant les mérites de ceux qui consentent des efforts pour avoir une hygiène de vie satisfaisante et en stigmatisant ceux ayant une conduite jugée irresponsable. Au-delà même du caractère en soi inacceptable d'une telle classification, la contrainte qu'elle instaure serait injuste car on ne saurait oublier que l'importance des risques ne tient pas seulement aux comportements individuels, mais aussi à des facteurs que nous ne maîtrisons pas et qui tiennent à l'hérédité et aux accidents de la vie. On ne peut pas davantage faire abstraction de l'incidence du milieu social, dont toutes les études montrent qu'il est déterminant pour l'état de santé et l'espérance de vie des personnes.

Comment conserver la maîtrise par la solidarité nationale ?

17. Aujourd'hui, l'impératif éthique d'égalité d'accès aux soins interdit à l'assurance maladie publique obligatoire, d'opérer une sélection des risques en matière de santé. Mais, si le coût des maladies aiguës graves est entièrement assuré, des pratiques discriminantes pourraient être recherchées pour les maladies mineures, ou pour celles qui deviennent chroniques et qui concentrent une part importante des dépenses de santé. Pourrait ainsi s'estomper la distinction classique entre le risque subi né d'une hérédité non encore contrôlable et le risque choisi relevant du mode de vie.

18. Le risque d'établissement d'un profil individuel de santé tiendrait moins à une possible inégalité d'accès qu'à une obligation de soin au nom d'une plus grande efficacité du système de santé. Le bénéfice attendu par la collectivité serait de réduire les dépenses occasionnées par un diagnostic et un traitement rendus plus tardifs. Une tentation de discrimination tarifaire en matière d'assurance est un problème réel car elle repose sur une logique économique puissante. L'interdiction de sélection peut être contournée par les assurances privées, notamment parce que les données massives démultiplient les possibilités de profilage, même sans avoir recours aux questionnaires médicaux ou aux données de santé (système de gatekeeper). La disponibilité d'informations sur le comportement quotidien des assurés incite déjà les assureurs privés à établir des partenariats avec des entreprises leur permettant de moduler leurs primes en accordant des « récompenses » à ceux dont le comportement est jugé responsable.

19. Le conflit entre logique économique et intérêt individuel d'une part, exigences du vivre ensemble et de la solidarité d'autre part, ne peut être arbitré que par l'action politique. Seule la loi peut fixer des limites à l'individualisation des risques et édicter les règles nécessaires à la préservation de la solidarité nationale. Il serait particulièrement utile qu'une même démarche soit suivie à un échelon supranational et notamment dans le cadre de l'UE. La CSL estime que doivent être instaurées les conditions d'une vigilance exercée de manière collégiale par tous les acteurs de santé, afin de s'assurer que les logiques de personnalisation, qui peuvent être bénéfiques, ne transgressent pas les valeurs d'équité et de solidarité en évoluant vers un profilage de nature discriminatoire, notamment pour des raisons économiques.

20. Une des voies possibles pourrait consister à interdire purement et simplement le traitement de données issues d'objets connectés par les compagnies d'assurance privées à l'instar d'une proposition de loi déposée

au Parlement belge en date du 25 octobre 2018 en vue d'établir une restriction d'usage des données personnelles issues des objets connectés dans le domaine de l'assurance maladie et de l'assurance vie. Une telle proposition de loi éviterait par ailleurs que les compagnies d'assurances privées ne servent comme intermédiaires, volontairement ou involontairement, dans la transmission de telles données à l'industrie pharmaceutique très prisées par cette dernière.

21. Les objets connectés sont des objets dotés de moyens de communication avec ou sans fil (Wi-Fi, Bluetooth) et qui collectent des informations. Ces objets peuvent être autonomes ou peuvent fonctionner avec un smartphone ou une tablette. On les retrouve dans de nombreux domaines, comme la domotique, le sport, le bien-être et la santé, les loisirs.

22. Dans le domaine de la santé plus précisément, ces objets permettent par exemple de quantifier une activité ou un paramètre physique, de surveiller la nutrition au travers de l'estimation des calories, de surveiller le poids, mesurer la qualité du sommeil etc.

23. Ainsi p.ex. l'assureur Discovery a créé en avril 2015 une formule d'assurance « Vitality » intégrant les habitudes sportives et les comportements alimentaires de ses clients, mesurés à l'aide d'un bracelet connecté. Les « bons » comportements entraînant ainsi des réductions de primes de risques.

24. Même la CNIL va dans le même sens que la proposition de loi belge en recommandant de prévoir des restrictions d'usage des données personnelles relatives au corps humain afin qu'elles ne puissent, même avec le consentement de la personne concernée, faire l'objet d'exploitations commerciales sous une forme qui permette d'identifier la personne.

