

## Délibération n°2007-231 du 24 septembre 2007

Le Collège :

Vu directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès aux biens et services et la fourniture de biens et services ;

Vu le code civil,

Vu le code pénal

Vu le code de la sécurité sociale,

Vu le code de la mutualité ;

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie, par courrier du 11 septembre 2007, d'une demande d'avis de Madame la Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Emploi concernant le projet de loi tendant à transposer l'article 5 de la directive 2004/113/CE du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services.

L'article 5 de cette directive dispose :

*« 1. Les États membres veillent à ce que, dans tous les nouveaux contrats conclus après le 21 décembre 2007 au plus tard, l'utilisation du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations aux fins des services d'assurance et des services financiers connexes n'entraîne pas, pour les assurés, de différences en matière de primes et de prestations.*

*2. Nonobstant le paragraphe 1, les États membres peuvent décider avant le 21 décembre 2007 d'autoriser des différences proportionnelles en matière de primes et de prestations pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques,*

*sur la base de données actuarielles et statistiques pertinentes et précises. Les États membres concernés en informent la Commission et veillent à ce que des données précises concernant l'utilisation du sexe en tant que facteur actuariel déterminant soient collectées, publiées et régulièrement mises à jour. Ces États membres réexaminent leur décision cinq ans après le 21 décembre 2007 en tenant compte du rapport de la Commission mentionné à l'article 16, et transmettent les résultats de ce réexamen à la Commission.*

*3. En tout état de cause, les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas, pour les assurés, de différences en matière de primes et de prestations. [...]. »*

Conformément à l'option offerte par le paragraphe 2 de cette disposition, le gouvernement propose d'insérer au code des assurances un article L. 111-7 ainsi rédigé :

*« I. Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la prise en compte du sexe comme facteur dans le calcul des primes et des prestations ayant pour effet des différences en matière de prime et des prestations est interdite.*

*Les frais liés à la grossesse et à la maternité n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de prestations.*

*Par dérogation aux dispositions du premier alinéa, le ministre chargé de l'économie peut autoriser par arrêté des différences de primes et de prestations fondées sur la prise en compte du sexe et proportionnées aux risques lorsque des données actuarielles et statistiques pertinentes et précises établissent que le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation du risque d'assurance. Ces arrêtés sont pris conjointement avec le ministre chargé de la sécurité sociale lorsqu'ils portent sur des opérations mentionnées au 1° et au 2° de l'article L.310-1.*

*II. Un arrêté du ministre chargé de l'économie et du ministre de la sécurité sociale fixe les conditions dans lesquelles les données mentionnées au troisième alinéa du I sont collectées ou répertoriées par les organismes professionnels mentionnés à l'article L. 132-9-2 et les conditions dans lesquelles elles leur sont transmises. Ces données régulièrement mises à jour sont publiées dans des conditions fixées par arrêté et au plus tard à la date d'entrée en vigueur de l'arrêté mentionnée au troisième alinéa du I.*

*Par dérogation à l'alinéa précédent, les données mentionnées au troisième alinéa du I peuvent, s'agissant des risques liés à la durée de la vie humaine, prendre la forme de tables homologuées et régulièrement mises à jour par arrêté du ministre chargé de l'économie.*

*III. Le présent article s'applique aux contrats d'assurance, autre que ceux conclus dans les conditions prévues à l'article L. 911-1 du code de la sécurité sociale, ainsi qu'aux opérations mentionnées à l'article L 322-2-2 qui en découlent directement.*

*Les dispositions du présent article sont applicables aux contrats conclus et aux adhésions à des contrats d'assurance de groupe effectuées à compter du 21 décembre 2007 ».*

A titre liminaire, la haute autorité souligne que la transposition de l'article 5 de la directive ne vaut pas transposition de l'ensemble de la directive. C'est pourquoi, la haute autorité rappelle que la transposition des autres dispositions de la directive doit également intervenir avant le 21 décembre 2007.

S'agissant spécifiquement du projet soumis à l'appréciation du Collège de la haute autorité, après avoir rappelé, d'une part, que le sexe ne doit pas en principe être pris en compte dans la détermination des primes et prestations (alinéa 1 du § I) et affirmé, d'autre part, que les frais liés à la grossesse n'entraînent pas un traitement moins favorable des femmes en matière de primes et de prestations (alinéa 2 du § I), le projet de texte institue un mécanisme qui donne compétence au ministre de l'économie, et dans certains cas précis au ministre chargé de la sécurité sociale, pour autoriser des dérogations en matière de primes et de garanties fondées sur l'appréciation du ministre quant au caractère déterminant ou non du sexe dans l'évaluation du risque, et ce, en s'appuyant sur des données actuarielles et statistiques répertoriées par les fédérations représentatives du secteur de l'assurance concerné.

En outre, et s'agissant des risques liés à la durée de la vie humaine, il est envisagé de prendre en compte le sexe comme facteur déterminant dans l'évaluation du risque sur le fondement de tables homologuées par arrêté.

La haute autorité souligne que le considérant 19 de la directive affirme que « *les dérogations ne sont autorisées que lorsque le droit national n'a pas déjà appliqué la règle des primes et prestations unisexes* ». L'article 7§ 2 de la directive précise, quant à lui, que « *la mise en œuvre de la présente directive ne peut en aucun cas constituer un motif d'abaissement du niveau de protection contre la discrimination déjà accordé par les États membres dans les domaines régis par la présente directive* ».

