

## Délibération n° 2010-196 du 27 septembre 2010

### ***Refus d'assurance – âge – recommandation***

*Un assureur refuse de couvrir le risque chômage au-delà de 55 ans. Interrogé par la haute autorité, il explique que cette situation résulte des termes mêmes du contrat d'assurance que la réclamante a souscrit. Il ajoute que l'âge est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques à couvrir et dans la détermination de la cotisation d'assurance. Il s'appuie sur des statistiques officielles sur l'emploi reconstituées et comptabilisant les dispensés de recherche d'emploi et selon lesquelles le taux de chômage des seniors était en 2008 de 5,80% pour les 50-54 ans, de 16,50% pour les 55-59 ans et de 25,80% pour les 60-64 ans. Il affirme cependant que ses nouveaux contrats ne comportent plus une telle limite d'âge. En outre, la Fédération française (...) estime que l'offre d'assurance sur le risque perte d'emploi doit être réévaluée à l'égard des plus de 60 ans.*

*La haute autorité ne retient pas les arguments de l'assureur. Elle s'appuie sur une étude de la DARES d'octobre 2008 selon laquelle depuis plus de 30 ans, le taux de chômage des seniors est nettement plus faible que celui des plus jeunes. Elle précise également que la dispense de recherche d'emploi, qui a d'ailleurs vocation à disparaître, ne bénéficie pas systématiquement à certains travailleurs du seul fait de leur âge. La haute autorité rappelle que l'âge ne peut pas en principe remplacer d'autres indicateurs plus précis lorsqu'ils existent pour permettre des différences de traitement, sous peine de contrevenir aux articles 225-1 et 225-2 du code pénal. Le Collège recommande l'indemnisation de la réclamante, la suppression de la limite d'âge de 55 ans dans les polices d'assurance qui continuent de la prévoir ainsi que la mise en place de dispositifs appropriés de formation et de sensibilisation du personnel de la société d'assurance. Il porte sa délibération à la connaissance de la Fédération française (...) et demande à être informé des suites des travaux déjà engagés sur cette question par la Fédération.*

Le Collège :

Vu le code pénal ;

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 de la Présidente,

Madame X a saisi la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, par courrier en date du 24 janvier 2007, d'une réclamation au sujet d'un refus d'assurance chômage fondé sur l'âge.

Le 21 octobre 1996, Madame X a souscrit un prêt immobilier sur 15 ans auquel a été adossé un contrat d'assurances de groupe. Elle a, en effet, simultanément souscrit un contrat

d'assurance de groupe auprès de la compagnie d'assurances A. Ce contrat garantit plusieurs risques à savoir le décès, l'incapacité de travail permanent ou temporaire, l'invalidité ainsi que la perte d'emploi.

La note d'information, délivrée avec la proposition du contrat de crédit prévoit, concernant la cessation des garanties, que « *du 55<sup>ème</sup> au 58<sup>ème</sup> anniversaire, le risque arrêt total de travail par suite de perte d'emploi n'est plus couvert. Pour tout adhérent se trouvant en situation de retraite ou de pré-retraite, ou pour toute personne non soumise aux régimes sociaux français, seul le risque décès est couvert* » (point I). Parmi les risques couverts figure « *l'arrêt total de travail par suite de perte d'emploi (...) et au plus tard au 55<sup>ème</sup> anniversaire ou à la date d'admission de l'assuré au bénéfice d'un système de pré-retraite comme celui géré par l'UNEDIC. Cette garantie concerne exclusivement les salariés, assujettis au régime ASSEDIC, mis au chômage par suite d'un licenciement et demandeurs d'emploi (...)* » (point II-5).

Cette limite d'âge de 55 ans est expressément prévue par les avenants n° 5 et n°6 au contrat d'assurance groupe.

Le contrat initial et ses avenants auraient été résiliés en 1999. Leurs principales clauses et en particulier la limite d'âge ont été reprises dans le contrat conclu par la réclamante qui est toujours en vigueur.

Madame X alors âgée de 58 ans est licenciée le 15 décembre 2005.

Par courrier du 16 décembre 2005, le directeur commercial de la société A lui confirme qu'elle n'est plus admissible à la garantie chômage. Il se dit cependant disposé « *à titre exceptionnel, à faire un geste commercial* » en lui proposant, à titre rétroactif, de conclure un nouveau contrat individuel sans garantie perte d'emploi et de lui rembourser la cotisation afférente à la garantie perte d'emploi versée au-delà de son 55<sup>ème</sup> anniversaire.

