

Tribunal fédéral – 4A_489/2023

I^{re} Cour de droit civil

Arrêt du 19 mars 2024

Résumé et analyse

Proposition de citation :

STACCHETTI MATTHIAS, Assurances complémentaires pour les soins de santé : le piège du produit fermé. Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_489/2023, Newsletter rcassurances.ch, avril-mai 2024

Newsletter
avril-mai 2024

Assurances privées,
assurance
complémentaire à l'AOS,
portefeuille fermé au
sens de l'art. 156 OS,
absence de produit
équivalent, contrariété
aux mœurs, lésion

**Art. 20 et 21 CO ;
31 LSA ; 156 OS**

unine
Université de Neuchâtel
Faculté de droit



ASSURANCES COMPLÉMENTAIRES POUR LES SOINS DE SANTÉ : LE PIÈGE DU PRODUIT FERMÉ

Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_489/2023 du 19 mars 2024

MATTHIAS STACCHETTI, avocat, chargé d'enseignement à l'Université de Neuchâtel

I. Objet de l'arrêt

Le Tribunal fédéral examine un **cas d'application de l'art. 156 de l'ordonnance sur la surveillance des entreprises d'assurance privée** (OS ; RS 961.011). Une assurée a été couverte pendant 35 ans par un contrat d'assurance complémentaire maladie. Elle a souffert d'une leucémie ayant impliqué des prestations de la part de l'assureur et qui nécessite encore des traitements en raison des séquelles consécutives à la greffe de cellules souches qu'elle a subie. L'assureur lui annonce la fermeture du portefeuille du produit par lequel elle est couverte (c'est-à-dire que ledit produit d'assurance n'est plus proposé à la vente et qu'il n'est donc plus possible d'y adhérer) et lui propose un produit ouvert. L'assurée est contrainte de refuser, car le contrat proposé ne couvre pas les greffes, leurs complications et leurs séquelles. **Restée liée au produit fermé, l'assurée voit ses primes augmenter massivement. Elle les conteste sous l'angle de la contrariété aux mœurs et de la lésion** jusqu'au Tribunal fédéral. Ce dernier rejette son recours. La présente analyse examine ce rejet, ainsi que la possibilité d'étendre la portée de l'art. 156 OS afin de permettre à l'assurée de continuer à bénéficier des prestations qui lui sont nécessaires, tout en ne subissant pas de hausses massives de ses primes.

II. Résumé de l'arrêt

A. Les faits

A., née en 1964 a conclu en 1983 une assurance complémentaire à l'assurance-maladie de base, pour couvrir l'hospitalisation en division privée. En 2005, une leucémie lui a été diagnostiquée. Elle a bénéficié d'une greffe de cellules souches, pour laquelle l'assureur est intervenu. Depuis lors elle doit régulièrement subir des traitements en raison de réactions de rejet, qui impliquent de nouvelles prestations d'assurance.

Par lettre du 26 juin 2018, l'assureur a informé A. du fait qu'il fermait, au sens de l'art. 156 OS, le portefeuille du produit qu'elle avait souscrit, c'est-à-dire qu'il cessait à l'avenir d'y intégrer de nouveaux contrats. Conformément à cette disposition, il lui a proposé un produit comparable. A. a refusé le transfert du fait que la couverture proposée ne comprenait ni les transplantations, ni les complications et les séquelles qui peuvent en découler.

En 2019, l'assurée a fait valoir auprès de l'assureur que les primes du produit qu'elle avait conclu en 1983 et par lequel elle était toujours couverte seraient contraires aux mœurs depuis 2007, et a requis qu'elles soient adaptées rétroactivement, ce que l'assureur a refusé. Dans des courriers ultérieurs, elle a confirmé son point de vue et a également invoqué la lésion.