Le principe de non discrimination à raison du sexe figure déjà dans les dispositions applicables aux organismes qui ont en commun, avec les sociétés d'assurances *stricto sensu*, l'activité des assurances de personne (assurances complémentaires santé, retraite, décès...).

Il existe en France trois types d'organismes exerçant l'activité d'assureur. Tout d'abord, les sociétés d'assurances, régies par le code des assurances, ensuite les mutuelles, régies par le code de la mutualité et enfin, les instituts de prévoyance régis par le code de la sécurité sociale.

S'agissant des mutuelles, figure parmi les principes mutualistes, le principe général d'égalité qu'énonce l'article L.112-1 du code de la mutualité qui prohibe les différenciations en fonction du sexe en matière de cotisations et de prestations. En ce qui concerne les instituts de prévoyance, l'article L. 913-1 du code de la sécurité sociale prévoit qu'aucune disposition comportant une discrimination fondée sur le sexe ne peut être insérée, à peine de nullité, dans les conventions, accords ou décisions unilatérales relevant de l'article L. 911-1. En revanche, aucune disposition du code des assurances ne prohibe expressément les discriminations y compris à raison du sexe.

La haute autorité relève que le projet du gouvernement ne peut s'appliquer aux mutuelles et instituts de prévoyance en application du principe de non régression.

Compte tenu de ce qui précède, il apparaît qu'un projet de loi ajoutant au code des assurances une disposition permettant aux organismes qu'il réglemente de discriminer, en matière des primes et prestations à raison du sexe, même sous conditions, violerait la clause de non régression qui s'impose aux Etats membres, s'il devait s'appliquer aux organismes relevant du code de la mutualité et du code de la sécurité sociale ou dans le cas contraire introduirait une distorsion de concurrence à leur détriment.

Par ailleurs, la haute autorité considère que le projet de texte est porteur d'insécurité juridique. Il résulte du considérant 16 de la directive que toute différenciation doit être « *appropriée et nécessaire* ». La dérogation qu'il est proposé d'introduire dans le code des assurances au bénéfice des seules sociétés d'assurances relevant du code des assurances ne peut être considérée comme appropriée et nécessaire dès lors qu'il est impossible de la prévoir pour les autres organismes proposant les mêmes produits, mais régis par des codes différents.

La haute autorité estime donc qu'il est nécessaire, compte tenu des objectifs de la directive et de l'indispensable recherche de cohérence du droit de la discrimination, condition *sine qua non* du maintien de la sécurité juridique, que le principe de non discrimination à raison du sexe s'applique de manière identique à l'ensemble des organismes assureurs. La voie que devrait choisir le gouvernement, eu égard au principe de non régression, doit conduire à ne pas abaisser le niveau de protection applicable en droit aux mutuelles ainsi qu'aux institutions de prévoyance.

S'agissant des risques liés à la durée de la vie humaine, la haute autorité estime que le mécanisme décrit par l'article 5§2 de la directive n'a pas vocation à permettre l'introduction d'une dérogation générale et automatique couvrant tous les secteurs de l'assurance telle qu'envisagée par le projet de loi s'agissant de la couverture des risques liés à la durée de la vie humaine. A cet égard, la haute autorité pourrait rappeler que le dispositif prévu par la directive prévoit implicitement deux niveaux d'intervention. D'une part, la collecte et l'homologation des données actuarielles et d'autre part, la décision de l'autorité de tutelle d'autoriser ou non des primes et prestations différentes en considération du sexe dans un secteur donné de l'assurance. Ces deux étapes et notamment la première permettent de s'assurer de la fiabilité des données qui fondent ensuite la dérogation.

Le considérant 19 de la directive précise d'ailleurs que « *les États membres peuvent décider d'autoriser des dérogations (...) pour autant qu'ils puissent garantir que les données actuarielles et statistiques sous jacentes sur lesquelles se fondent les calculs sont fiables (...)* ». Or, dans le cas des assurances qui dépendent de la durée de la vie humaine, le texte soumis à l'examen de la haute autorité semble autoriser une dérogation générale et automatique se fondant de surcroît sur des tables homologuées qui s'apparentent à celles permettant la détermination de la tarification générale des assureurs.

La haute autorité relève que les conditions dérogatoires fixées par l'alinéa 2 du § II du projet de texte pour l'établissement des données relatives au risque lié à la durée de la vie humaine ne sont pas de nature à fournir des garanties suffisantes pour permettre une appréciation réelle et précise du risque. La formule retenue par le projet (les tables homologuées) n'offre pas des conditions méthodologiques indispensables pour le recueil d'information fiables équivalentes à celle fixées par le § II alinéa 1.

Au demeurant, le renvoi à un simple arrêté paraît devoir être exclu au profit d'un décret en Conseil d'Etat ; le mode d'établissement et d'actualisation des données statistiques et actuarielles pertinentes devant être nécessairement et précisément défini, la directive exigeant que toute limitation soit nécessaire et appropriée.

Par ailleurs, la haute autorité estime que le gouvernement devra veiller, à l'occasion de la rédaction de ce décret, à la transparence du processus de recueil et d'actualisation des données actuarielles et statistiques pertinentes, à leur objectivation ainsi qu'à l'information du public concernant les éléments pris en compte dans l'établissement des primes et prestations d'assurances.

La présente délibération sera notifiée au ministre de l'économie, des finances et de l'emploi ainsi qu'au Premier ministre, qui voudra bien en informer le président des commissions compétentes des deux assemblées.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER