

# Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers: le cas des assurés

Matthieu Robineau

▶ **To cite this version:**

Matthieu Robineau. Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers: le cas des assurés. Le fichier (dir. F. Eddazi et S. Mauclair), LGDJ, pp.265-278, 2017, Grands colloques, 978-2-275-05191-8. hal-01777822

**HAL Id: hal-01777822**

**https://univ-orleans.hal.science/hal-01777822**

Submitted on 14 Jul 2019

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

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

**Le contrôle des clients de l'entreprise par les fichiers : le cas des assurés**

Matthieu ROBINEAU
*Maître de conférences à l'Université d'Orléans, CRJ Pothier – EA 1212*

L'industrie de l'assurance est par essence, par nécessité, collectrice et utilisatrice de données puisqu'elle repose sur la compréhension et l'analyse des risques. L'information est au cœur de sa technologie.

Aussi, les fichiers d'assurés, en tant qu'ensemble structuré et stable de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés[1], sont-ils nombreux. Par exemple, en matière d'assurance automobile, il existe un certain nombre de fichiers, tenus par l'Association pour la gestion des informations sur le risque en assurance (Agira). Les plus connus sont, d'une part, le fichier des résiliations automobiles[2] qui permet d'appliquer le coefficient de réduction-majoration[3], de détecter les fraudes et de relever les incidents de paiement et, d'autre part, le fichier des victimes indemnisées (FVI)[4], qui a pour objet d'informer le public des indemnités allouées aux victimes d'accidents de la circulation dans le cadre de décisions prises soit par accord transactionnel, soit par voie judiciaire.

Les fichiers en assurance répondent à deux objectifs principaux : connaître les clients et connaître les risques. Par suite, ils permettent, dans une certaine mesure, un contrôle des assurés, qui participe au pouvoir normatif de l'assurance. De ce point de vue, celle-ci peut être envisagée comme le lieu d'une activité normative de direction des comportements humains. Dans cette perspective, le contrat d'assurance, avec ses conditions, ses exclusions, ses franchises, ses déchéances de garantie, serait un instrument de contrôle. Les fichiers en seraient un autre.

Naturellement, en raison des atteintes aux libertés et à la vie privée qu'ils peuvent réaliser, les fichiers doivent être encadrés[5]. Il appert alors qu'au regard de leur utilité, sinon de leur nécessité, pour l'opération d'assurance, mais aussi au regard du rôle économique et social de cette dernière, la question des fichiers des assurés apparaît comme celle d'un arbitrage entre des préoccupations diverses, parfois antinomiques, souvent inextricablement liées. Il n'y a du reste ici aucune spécificité particulière dans la mesure où le droit des données personnelles s'est tout entier construit autour de la recherche d'un compromis entre le droit à la vie privée des personnes physiques et les intérêts des organisations publiques ou privées recourant au traitement de données personnelles[6].

Il n'en reste pas moins que la consultation des meilleurs ouvrages de droit des assurances ne laisse pas de surprendre puisque, sous une réserve notable[7], aucun développement n'est consacré aux fichiers[8]. Ce silence est paradoxal et, à tout le moins, embarrassant.

---

[1] L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, art. 2.

[2] http://www.agira.asso.fr/content/fichier-des-resiliations-automobile.

[3] Ou « bonus-malus ».

[4] http://www.victimesindemnisees-fvi.fr.

[5] La collecte de données est, par ailleurs, parfois obligatoire : v. le dispositif de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, C. mon. et fin., art. L. 561-1 et s.

[6] V. par ex., MATTATIA F., *Traitement des données personnelles*, Eyrolles, 2013.

[7] BEIGNIER B., avec BEN HADJ YAHIA S., *Droit des assurances*, LGDJ, 2e éd., 2015, n° 18 et s., 92 et s. (comp. la 1re éd., 2011, où seul était envisagé le fichier des sinistres tenu par l'AGIRA, n° 390).

[8] *Adde*, GRYNBAUM L., LE GOFFIC C. et MORLET-HAÏDARA L., *Droit des activités numériques*, Dalloz, 2014, silencieux sur la question bien que deux des auteurs soient spécialistes de droit des assurances.

Le thème des fichiers en assurance est de surcroît d'une brûlante actualité. Encore en discussion au moment où cette contribution a été rédigée, la loi pour une République numérique[9] et le règlement européen sur la protection des données[10] ont été adoptés. Du côté des assureurs, les initiatives et réflexions se multiplient, destinées à appréhender l'impact du numérique sur leur activité dans toutes ses dimensions. Ainsi, sans exhaustivité aucune, il est possible de relever que l'Association française de l'assurance s'est dotée d'une commission numérique en novembre 2014[13], qu'un livre blanc sur la transformation digitale dans l'assurance a été présenté par le pôle de compétitivité « Finance innovation »[14], que des investissements massifs ont lieu en la matière[15] et que de nouvelles formations de haut niveau ont été créées[16].
C'est qu'en effet l'avènement du *big data* et l'essor des objets connectés[17] sont les moteurs de ce qui pourrait bien être une nouvelle révolution de l'industrie de l'assurance[18]. Ils constituent surtout un facteur qui invite à s'interroger, en particulier, sur les fichiers et, plus généralement, sur le traitement des données personnelles par les assureurs[19].
Il convient donc d'envisager le contrôle des assurés par le fichier en conservant à l'esprit les mutations qui pourraient advenir. Pour autant, en tant que norme des normes[20], le droit a son mot à dire. Il vient encadrer ou organiser l'exploitation des données. Dans cette perspective, après avoir évoqué les fichiers de contrôle des assurés (I), sera envisagé le contrôle des fichiers des assureurs (II).

## I – Les fichiers de contrôle des assurés

L'abondance et la qualité des données sont des éléments majeurs de la fiabilité des statistiques, sur lesquelles repose l'opération d'assurance. Elles jouent un rôle tout au long de la relation d'assurance, lors de la période précontractuelle comme au cours du contrat et au-delà de celui-ci.
Recueillir des données offre la possibilité aux assureurs non seulement de choisir leurs assurés et de leur proposer certains niveaux de garantie plutôt que d'autres, mais aussi de jouer un rôle normatif, d'inciter à la prévention, de faire infléchir les comportements au moyen des clauses contractuelles et de la tarification des garanties. Or la configuration de ce contrôle est en voie

---

[9] L. n° 2016-1321 du 7 oct. 2016 pour une République numérique, *JO* 8 oct. 2016, texte n° 1.

[10] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), *JOUE* 4 mai 2016, L 119/1.

[13]http://www.ffa-assurance.fr/content/la-federation/nos-commissions/commission-numerique.

[14]LAVAUD A., « Innovation : le système D », *L'argus*, n° 7403, 3 avr. 2015, p. 3.

[15]VIAL G., « Digital, *big data* : pourquoi Axa met les gaz », *L'Argus*, 20 juin 2014, n° 7367 ; THOUET N., « L'assurance a la folie des labs », *L'Argus*, 12 juin 2015, n° 7414, p. 40. *Adde*, BERNIS E., « Un fonds consacré à la recherche de solutions innovantes », *ibid.*, p. 44.

[16]http://www.argusdelassurance.com/institutions/formation-l-ecole-polytechnique-d-assurances-lancera-un-mba-de-data-scientist-en-2016.100062.

[17]15 milliards d'objets connectés sont en circulation à travers le monde. Ils seront probablement cinq à six fois plus nombreux dans cinq ans (GERMAIN S., « Les nouvelles frontières de l'e-santé », *L'Argus*, n° 7400, 13 mars 2015, p. 50).

[18]Rappr. BEIGNIER B., avec BEN HADJ YAHIA S., préc., n° 18.

[19]Les fichiers ne sont qu'un mode parmi d'autres de traitement des données personnelles.

[20]Sur cette idée (et les interrogations qu'elle soulève), THIBIERGE C., « Conclusion », *in* THIBIERGE C. *et a.*, *La densification normative*, Mare et Martin, 2013, spéc. p. 1148.

d'être bouleversée en raison des évolutions technologiques à l'œuvre. Aussi peut-on partir du connu, c'est-à-dire du contrôle des assurés par les assureurs au temps des informations limitées (A), pour aller vers l'inconnu, à savoir le contrôle des assurés par les assureurs au temps du *big data* (B).

## A. Le contrôle des assurés au temps des informations limitées

Le contrôle des assurés par les fichiers se déploie sur deux échelles distinctes, celle de la mutualité, c'est-à-dire de l'ensemble des assurés (1), et celle de l'individu (2).

### *1. Le contrôle de la mutualité*

Les assureurs ont par essence besoin de maîtriser les risques qu'ils couvrent. Grâce à la loi des grands nombres et aux statistiques, ils sont à même de réaliser l'opération d'assurance et de neutraliser le hasard[21]. En d'autres termes, si chaque relation assurantielle est marquée par l'aléa, par l'incertitude, à l'échelle de la mutualité, par principe et par construction, il n'y a pas de place pour le hasard. C'est ici que la collecte de données joue un rôle essentiel : appréhender le risque, c'est être capable de l'évaluer, de le mesurer, d'élaborer des statistiques. D'une certaine manière, on assure bien que ce que l'on connaît bien.
Les assureurs ont d'ailleurs intérêt à faire en sorte d'améliorer la configuration des risques. Ils jouent de ce point de vue un rôle normatif, incitant notamment à la prévention, en amont des sinistres, et à la protection, en aval de ceux-ci, quand il s'agit d'en limiter autant que possible les conséquences par des mesures de sauvetage ou d'assistance par exemple.
L'exploitation des données recueillies et des fichiers constitués conduit ainsi à délimiter les obligations de couverture et de règlement de l'assureur. De la sorte, une normalisation des comportements des assurés se met en place, qui repose sur les données d'expérience, collectées et analysées.

### *2. Le contrôle des individus*

Quant au contrôle individuel des assurés, il intervient d'abord, et naturellement, lors de la phase précontractuelle. Examiner la proposition d'assurance, c'est évaluer le risque apporté à l'aune des données transmises par le futur assuré lorsqu'il déclare les risques, en répondant aux questions qui lui sont posées par l'assureur[22]. Ne pas contracter ou contracter à telles ou telles conditions, c'est classer les candidats à l'assurance, opérer un contrôle.
Ce dernier perdure ensuite tout au long de la relation contractuelle. D'une part, l'assuré est tenu de déclarer les aggravations de risque qui surviennent[23] ; d'autre part, lorsqu'un sinistre se produit, l'assureur vérifie la sincérité des différentes déclarations qui ont émaillé la relation contractuelle. Les données personnelles recueillies ressurgissent alors. Si elles ont fait l'objet d'un traitement, elles peuvent être valablement utilisées par l'assureur puisque ce dernier aura ou bien reçu le consentement de la personne concernée, ou bien satisfait à l'une des conditions posées par l'article 7 de la loi, dont « l'exécution, soit d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ».

---

[21]LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Dalloz, 13e éd., 2011, n° 33.

[22]Sur la nécessité pour l'assureur d'avoir recours à un questionnaire de risques, Cass. ch. mixte, 7 févr. 2014, n° 12-85107, *Bull. mixte*, n° 1 ; *D.* 2014. 1074, note PÉLISSIER A. ; *JCP* G 2014, 419, note ASSELAIN M. ; *RCA* 2014, n° 99, note GROUTEL H. ; *RGDA* 2014. 197, note KULLMANN J. et MAYAUX L.

[23]C. assur., art. L. 113-2, 3°.

Enfin, lutter contre la fraude, qui est un fléau pour les entreprises d'assurance, suppose d'exploiter un certain nombre de données. Croiser des fichiers peut permettre de constater une situation de cumul frauduleux d'assurances ou une salve de déclarations d'un même sinistre[24], dans un contexte où l'admissibilité de la preuve fait l'objet de discussions, en raison du conflit opposant droit des assureurs à la preuve et droit des assurés au respect de la vie privée et au secret médical[25]. Lorsque la fraude est établie, l'assuré se retrouve fiché, il a un casier assurantiel qui n'est plus vierge[26].
Il existe ainsi un contrôle ou, à tout le moins, des possibilités de contrôle des assurés grâce aux fichiers. La révolution du *big data* est de nature à donner une intensité supplémentaire à ce contrôle.

## B. Le contrôle des assurés au temps du *big data*

Le contrôle des assurés par les assureurs au temps du *big data* est susceptible d'être à la fois accru et facilité (1). Par exemple, de nouvelles technologies permettent de faire travailler les bases de données des assureurs pour démasquer les fraudeurs[27]. Surtout, de nouvelles formules contractuelles se développent, qui s'appuient sur les objets connectés et les données qu'ils diffusent (2).

### *1. Le* big data*, instrument d'un contrôle accru*

Le *big data* se caractérise par le volume, la variété, la rapidité et la complexité des informations disponibles. L'assureur est donc susceptible d'accéder à d'autres données que celles collectées à l'occasion de la déclaration des risques. Il n'est pas exclu qu'il puisse désormais connaître ses assurés bien mieux que ces derniers ne se connaissent eux-mêmes, que le risque ne soit plus seulement déclaré mais constaté[28].
Certes, les données collectées sont pour une large part aujourd'hui inexploitées. De surcroît, lorsqu'elles sont traitées, c'est principalement à des fins commerciales. Cependant, cette dernière observation ne doit pas faire oublier que les données disponibles sont avant tout des outils ouvrant sur une meilleure connaissance des risques et des comportements des assurés.
Or ces données sont chaque jour plus nombreuses et plus pertinentes. On considère ainsi que les boîtes noires, les box domotiques et autres appareils espions seront au nombre de 50 milliards en 2020[29]. Il semble relever de l'évidence que l'extraction de données sur les assurés et les risques à partir de toutes les sources qui nourrissent le *big data* est l'avenir de l'assurance. Les assureurs pourraient être à même non seulement d'affiner leur tarification, mais encore de proposer des

---

[24]Le recoupement peut également protéger l'assuré et éviter les conséquences d'une déclaration inexacte des risques (SCHWEBEL L., « L'utilisation des données médicales par les assureurs », *RGDA* 2010. 47).

[25]V. par ex., Cass. 1re civ, 31 oct. 2012, n° 11-17476, *Bull. civ.* I, n° 224 ; *D.* 2013. 227, note DUPONT N., 457, obs. DREYER E., et 2802, obs. DARRET-COURGEON I. ; *RTD civ.* 2013. 86, obs. HAUSER J. et 117, obs. FAGES B. ; *JCP* 2012. 1229, obs. ABRAVANEL-JOLLY S. – Cass. 1re civ., 5 févr. 2014, n° 12-20206, *D.* 2014. 856, note LARDEUX G. ; *RTD civ.* 2014.375.

[26]V. *infra*, B. 1

[27]DURIEUX J., entretien avec BERNIS E., *L'Argus*, 12 juin 2015, n° 7414, p. 36 ; BERNIS E., « Le *big data* sera-t-il la nouvelle arme antifraude ? » *L'Argus*, 4 sept. 2015, n° 7422, p. 54.

[28]Rappr. BEIGNIER B., avec BEN HADJ YAHIA S., préc., n° 18.

[29]BERNIS E., « Les 7 bouleversements capitaux », *L'Argus*, 12 juin 2015, n° 7414, p. 13.

garanties sur-mesure, procédant ainsi à une individualisation aux ressorts éloignés des principes classiques de l'opération d'assurance[30].
Certes, les principes gouvernant les données personnelles devront être respectés. Cependant, la relation contractuelle offre un cadre aisé pour recueillir le consentement de l'assuré à la collecte et au traitement de ses données.

### *2. Manifestations du contrôle accru*

Pour se faire une idée des changements profonds à l'œuvre, deux exemples peuvent être évoqués, l'un en assurance automobile, l'autre en assurance santé, étant précisé que si 70 % des Français sont prêts à faire équiper leur véhicule ou leur domicile d'un capteur pour profiter d'une baisse de prime, la réticence est plus marquée s'agissant des données de santé[31].
En matière d'assurance automobile, une formule contractuelle venue des pays anglo-saxons se propage à très grande vitesse, pour l'heure principalement à destination des jeunes conducteurs : le *pay as you drive*.
Le principe est simple et a été validé par la CNIL, non sans hésitation[32], après une large concertation avec les assureurs[33] : en contrepartie d'une diminution de prime, l'assuré accepte des restrictions quant à l'usage de son véhicule (en termes de distance et d'horaires d'utilisation), le tout sous le regard permanent de l'assureur puisque son véhicule est tracé au moyen d'un boîtier de contrôle équipé d'un capteur GPS[34].
Allant plus loin, certains assureurs proposent une évaluation de la conduite, des façons de freiner, d'accélérer et de prendre des virages[35]. On passe ainsi subrepticement d'une formule « *pay as you drive* », tarifée en fonction de l'usage du véhicule, à une formule « *pay how you drive* », tarifée en fonction du comportement du conducteur.
Le contrôle prend une ampleur supplémentaire encore lorsque la réduction de prime est conditionnée par la participation à du « coaching automobile » durant les années qui suivent l'obtention du permis de conduire[36]. Au fond, toutes les données paraissent pouvoir être collectées, à l'exception de celles qui constateraient des infractions, l'assureur n'étant pas habilité

---

[30]Sur les conséquences épistémologiques du big data, v. not., EWALD F., *Assurance, prévention, prédiction… dans l'univers du Big Data*, rapport pour l'Institut Montparnasse (http://www.institut-montparnasse.fr/wp-content/files/Collection_recherches_n_4.pdf).

[31]http://www.argusdelassurance.com/acteurs/compagnies-bancassureurs/auto-habitation-un-francais-sur-deux-echangerait-donnees-personnelles-contre-meilleur-tarif-pwc.80821.
http://www.argusdelassurance.com/acteurs/objets-connectes-les-francais-sont-ils-prets-a-fournir-leurs-donnees-personnelles.87316.

[32]CNIL, délibération n° 2010-096 du 8 avr. 2010, portant recommandation relative à la mise en œuvre, par les compagnies d'assurances et les constructeurs automobiles, de dispositifs de géolocalisation embarqués dans les véhicules, *JO,* 19 mai 2010, texte n° 76. Comp. CNIL, 17 nov. 2005, n° 2005-278 qui s'opposait au dispositif, estimant qu'il était de nature à porter atteinte à la liberté d'aller et venir anonymement dans des proportions injustifiées.

[33]CNIL, délibération n° 2010-096 du 8 avr. 2010, préc., obs. préliminaires.

[34]V. PIERRE Ph., « "Boîte noire" automobile et assurance », *Risques* 2003, n° 56, p. 57.

[35]DURAND E., « Axa Drive, une nouvelle application au service des automobilistes », *L'Argus*, 26 août 2014, http://www.argusdelassurance.com/marketing-com/axa-drive-une-nouvelle-application-au-service-des-automobilistes.81386.

[36]« Novelia vise les novices », *L'Argus*, 10 avr. 2015, n° 7404, p. 46. L'assureur est informé de l'avancement du programme.

à mettre en œuvre un traitement visant à faire apparaître directement des données relatives aux infractions[37].
L'objectif – louable – des assureurs est de récompenser les comportements responsables et prudents au volant. Le revers de la médaille est plus sombre : d'une part, ceux qui ne jouent pas le jeu de la boîte noire paient plus cher, d'autre part, l'assuré ne peut désactiver la boîte noire sans violer ses obligations contractuelles[38] : la seule possibilité qui lui est offerte est la résiliation du contrat, dans les conditions prévues par le Code des assurances[39].
Il n'empêche que ce contrôle est librement consenti par l'assuré, motivé par une tarification avantageuse et tenu ensuite contractuellement. C'est alors naturellement la notion de consentement libre et éclairé qui est en cause.
S'agissant de l'assurance santé, les institutions de prévoyance et les complémentaires santé ont vite décelé les opportunités qu'offrent les objets connectés et la pratique du *quantified self*. Des montres ou bracelets mesurent le nombre de pas effectués chaque jour, les calories dépensées, celles ingurgitées, le taux d'insuline, etc. Les assureurs proposent ainsi aujourd'hui à leurs adhérents ou assurés un certain nombre d'objets connectés qui, pour l'heure, n'ont pas d'effet sur la tarification, mais en auront sans aucun doute demain[40]. Une étude récente a recensé soixante-huit applications mobiles proposées par les assureurs en matière de santé et de bien-être[41]. Ils sont des « coaches » qui encouragent (ou enjoignent) à prendre l'escalier plutôt que l'ascenseur, ou plus subtilement conduisent à infléchir son comportement, sur le mode des *nudges*[42]. La CNIL se montre inquiète[43]. Aux États-Unis, plusieurs assureurs ont déjà mis en place des contrats collectifs s'appuyant sur les données collectées[44].
Le temps est donc à la densification du contrôle des assurés. Pour autant, le droit ne s'en laisse pas compter. Certes les fichiers se déploient et sont en permanence alimentés de nouvelles données, mais toutes les informations ne peuvent être collectées ou exploitées par les assureurs. Les dispositifs européens et nationaux viennent limiter la collecte et l'utilisation des données personnelles. Il existe ainsi un contrôle des fichiers des assureurs, qui se présente comme une garantie pour les assurés et les clients.

## II – Le contrôle des fichiers des assureurs

Le contrôle des fichiers mérite d'être envisagé. En raison de la loi, les professionnels de l'assurance ne bénéficient que d'une liberté surveillée. Pour autant, la relation contractuelle et les échanges de consentements auxquels elle donne lieu atténuent la portée et l'efficacité des

[37]L. 6 janv. 1978, art. 9.

[38]CNIL, délibération n° 2010-096 du 8 avr. 2010, préc.

[39]C. assur., art. L. 113-12 et L. 113-15-2, not.

[40]Des assureurs offrent d'ores et déjà aux assurés qui font le plus de pas des séances de médecine douce à tarif réduit (http://www.usine-digitale.fr/article/axa-entrouvre-la-porte-de-l-utilisation-des-objets-connectes-dans-l-assurance.N266435).

[41]BERNIS E., « De multiples initiatives, à rationaliser », *L'Argus*, 12 juin 2015, n° 7414, p. 16.

[42]THALER R. H. et SUNSTEIN C. R., *Nudge. La méthode douce pour inspirer les meilleures décisions*, Vuibert, 2010.

[43]CNIL, *Cahiers IP. Innovation et prospective 02. Le corps, nouvel objet connecté*, spéc. p. 37 ; *adde*, PIETTE-COUDOL T., *Les objets connectés. Sécurité juridique et technique*, LexisNexis, 2015, n° 133.

[44]Du côté des employeurs, BP a fourni à ses salariés des bracelets connectés et les incite à faire de l'exercice pour réduire le coût de leur mutuelle. De même, Yahoo a « équipé » 11 000 salariés de bracelets connectés.

garanties légales. De la sorte, il n'est pas certain que l'existence d'un régime des fichiers des assureurs soit synonyme d'un haut niveau de protection pour les assurés.
Ainsi, paradoxalement, les faiblesses de la protection trouvent leur siège dans le dispositif Informatique et Libertés, alors que les remparts les plus solides ont parfois été construits en dehors de ce dispositif. Il existe en effet des fichiers interdits (A) et des fichiers autorisés pour lesquels la protection pose question (B).