Par action du 22 décembre 2022 devant le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, l'assurée a requis que l'assureur soit condamné à lui verser la somme de CHF 33'489.20, plus intérêts, pour le motif que ses primes d'assurance complémentaire maladie ont augmenté de 282 % entre 2006 et 2018 et même de 321 % jusqu'en en 2022, ce qui implique que les primes du produit d'assurance auquel elle était liée représentaient le triple de celles appliquées au produit équivalent. Elle a invoqué la contrariété aux mœurs et la lésion.

Par jugement du 15 juin 2023, le Tribunal cantonal a rejeté les prétentions de l'assurée. Il a tout d'abord rappelé qu'en cas de défaut d'équivalence entre les prestations dans le cadre d'un contrat, l'existence d'une contrariété aux mœurs n'est en principe pas retenue, dans la mesure où la disproportion manifeste entre prestation et contre-prestation est entièrement couverte par la lésion au sens de l'art. 21 CO. Il a néanmoins relevé que des exceptions à ce principe avaient été admises par le Tribunal fédéral et est entré en matière. Il a retenu que l'argumentation de l'assureur, consistant à dire que la conclusion du contrat initial était le seul moment déterminant pour l'appréciation de la contrariété aux mœurs, était trop restrictive et que les modifications unilatérales par l'assureur devaient également être prises en compte. Toutefois, il a rejeté la requête au motif que l'assurée n'avait pas suffisamment démontré le caractère contraire aux mœurs de l'augmentation des primes intervenues au cours des années. De même, le Tribunal cantonal a nié qu'une lésion ait été réalisée, motif pris que l'existence d'une gêne de l'assurée et, a fortiori, d'une exploitation de cette dernière par l'assureur faisait défaut.

L'assurée a formé un recours en matière civile au Tribunal fédéral. Elle a conclu à l'annulation du jugement du Tribunal cantonal de Bâle-Campagne, et à ce que l'assureur soit condamné à lui verser la somme de CHF 33'489.20, plus intérêts. L'assureur a conclu au rejet du recours.

B. Le droit

L'assurée reproche au Tribunal cantonal de Bâle-Campagne de ne pas avoir retenu le caractère contraire aux mœurs des primes du produit d'assurance par lequel elle est couverte. Concrètement elle fait valoir une disproportion massive entre prestations et contreprestations, du fait de l'augmentation des primes du produit d'assurance auquel elle est liée, alors que celles du produit promu comme équivalent par l'assureur sont nettement moins élevées.

Le Tribunal fédéral examine tout d'abord la question de savoir si, comme l'a retenu le tribunal inférieur sur la base de deux arrêts en matière de taux d'intérêt usuraires (ATF 93 II 189 = JdT 1969 I 530 et TF 4A_69/2014 du 28 avril 2014, cons. 6.3.3), **une exception peut être faite en l'espèce au principe selon lequel, en matière de disproportion entre prestations et**

contreprestations, l'art. 21 CO, qui porte sur la lésion, règle exhaustivement la situation, ne laissant pas de place à la contrariété aux mœurs de l'art. 20 CO. Il répond par la négative et écarte donc la contrariété aux mœurs en se basant notamment sur l'ATF 115 II 232 c. 4 c (JdT 1990 I 66) en relevant que les rares exceptions précitées portaient sur des contrats de prêt et que, en l'espèce, un contrat d'assurance maladie complémentaire est concerné (c. 5.2 et 5.3).

Le Tribunal fédéral examine ensuite le **grief de la lésion au sens de l'art. 21 CO**. Il rappelle qu'elle implique objectivement une disproportion évidente entre la prestation promise par l'une des parties et la contreprestation de l'autre et subjectivement une entrave à la liberté de décision de la partie lésée sous la forme de gêne, de légèreté ou d'inexpérience, ainsi que l'exploitation de cette dernière par l'autre partie. Lorsque ces conditions sont remplies, la partie lésée peut, dans le délai d'un an, déclarer qu'elle résilie le contrat et répéter ce qu'elle a payé (c. 6.1).

Le Tribunal fédéral rappelle ensuite qu'il y a une **gêne au sens de l'art. 21 CO** « lorsqu'une partie, au moment de la conclusion du contrat, se trouve dans un état de grande détresse, une situation de contrainte. La détresse économique n'est pas seule à entrer en ligne de compte. La gêne peut aussi être de nature personnelle, familiale, politique ou d'une autre nature juridiquement pertinente. Le point décisif est que l'une des parties considère la conclusion du contrat désavantageux pour elle comme un moindre mal par rapport au préjudice dont elle se sent menacée, pour autant que cette pesée des intérêts en présence apparaisse aussi comme soutenable au plan objectif (art. 2 al. 1^{er} CC ; ATF 123 III 292 c. 5 = JdT 1998 I 586 et 61 II 31 c. 2b = JdT 1935 I 492, ainsi que les références citées) » (c. 6.1.1).

Les constatations du tribunal inférieur concernant la situation de la personne qui se prévaut d'une lésion, de même que les circonstances de la conclusion du contrat, concernent des faits et lient par conséquent le Tribunal fédéral. En revanche, **les questions de savoir si, sur la base de ces faits, la personne qui se prévaut d'une lésion a été entravée dans sa liberté de décision et si cette entrave a été exploitée par l'autre partie relèvent du droit et peuvent être revues librement par le Tribunal fédéral** (TF 4A_73/2021 du 1^{er} juin 2021, c. 5.1 ; TF 4A_254/2020 du 22 juillet 2020, c. 4.1 et les références citées ; TF 4A_491/2015 du 14 janvier 2016, c. 4.3). « De manière générale, la mise en œuvre de l'art. 21 CO doit rester exceptionnelle dans un régime contractuel dominé par les principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie des parties (TF 4A_254/2020 du 22 juillet 2020, c. 4.1 et 4A_491/2015 c. 4.1 et les références citées) » (c. 6.1.2 et 6.1.3).

Le Tribunal fédéral reprend ensuite l'argumentation de l'autorité inférieure. **Sur la question du délai d'une année** dont dispose la partie lésée pour se prévaloir d'une lésion et à l'issue duquel le contrat est considéré comme guéri du vice qui l'a affecté, celle-ci constate qu'il ne ressort pas du dossier que l'assurée se serait prévalu de quoi que ce soit à la conclusion initiale du contrat. Si l'on considère que chaque augmentation de prime a constitué une proposition de conclure un nouveau contrat, on ne peut en l'espèce pas invoquer de vice antérieur à 2021, étant donné que la dernière augmentation de prime remonte à 2022. Par sa lettre de novembre 2021, l'assurée a demandé l'adaptation rétroactive de ses primes en faisant valoir une lésion. Le fait de retenir ou non qu'un nouveau contrat est conclu à chaque augmentation de prime, a une incidence sur l'évaluation de l'existence ou non d'une lésion.

En effet, si la disproportion entre les prestations ne naît qu'ultérieurement à la conclusion du contrat, l'art. 21 CO n'est pas applicable. L'autorité inférieure relève que l'examen de l'art. 10 des conditions générales d'assurances plaide contre l'argument d'une nouvelle conclusion de contrat à chaque augmentation de prime. Cette disposition prévoit en effet pour l'assureur la possibilité d'adapter la prime et, le cas échéant, pour l'assuré la possibilité de résilier le contrat par écrit (c. 6.2.1).

L'autorité inférieure a finalement laissé cette question ouverte, estimant que, dans tous les cas l'augmentation massive des primes entre 2021 et 2022, de CHF 311.60 à CHF 611.30, était explicable par la suppression du rabais pour absence de prestations et que l'existence d'une gêne de l'assurée n'était pas démontrée, pas plus qu'une exploitation consciente de celle-ci par l'assureur. L'art. 10 précité des CGA lui permet en effet d'augmenter la prime et les franchises et de modifier le contrat en conséquence, avec la possibilité pour l'assurée de résilier son contrat. Cette possibilité lui a été donnée en l'espèce. L'autorité inférieure relève ensuite que le transfert de l'assurée vers le produit équivalent n'aurait pas non plus mis sa santé en péril, puisqu'il l'aurait (uniquement) empêchée de bénéficier des prestations en division privée lors des traitements nécessaires au suivi de la transplantation qu'elle a subie en 2006. En conclusion, l'autorité inférieure n'a pas méconnu la volonté de l'assurée, en raison de son état de santé, de bénéficier des meilleures conditions personnelles. Néanmoins, il relève en même temps qu'il ne peut pas être question d'une exploitation consciente de la situation de la part de l'assureur (c. 6.2.2).

Le Tribunal fédéral suit largement l'argumentation de l'autorité inférieure. Sur la question du délai pour faire valoir la lésion, il relève que l'assurée ne s'en prévaut que depuis 2007 et non depuis la conclusion du contrat, de sorte qu'une disproportion n'existait dans tous les cas pas au moment de la conclusion initiale du contrat d'assurance (ATF 123 III 292 c. 6a ; TF 4A_78/2017 du 20 juillet 2017, c. 5.2 ; TF 4A_491/2015 du 14 janvier 2016, c. 4.2 ; MEISE/HUGUENIN in : Basler Kommentar, Obligationenrecht, vol. I, 7^e éd., 2020, N 23 ad art. 21 CO ; JÄGGI/GAUCH/HARTMANN, Zürcher Kommentar, 4^e éd., 2014, N 780 ad art. 18 CO). **Dès lors, il ne peut y avoir une lésion que si l'on retient que chaque augmentation de prime a fait démarrer un nouveau contrat, ce qui n'est pas le cas en l'espèce en raison de la formulation de l'art. 10 des CGA** (c. 6.3.1 et 6.3.2).

Sur la question des conditions de la lésion, le Tribunal fédéral reprend l'argumentation de l'autorité inférieure selon laquelle **l'assurée n'a pas démontré qu'elle se serait trouvée en situation de gêne et que l'assureur aurait exploité cette dernière** (c. 6.4). Il rejette le recours.

III. Analyse

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral examine un cas d'application de l'art. 156 OS. Cette disposition prévoit que, dans l'assurance-maladie et l'assurance-accidents, « si une entreprise d'assurance n'inclut plus de contrats d'assurance dans un portefeuille (portefeuille fermé), les preneurs d'assurance de ce portefeuille ont le droit de conclure, en remplacement du contrat d'assurance en cours, un contrat aussi équivalent que possible intégré dans un portefeuille ouvert de l'entreprise d'assurance ou d'une entreprise d'assurance appartenant au même groupe d'assurance, pour autant que l'entreprise d'assurance ou l'entreprise du groupe exploite un tel portefeuille ouvert » (al. 1). « L'entreprise d'assurance doit informer sans délai les preneurs d'assurance concernés de l'existence de ce droit, ainsi que des couvertures

d'assurance qu'elle offre dans des portefeuilles ouverts » (al. 2). « L'âge et l'état de santé du preneur d'assurance à la conclusion du contrat en cours sont déterminants pour le passage au nouveau contrat » (al. 3). Cette disposition trouve sa base légale à l'art. 31 LSA, qui prévoit que « pour protéger les assurés, le Conseil fédéral peut édicter des restrictions à la pratique de certaines branches d'assurance » (al. 1).

Dans l'arrêt analysé, l'assureur a correctement informé son assurée de la fermeture du portefeuille du produit par lequel elle était couverte et lui a proposé d'être transférée dans un produit équivalent ouvert. L'assurée n'a pas pu accepter, dans la mesure où le contrat proposé ne couvrirait pas les suites de la greffe qu'elle a subie pour traiter sa leucémie. Le Tribunal fédéral a examiné les griefs de contrariété aux mœurs et de lésion soulevés par l'assurée. Les motifs pour lesquels il rejette son recours sur ces deux points peuvent être suivis, **sous réserve qu'il aurait pu et dû être plus critique sur la situation dans laquelle la fermeture du portefeuille a poussé l'assurée et plus généralement sur le fait que ce type de manœuvres place des assurés gravement malades devant le dilemme, soit de renoncer à une couverture très importante pour eux, soit de subir des primes prohibitives**, avec la possibilité que certains d'entre eux ne puissent pas les assumer. Le fait de ne pas envisager qu'une gêne soit réalisée dans ces circonstances, qui touchent des aspects économiques, personnels et potentiellement familiaux de l'assurée est très discutable. Lorsque l'autorité inférieure relève que le transfert dans le produit proposé par l'assureur aurait (uniquement) empêché l'assurée de bénéficier des prestations en division privée lors des traitements nécessaires au suivi de la transplantation qu'elle a subie en 2006, elle fait référence à des prestations pour lesquelles l'assurée a payé des primes pendant 35 ans et qui, au-delà du confort, peuvent avoir une portée personnelle, voire médicale importantes, par exemple en ce qui concerne le choix du médecin.

S'agissant de l'exploitation de la situation par l'assureur, on relèvera la légèreté avec laquelle le Tribunal cantonal de Bâle-Campagne constate que l'augmentation massive (c'est lui qui dit) des primes entre 2021 et 2022 de CHF 311.60 à CHF 611.30 était explicable par la suppression du rabais pour absence de prestations. Cette hausse en dit long sur l'intention de l'assureur envers les assurés malades qui doivent avoir recours à des prestations. Le quasi-doublement de la prime contraindra immanquablement certains d'entre eux à la résiliation si, à l'instar de A., ils ne peuvent pas accepter le transfert dans un autre produit, au risque de perdre des prestations importantes pour eux, et s'ils ne peuvent pas assumer l'augmentation de la prime intervenue dans le produit fermé. Néanmoins, même si le Tribunal fédéral avait retenu que les conditions objective et subjective de la lésion étaient remplies, l'art. 21 CO n'aurait pas trouvé application pour les motifs temporels décrits ci-dessus. Toutefois, une plus grande nuance et une reconnaissance de la problématique par les autorités judiciaires auraient été souhaitables.

A l'ATF 136 I 197, le Tribunal fédéral expose que « l'art. 31 LSA [base légale de l'art. 156 OS] devait notamment permettre au Conseil fédéral d'édicter des dispositions applicables aux groupes d'âge élevé afin de protéger les assurés les plus âgés. Il devait également constituer la base pour des dispositions régissant la relation entre entreprises d'assurance et assurés (Message du 9 mai 2003 concernant une loi sur la surveillance des entreprises d'assurance et la modification de la LCA, FF 2003 3386 s. ch. 2.1.2.3.6). L'art. 31 LSA a été adopté sans discussion par les deux Chambres (BO 2003 CE 1228 ; BO 2004 CN 391) ». Il précise encore que « l'art. 31 LSA doit être compris en relation avec l'art. 1 al. 2 et avec l'art. 46 al. 1 let. f

LSA. La première disposition définit la protection des assurés contre les abus comme l'un des buts de la LSA. La seconde norme précise que l'une des tâches de la surveillance est de protéger les assurés contre les abus commis par des entreprises d'assurance ou des intermédiaires (cf. WEBER/UMBACH, *Versicherungsaufsichtsrecht*, 2006, N 149 ss p. 133 ss) » (ATF 136 I 197 c. 4.1). **Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a examiné l'art. 156 OS sous l'angle de sa légalité.** A ce sujet, il expose ce qui suit : « L'art. 156 OS tend à protéger les preneurs d'assurances complémentaires âgés. Il s'agit d'éviter que ces assurés-là soient poussés à résilier leur assurance complémentaire à cause d'une augmentation massive des primes due au mécanisme du portefeuille fermé. Plus généralement, l'art. 156 OS vise à empêcher que les entreprises d'assurance puissent, par un système de portefeuilles fermés successifs (splitting), acquérir les bons risques, puis se débarrasser ultérieurement de ces assurés lorsque, de par leur âge, ils sont devenus de mauvais risques. Dans cette mesure, l'art. 156 OS respecte pleinement tant la lettre de l'art. 31 LSA que le but précisé dans le Message et nullement remis en cause lors des débats parlementaires » (ATF 136 I 197 c. 4.3.1).

Au moment où cet arrêt a été rendu, la révision totale de la loi sur le contrat d'assurance (LCA ; RS 221.229.1) était en cours et prévoyait d'intégrer le contenu de l'art. 156 OS. Bien que la révision ait été ensuite rejetée par le Parlement, **le passage suivant, cité par le Tribunal fédéral, est intéressant pour la compréhension de l'art. 156 OS** : « Le rapport explicatif du 24 février 2009 décrit la situation à l'origine de ce projet de disposition de la manière suivante : des entreprises d'assurance offrent parfois à des preneurs d'assurance, jeunes et en bonne santé, de nouveaux produits assortis de primes avantageuses ressemblant largement aux produits existants, tandis que les personnes déjà assurées qui présentent un risque de maladie plus élevé ne se voient pas proposer de tels produits et restent dans leur portefeuille actuel, qui par conséquent n'est plus élargi (portefeuille fermé). Si l'entreprise d'assurance n'ajoute plus de bons risques dans le portefeuille, les primes risquent d'augmenter massivement, rendant ainsi l'assurance complémentaire hors de prix pour de nombreux preneurs d'assurance, alors même que ceux-ci se sont acquittés de leurs primes pendant de nombreuses années. Le but est d'éviter de telles conséquences en octroyant au preneur d'assurance d'un portefeuille fermé le droit de conclure, en lieu et place du contrat précédent, un contrat aussi équivalent que possible dans un portefeuille ouvert de l'entreprise d'assurance ou d'une entreprise d'assurance appartenant au même groupe (Département fédéral des finances, Rapport explicatif relatif au projet de révision de la LCA, nouvelle version du 24 février 2009, N 2.2.27 ; cf. WEBER/UMBACH, op. cit., N 54 s. p. 165 s.) » (ATF 136 I 197 c. 4.3.1).

Dans le *Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz* (N 104 ad art. 31 LSA), ALEXANDER LACHER, s'appuyant sur les opinions de STEPHAN FUHRER (REAS 2010, 264) et d'ANDREAS LIENHARD (ZBJV, 794) à propos de la conséquence pour elles de la fermeture du portefeuille d'un produit, relève que **la plupart des personnes assurées sont contraintes de mettre un terme à leur assurance complémentaire bien qu'ils aient davantage besoin d'une couverture d'assurance et qu'ils aient parfois versé leurs primes pendant de nombreuses années.** Pour cet auteur, il s'agit là d'un cas tout à fait exemplaire d'« abus » au sens des art. 1 al. 2 et 46 al. 1 let. f (cf. ég. Commentaire AP-OS, 50). Il se rallie à FUHRER, qui demande par conséquent que la FINMA intervienne de manière proactive dans ce genre de situations.

A l'ATF 136 I 197, le Tribunal fédéral examine également **si l'art. 156 OS viole la liberté économique des assureurs en ce sens qu'il leur imposerait de conclure des contrats contre**

leur gré en matière d'assurance-maladie complémentaire. Il se détermine comme suit : « En prétendant que l'art. 156 OS oblige les entreprises d'assurance à conclure des contrats contre leur gré, la recourante présente les choses de manière très réductrice. En effet, l'assureur n'est astreint ni à conclure des contrats avec de nouveaux assurés, ni à accorder aux assurés actuels une couverture d'assurance fondamentalement différente. L'art. 156 OS n'impose pas de nouvelle relation contractuelle à l'entreprise d'assurance ; le cas échéant, il l'oblige uniquement à corriger une détérioration de la situation contractuelle des assurés actuels au niveau des primes, péjoration que l'assureur a lui-même provoquée. Ainsi, l'art. 156 OS tend essentiellement à limiter la possibilité des entreprises d'assurance d'influer sur des relations contractuelles existantes au détriment de leurs assurés par le système du portefeuille fermé ; l'obligation de conclure un nouveau contrat similaire au contrat actuel n'en est que le corollaire. En outre, la faculté des entreprises d'assurance de conclure des assurances complémentaires n'est nullement touchée par la disposition critiquée ; les assureurs sont uniquement limités dans leur possibilité d'avantager ou de désavantager certaines catégories d'assurés par le biais des portefeuilles fermés. La restriction à la liberté contractuelle n'apparaît ainsi pas grave, de sorte qu'elle peut être instituée par une ordonnance du Conseil fédéral » (ATF 136 I 197 c. 4.4.2).

L'art. 156 OS a pour but de protéger les assurés âgés contre les effets pervers de la fermeture du portefeuille d'un produit par un assureur. L'objectif est clair : il s'agit d'éviter que des personnes assurées qui ont payé des primes pendant de nombreuses années ne se retrouvent boutées hors de l'assurance pour le motif qu'elles ne peuvent pas assumer l'augmentation des primes dues au fait que le portefeuille auquel appartient leur contrat a été fermé par l'assureur. Le passage précité concernant la liberté économique précise de manière utile la portée de la disposition et son impact sur les assureurs : ils sont uniquement limités dans leur possibilité d'avantager ou de désavantager certaines catégories d'assurés par le biais des portefeuilles fermés. Si le droit de continuer à bénéficier d'une couverture efficace à un tarif raisonnable concerne l'assuré âgé, qui a un besoin accru de sa couverture d'assurance, **a fortiori cette protection doit aussi bénéficier à une personne malade** que l'assureur ne doit pas pouvoir mettre devant une alternative dans laquelle quoi qu'elle choisisse, elle se retrouvera perdante. L'assuré qui, au moment de la fermeture du portefeuille d'un produit, bénéficie de prestations pour une maladie existante ou pour les complications et les séquelles d'une telle maladie doit pouvoir continuer à en bénéficier sans voir ses primes augmenter massivement. A notre avis, dans ces cas, l'assureur doit proposer le transfert dans un produit ouvert, aux conditions tarifaires applicables à ce dernier, tout en garantissant les prestations relatives aux suites et séquelles d'une maladie qui a été prise en charge dans le cadre du produit dont le portefeuille a été fermé et qui ne le seraient pas dans le produit ouvert. La prise en compte de l'âge et de l'état de santé de l'assuré au moment de la conclusion du contrat en cours pour la fixation de la prime du nouveau contrat imposée par l'art. 156 al. 3 OS sous-entend bien que sa situation a évolué depuis lors, ne serait-ce qu'en raison des risques liés à son âge plus avancé, et implique que l'assureur doit admettre l'assuré dans le produit ouvert dans l'état dans lequel il se trouve au jour du transfert. Si, à ce moment-là, un assuré doit bénéficier de prestations relatives aux suites et séquelles d'une maladie qui a été prise en charge dans le cadre du contrat précédent, elles doivent être maintenues. Cette interprétation, qui étend quelque peu la portée de l'art. 156 OS, est conforme à l'art. 31 LSA, qui a pour objectif de protéger largement les assurés contre les abus des entreprises d'assurance.