25. À cet égard, il convient de renvoyer à l'article 9.4 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) qui permet aux États membres d'adopter des mesures plus protectrices à l'égard des données de santé que celles déjà prévues par le Règlement : "Les États membres peuvent maintenir ou introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé."

26. La CSL est d'avis que le législateur devrait s'inscrire dans cette perspective qui poursuit bien les objectifs du RGPD, celui-ci indiquant clairement qu'il n'existe aucun obstacle juridique à l'adoption d'une loi qui interdit le développement d'un modèle d'assurance fondé sur la divulgation des données de santé pour une ultra-personnalisation du risque. Dans cette perspective, la CSL propose d'adopter une loi, à l'instar de la proposition de loi belge, consistant à interdire, dans le cadre d'une assurance individuelle sur la vie et d'un contrat d'assurance maladie, le traitement, tel que défini à l'article 4, 2), du Règlement RGPD, d'informations récoltées par un capteur de santé, relatives au mode de vie ou à l'état de santé du preneur d'assurance.

27. Par ailleurs, une telle loi devrait prévoir qu'aucune segmentation ne peut être opérée sur le plan de l'acceptation, de la tarification et/ou de l'étendue de la garantie sur la base de la condition que le preneur d'assurance accepte d'utiliser un capteur de santé, accepte de partager des informations récoltées par un capteur de santé, ni sur la base de l'utilisation par l'assureur de telles informations.

28. La CSL est consciente qu'une telle loi soulèvera certainement l'opposition du monde de l'assurance. Celui-ci pourra mettre en avant, outre l'argument économique, l'effet positif de prévention que peut avoir l'incitant de voir baisser sa prime d'assurance en adoptant un comportement plus sain. Néanmoins, la CSL est d'avis qu'un conflit de libertés individuelles parmi tant d'autres demande de la part du législateur la fixation d'un équilibre qui tienne également compte de l'intérêt général de la société qui exige le maintien et la protection d'un système obligatoire de protection sociale fondé sur l'équité, la répartition des risques, la solidarité intergénérationnelle et garant de la cohésion sociale.

29. A titre subsidiaire et même à supposer que la finalité du traitement des données concernant la santé pour les assurances soit légitime et trouve l'approbation de la CSL, l'article 181bis inséré dans

la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances tel que proposé par le présent projet de loi suscite les observations suivantes :

La justification par les assurances privées du traitement de données concernant la santé sur base de l'article 9, paragraphe 2, lettre g) du règlement (UE) 2016/679 met en danger le caractère quasiment universel du système obligatoire de protection sociale fondé sur la solidarité et la répartition des risques !

30. L'article 9, paragraphe 2, lettre g) dispose que l'interdiction du traitement de données concernant la santé ne s'applique pas lorsque « *le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur base du droit de l'Union ou droit d'un Etat membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée* ».

31. La CSL est d'avis que les conditions pour avoir recours à ce texte ne sont pas remplies.

32. Comme déjà mentionné ci-avant, les compagnies d'assurance à travers le traitement de données concernant la santé ne poursuivent pas exclusivement un intérêt public qui est uniquement réservé aux assurés qui ont les moyens financiers pour conclure de telles assurances, mais ont surtout comme objectif d'enranger des bénéfices.

33. Même à supposer que les assurances agissent partiellement dans un intérêt public, la CSL estime que la proportionnalité d'une telle mesure consistant à demander de telles données sensibles aussi bien dans le cadre de *mesures précontractuelles* que dans le cadre de *l'exécution d'un contrat d'assurance* n'est pas donnée parce que 1) les compagnies d'assurance peuvent faire dépendre la validité des contrats de la transmission récurrente de telles données par les assurés, 2) la sécurité de telles données n'est pas garantie et 3) l'exploitation de telles données conduit indéniablement vers une individualisation de la protection sociale au détriment du système obligatoire de protection sociale plus amplement décrit ci-avant.

Les compagnies d'assurance peuvent renoncer à une ou plusieurs des mesures de protection énumérées au point 2) de l'article 181bis lorsqu'elles peuvent justifier *en interne* une telle exclusion

34. Pour la CSL, il est inacceptable que les compagnies d'assurance puissent renoncer en interne à une des mesures de protection prévues sous le point 2) sans avoir à rendre compte à personne - ni à l'assuré ni aux autorités publiques. Cet article n'est rien d'autre qu'une farce et permet aux compagnies d'assurance qui sont à la fois juge et partie du traitement des données des assurés de disposer comme bon leur semble.

* * *

En raison des remarques formulées ci-avant, la CSL est au regret de vous communiquer qu'elle marque son désaccord avec le projet de loi cité sous rubrique.

Luxembourg, le 28 mai 2020

Pour la Chambre des salariés,



Sylvain HOFFMANN
Directeur



Nora BACK
Présidente

L'avis a été adopté à l'unanimité.