## A. Les remparts : les fichiers interdits

Certaines données sont interdites à la collecte et/ou au traitement. Outre celles qui conduiraient l'assureur à constater et enregistrer des infractions et, ainsi, à se substituer à l'autorité judiciaire en matière pénale, le cas se présente dans un certain nombre d'hypothèses distinctes. À titre d'exemples, il est possible d'envisager d'une part, la prohibition du fichier génétique (1) et, d'autre part, la lutte contre les discriminations (2).

### *1. La prohibition du fichier génétique*

Toute sélection des assurés fondée sur l'information génétique est prohibée par un ensemble de dispositions convergentes[45]. L'article 16-10 du Code civil prévoit ainsi que l'étude génétique des caractéristiques d'une personne ne peut être entreprise qu'à des fins médicales ou de recherche scientifique. Surtout, l'article L. 1141-1 du Code de la santé publique, repris par l'article L. 133-1 du Code des assurances, interdit aux assureurs de tenir compte des résultats de l'examen des caractéristiques génétiques d'une personne, de lui poser des questions à ce sujet, et à plus forte raison de lui demander de se soumettre à des tests génétiques.
Ces règles sont l'expression d'un choix politique qui, quoiqu'on l'approuve, est essentiellement fragile, puisque de nombreux arguments peuvent lui être opposés[46]. Elles montrent, en tout état de cause, que la protection contre les fichiers peut trouver sa source ailleurs que dans le dispositif Informatique et Libertés.

### *2. La lutte contre les discriminations*

Le droit des discriminations offre également une certaine protection contre les fichiers, encore qu'il importe de nuancer. On peut évoquer ici les données de santé puis le sexe de l'assuré, leur régime étant très différent.
Lorsque, en fonction de l'état de santé de l'assuré, l'assureur choisit d'accepter ou de refuser le risque, ou encore de limiter sa prise en charge, il est *a priori* l'acteur d'une certaine discrimination. Cependant, cette discrimination s'explique par des considérations techniques et économiques propres à la technique de l'assurance[47]. Ceci explique pourquoi l'article 225-3-1° du Code pénal ne réprime pas les discriminations fondées sur l'état de santé lorsqu'elles ont pour cadre des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité. L'assureur peut donc

[45]Sur cette question, MARTIN G. J., « Tests et génétiques et assurances », *RIDE* 1993, p. 53.

[46]V. ROBINEAU M., « Discriminations et sélection des risques », *in* LECA A. et VIRIOT-BARRIAL D. (dir.), *Santé et discriminations*, Les études hospitalières, CDSA, 2010, p. 177 ; EWALD F., « À quelles conditions la sélection d'un risque constitue-t-elle une discrimination ? », *Mélanges Lambert*, Dalloz, 2002, p. 167.

[47]ROBINEAU M., préc.

poser des questions sur la santé et recueillir ces données sensibles[48], qu'il va enregistrer et traiter, en recourant à un médecin-conseil[49].
Du reste, indépendamment de la question des discriminations, la tendance est à l'affaiblissement de la protection des données de santé. Si la loi Informatique et Libertés continue d'affirmer le principe d'interdiction de collecter ou de traiter des données à caractère personnel relatives à la santé, elle comporte aussi un certain nombre de dérogations. Il en va d'abord ainsi lorsque la personne concernée a donné son consentement exprès, ou lorsque les traitements sont nécessaires soit à la sauvegarde de la vie humaine, soit aux fins de la médecine préventive, soit à la réalisation de diagnostics médicaux, soit à l'administration de soins ou de traitements. Ensuite, l'interdiction peut être écartée pour satisfaire aux nécessités de gestion des services de santé mises en œuvre par un membre d'une profession de santé, ou par une autre personne à laquelle s'impose en raison de ses fonctions l'obligation de secret professionnel prévue par l'article 226-13 du Code pénal. Enfin, les traitements nécessaires à la recherche dans le domaine de la santé ou justifiés par l'intérêt général peuvent être autorisés par la CNIL.
Incontestablement, les données de santé sont l'objet non seulement de préoccupations de santé publique, de recherche, de démocratie sanitaire, mais encore d'enjeux économiques. La financiarisation des données de santé existe d'ores et déjà dans certains pays, à l'instar des États-Unis, où un dossier patient peut se revendre 600 dollars[50]. À l'évidence, les évolutions technologiques invitent à repenser le statut des données de santé et les modalités de leur protection.
En ce qui concerne le sexe des assurés, la situation a évolué de manière radicale ces dernières années puisque, depuis le 21 décembre 2012, toute différence de traitement liée au sexe de l'assuré est prohibée[51]. En conséquence, quand bien même les assureurs disposent de l'information sur le sexe de l'assuré, ils ne peuvent l'utiliser, alors même que, pour prendre l'exemple simple des assurances décès, on sait bien que l'espérance de vie masculine est plus faible que celle féminine.
Il existe donc des règles qui interdisent l'utilisation de certaines données voire prohibent leur collecte. Pour autant, en dehors de ces règles, la liberté de ficher n'est pas absolue. Constituer un fichier implique de respecter le droit des données personnelles, bien que celui-ci comporte des faiblesses.

### B. Les faiblesses : les fichiers autorisés

Le droit des données personnelles comporte quelques faiblesses au sens où le dispositif Informatique et Libertés ne paraît pas nécessairement offrir le niveau de garantie attendu, pour des raisons à la fois structurelles (1) et conjoncturelles (2), c'est-à-dire en raison de la loi elle-

[48]Au sens de l'article 8, I de la loi du 6 janv. 1978.

[49]Sur le dispositif mis en place par les assureurs, v. code de bonne conduite, annexé à la convention AERAS (http://www.aeras-infos.fr/cms/sites/aeras/accueil.html), visé par le *Recueil des engagements à caractère déontologique* des entreprises d'assurance membres de la FFA (Fédération Française de l'Assurance) : (FFA)http://www.ffa-assurance.fr/content/recueil-des-engagements-caractere-deontologique-des-entreprises-assurance-membres-de-la-ffa). *Adde*, SCHWEBEL L., préc.

[50]PILIU F., « Pourquoi la Loi Santé rend furieux les médecins libéraux », *La Tribune*, 3 sept. 2015.

[51]CJUE, 1er mars 2011, aff. C-236/09, *Test-Achats*, *JCP* G 2011. Act. 319, obs. PICOD F. et 465, note MAYAUX L. ; *Europe* 2011, comm. 188, obs. RIGAUX A. ; *D.* 2011. 1592, note ROBINEAU M. ; *RGDA* 2011. 333 et 851, note PARLÉANI G. ; *LEDA* 2011, comm. 52, note CURTET A. ; *RCA* 2011, alerte 8, obs. RAJOT B.

même et de la politique menée par la CNIL, second régulateur public de l'activité d'assurance, après l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution[52].

### *1. La cause structurelle : la loi*

S'agissant de la cause structurelle, il convient de garder à l'esprit que la protection des assurés face aux fichiers repose sur des principes qui, d'une certaine manière, se placent à deux niveaux distincts.
Le premier est celui-ci du fichier lui-même. C'est à son sujet qu'interviennent les dispositions relatives à la justification de la collecte et du traitement des données ainsi que celles portant sur les mesures de mise en œuvre (durée de conservation, identification de la personne responsable du traitement notamment). Or les assureurs ne peinent guère à démontrer qu'ils recueillent des données de manière loyale et licite à des finalités déterminées et légitimes et que ces données sont adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités. Aussi, sauf à tomber sous le coup des prohibitions rappelées plus haut, le principe même des fichiers ne pose guère de difficultés.
Quant au second niveau, celui de la personne fichée, sont en cause les droits de celle-ci à l'information, à la rectification, à l'opposition et l'exigence de consentement. Néanmoins, parce que la relation entre l'assureur et l'assuré est contractuelle, il est aisé d'informer ce dernier et de recueillir son consentement. L'exemple du *pay as you drive* en assurance automobile suffit à en convaincre. La délibération adoptée par la CNIL[53] en la matière ne comporte que des limites évidentes.

### *2. La cause conjoncturelle : la politique de la CNIL*

À cette cause structurelle de la faiblesse de la protection s'ajoute une cause conjoncturelle, qui tient à la politique même de la CNIL. Comme l'a affirmé récemment son secrétaire général : « en aucun cas, la CNIL ne freine l'innovation, elle l'accompagne »[54]. Ainsi, si elle met la protection de l'individu au centre du débat, sa démarche est pragmatique et collaborative.
Dans cette perspective, en concertation avec les assureurs, la CNIL a élaboré un certain nombre de normes, regroupées au sein d'un pack de conformité. Sur le plan des sources, de la fabrique du droit et de la normativité, il y aurait sans doute beaucoup à dire sur cet instrument normatif co-créé, revendiqué et assumé comme tel par la CNIL.
Ce document est appelé à remplir un double objectif. Il s'agit, d'une part, de sécuriser juridiquement les professionnels en donnant des indications concrètes sur la façon de respecter les textes et en prévoyant des modes opératoires précis. Il s'agit, d'autre part, de simplifier les formalités autant que la loi du 6 janvier 1978 le permet et d'autoriser une sorte d'industrialisation du processus de collecte et de traitement des données par les assureurs.
Ce pack assurance regroupe ainsi des « normes simplifiées », qui définissent le régime applicable aux fichiers ou traitements de données personnelles courants, qui ne portent pas atteinte à la vie privée ou aux libertés, au sens de l'article 24 de la loi de 1978. S'y ajoutent des « autorisations uniques ». Celles-ci énoncent les règles qui régissent une même catégorie de fichiers, c'est-à-dire de traitements répondant à une même finalité, portant sur des catégories de données identiques et qui ont les mêmes destinataires. Lorsqu'elles sont accordées, ces autorisations allègent les formalités à accomplir par le responsable du traitement. Il suffit en effet à celui-ci de s'engager auprès de la CNIL à se conformer à la description figurant dans l'autorisation unique concernée.

---

[52]Il existe aussi des quasi-régulateurs privés, tels que l'Afnor qui vient de publier un livre blanc sur le *big data* et qui a pour projet l'adoption d'une norme 20488 (BERNIS E., « L'Afnor présente son livre blanc sur le *big data* », 16 juin 2015).

[53]CNIL, délibération n° 2010-096 du 8 avr. 2010, préc.

[54]GEFFRAY E., entretien, *L'Argus*, 20 juin 2014, p. 32.

Font notamment partie de ce pack assurance trois autorisations uniques dont les enjeux sont tout entiers compris dans leur objet. La première est l'autorisation unique n° 31 concernant les traitements de données à caractère personnel relatifs à la consultation du Répertoire national d'identification des personnes physiques (RNIPP) et à l'utilisation du numéro d'inscription au répertoire (NIR)[55] ; la deuxième est l'autorisation unique n° 32 concernant les traitements de données à caractère personnel relatifs aux infractions, condamnations ou mesures de sûretés[56] ; la troisième est l'autorisation unique n° 39 sur les traitements de données à caractère personnel ayant pour finalité la lutte contre la fraude à l'assurance[57].

Certes, les principes habituels de protection sont clairement réaffirmés. Pour autant, l'impression surgit que les seules limites véritables sont celles que se donnent les assureurs[58]. Ceux-ci savent d'ailleurs faire entendre leurs arguments et faire pression sur les autorités, quelles qu'elles soient, lorsque celles-ci projettent des normes qui contrarient leurs intérêts. À l'occasion de la préparation du règlement de l'Union européenne précité, ils ont fait observer que leurs tarifs pourraient augmenter considérablement si le droit des assurés de demander le retrait de leurs informations personnelles de leurs bases de données était adopté. Ils ont rappelé que le traitement des données est une des composantes clés du fonctionnement de l'assurance. En outre, ils ont insisté sur les risques de ne plus pouvoir lutter efficacement contre la fraude et de ne plus pouvoir exécuter aisément leurs obligations[59].

Au-delà, il est très probable que l'assurance ne sera plus la même demain en raison de la profusion de données sur les risques. D'ores et déjà, certains entrevoient un mouvement d'hyper-segmentation voire de démutualisation causé par la connaissance toujours plus fine des assurés. De proche en proche, c'est l'opération d'assurance dans sa configuration classique qui est appelée à disparaître ou, à tout le moins, à être bouleversée[60]. Certes, les assureurs affirment ne pas vouloir devenir des « *big brothers* » de la santé[61] et défendent le principe de la mutualisation des risques. Néanmoins, d'autres acteurs pourraient prochainement s'inviter dans l'activité de couverture des risques, en utilisant les données dont ils disposent. Il n'est ainsi pas exclu que les GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple) deviennent des assureurs d'un nouveau genre[62], donnant ainsi une importance et une urgence nouvelles à la réflexion sur la protection des données personnelles.

Orléans, 27 novembre 2015

---

[55]CNIL, délibération n° 2014-014 du 23 janv. 2014 (AU 031), *JO,* 7 févr. 2014, texte n° 74.

[56]CNIL, délibération n° 2014-015 du 23 janv. 2014 (AU 032), *JO,* 7 févr. 2014, texte n° 75.

[57]CNIL, délibération n° 2014-312 du 17 juill. 2014 (AU 039), *JO*, 31 juill. 2014, texte n° 76.

[58]Leur satisfaction est évidente. On peut ainsi lire dans la revue professionnelle *L'Argus de l'assurance* à propos de l'adoption du pack assurances « une démarche empreinte de pragmatisme qui permet d'envisager l'avenir avec sérénité » (SPERONI J., « Données personnelles : les assureurs s'approprient les codes », *L'Argus*, 12 déc. 2014, n° 7389, p. 30).

[59]http://www.argusdelassurance.com/institutions/protection-des-donnees-attention-aux-effets-inflationnanistes-sur-les-primes-d-assurance-insurance-europe.89215.

[60]V. not., CNIL, *Cahiers IP*, préc. *Adde*, EWALD F., rapp. préc.

[61]J. DURIEUX, préc.

[62]À l'opposé, des phénomènes de *crowd insurance* (assurance collaborative) voient le jour (BERNIS E., *Les 7 bouleversements capitaux*, préc.).