De plus, il y a lieu de relever encore que lors de la révision partielle de la LCA, plus précisément dans le cadre de l'introduction de l'article 35a, portant sur la résiliation ordinaire du contrat d'assurance privée, les chambres fédérales ont corrigé le projet du Conseil fédéral, en ce sens qu'elles ont précisé à l'alinéa 2 que, « dans l'assurance complémentaire à l'assurance-maladie sociale [...], **seul le preneur d'assurance peut faire usage du droit de résiliation ordinaire** ou du droit de résiliation en cas de dommage (art. 42, al. 1, de la présente loi) ». Cette modification, qui a justement été **motivée par le souci d'éviter que des personnes âgées et des malades chroniques soient exclus de l'assurance** suite à la résiliation de leur contrat par l'assureur (parmi les nombreuses interventions au cours des débats, voir notamment celles de la conseillère nationale Regula Rytz, BO 2019 N 752), démontre une fois de plus, par une décision récente, la **volonté du législateur de protéger ces assurés vulnérables**. La possibilité pour l'assureur, par le biais de la fermeture du portefeuille d'un produit et par l'augmentation massive des primes qui en découle, d'exclure des assurés malades de la communauté de risque, ne constitue certes pas une résiliation, mais dans certains cas, une contrainte imposée à l'assuré de résilier son contrat, ce qui conduit au même résultat. La volonté récemment exprimée du législateur en matière de protection des assurés âgés **et malades** doit être prise en compte dans l'interprétation de l'art. 156 LSA.

A l'ATF 136 I 197, le Tribunal fédéral, sur la question de la liberté économique, relève que « l'art. 156 OS n'impose pas de nouvelle relation contractuelle à l'entreprise d'assurance ; le cas échéant, il l'oblige uniquement à corriger une détérioration de la situation contractuelle des assurés actuels au niveau des primes, péjoration que l'assureur a lui-même provoquée » (c. 4.4.2). La perte d'une prestation aussi importante que celle dont l'assurée a été privée dans l'arrêt analysé constitue, sans conteste, une péjoration de sa situation contractuelle provoquée par l'assureur, qui doit être prise en compte et corrigée par la poursuite de la prise en charge de la prestation dans le cadre du nouveau contrat, même si celui-ci ne la prévoit plus. Pour l'assureur, le nombre de cas est connu, puisqu'il s'agit de maladies qui ont été prises en charge par le contrat dont il envisage la fermeture du portefeuille et les coûts relatifs à la prise en charge des prestations futures sont estimables. Il a tout le loisir de les prendre en compte dans son évaluation. Le nombre d'assurés concernés ne devrait d'ailleurs pas être très élevé. **S'il devait l'être, la question de l'intention de l'assureur de pousser abusivement les assurés concernés à la résiliation se poserait de manière encore plus évidente.**

Enfin, la question de la possibilité d'appliquer l'article 8 de la Loi sur la concurrence déloyale (LCD, RS 241) se pose en relation avec l'arrêt analysé, compte tenu du résultat choquant qui découle de la fermeture du portefeuille du produit auquel l'assurée est liée en combinaison avec le droit que s'est aménagé l'assureur dans les conditions générales d'augmenter unilatéralement les primes avec pour seul échappatoire pour l'assurée de résilier son contrat. Malheureusement cette voie n'est pas envisageable dans un tel cas. En effet, l'article 8 LCD vise un **contrôle abstrait des conditions générales au moment de la conclusion du contrat**. Dans ce sens, les mêmes écueils au niveau temporel se posent que pour la lésion (voir développements ci-dessus). Ceci démontre les limites de cette disposition, qui devrait permettre non seulement la prise en compte de la disposition des conditions générales elles-mêmes, mais également l'ensemble des circonstances entourant l'application du contrat, y compris l'abus d'autres instruments, par exemple la fermeture du portefeuille d'un produit d'assurance.

A notre sens et en conclusion, même si l'art. 156 OS porte principalement sur la fixation de la prime lors du transfert d'un assuré d'un produit dont le portefeuille a été fermé vers un produit ouvert, **son interprétation sous l'angle de la *ratio legis* de l'art. 31 LSA et des jurisprudences précitées du Tribunal fédéral** permet d'en étendre la portée pour garantir à un assuré, comme dans l'arrêt analysé, de ne pas perdre des prestations dont il bénéficie en raison des suites ou des séquelles d'une maladie qui a été prise en charge jusque-là par l'assureur dans le cadre du contrat précédent.