Madame X refuse cette proposition et demande une médiation auprès de la Fédération française (...).

Le 25 avril 2006, le médiateur estime que la réclamation de Madame X n'est pas fondée. Il relève que « *certes, les conditions d'ouverture de la garantie 'perte d'emploi' du contrat apparaissent strictement déterminées, mais ce n'est pas une raison pour les considérer comme nécessairement abusives* ». Toutefois, il ne se prononce pas expressément sur le caractère discriminatoire de la limite d'âge.

Interrogé par la haute autorité sur la limite d'âge à la garantie chômage, le responsable du service des sinistres de la société A rappelle, dans un courrier du 13 avril 2007, que cette situation découle notamment des dispositions contractuelles expresses prévues dans la notice d'information relative au contrat d'assurance auquel Madame X a souscrit.

En réponse à un deuxième courrier d'enquête de la haute autorité, le directeur juridique de la société A rappelle, dans un courrier reçu le 5 octobre 2007, que l'existence de limites d'âge répond à une pratique généralisée et qu'elle relève de la liberté contractuelle. Il note en particulier que « *l'âge est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques à couvrir et dans la détermination de la cotisation d'assurance* ». Or, « *une analyse des risques couverts révèle systématiquement un risque croissant avec l'âge* ». Il évoque « *le faible taux d'activité*

*des plus de 55 ans (...) qui se traduit par de nombreux dispositifs spécifiques comme l'augmentation des durées d'indemnisation des plus de 50 ans ou des contrats à durée déterminée pour les personnes de plus de 57 ans ou encore les dispositifs visant à dispenser de recherche d'emploi certains allocataires de plus de 55 ans* ». Enfin, il explique que l'élargissement des limites de garanties aurait « *engendré un coût excessif de la garantie d'assurance dans l'opération de financement* ».

Le 2 novembre 2009, la haute autorité envoie au PDG de la société A un courrier de notification des griefs en relevant notamment qu'une telle approche n'est pas justifiée par l'existence de données statistiques selon lesquelles au-delà de 55 ans, l'existence d'un aléa en matière de chômage n'existerait plus.

En réponse à ce courrier, le PDG de la société A réaffirme, dans un courrier du 11 décembre 2009, que la clause litigieuse est « *l'expression des nécessaires limitations qu'un contrat d'assurance de groupe doit contenir – afin que la grande diversité des risques et des assurés en son sein puisse bénéficier d'une couverture utile à un tarif raisonnable* ». Il précise également qu'il n'entend pas justifier l'absence de couverture perte d'emploi par l'existence de dispositifs de préretraite ainsi que son courrier précédent pouvait le laisser penser. Pour autant, il ne fournit aucun élément chiffré sur l'existence d'un risque accru de chômage après 55 ans.

Par ailleurs, dans un courrier du 17 février 2010, la direction de la société A ajoute que « *les limites fixées par un assureur dans un contrat d'adhésion donné – et plus particulièrement dans un contrat groupe – ne signifient pas pour autant que l'assureur refuse d'assurer, séparément, individuellement, le même risque sans les mêmes limites à un tarif adapté* ».

Lors d'une audition par les services de la haute autorité le 21 mai 2010, la société A indique que le contrat litigieux est ancien et que ses nouveaux contrats groupe couvrent les assurés jusqu'à 65 ans. Par ailleurs, il produit pour la première fois des éléments statistiques sur la population des 50 - 60 ans dispensée de recherche d'emploi publiés par la DARES dans un document intitulé « première synthèse » de juillet 2008.

Dans un ultime courrier du 1<sup>er</sup> juin 2010 adressé à la haute autorité, la Direction de la société A réitère que les contrats d'assurance groupe « *ont des caractéristiques très spéciales* » où « *des distinctions* » sont faites « *dans l'intérêt des adhérents pour leur permettre de bénéficier d'une couverture de base* ». Cette différenciation ou la sélection des risques poursuit très clairement un motif légitime, réel et exclusif en présence duquel aucune discrimination répréhensible n'est constituée. La réalité de la logique économique du contrat groupe, dont la légitimité découle de l'offre d'une prestation de base accessible au plus grand nombre, est la cause exclusive des différenciations opérées.

Par ailleurs, la société A précise qu'il est statistiquement avéré que la probabilité de perte d'emploi augmente à partir de 55 ans. Or, ce risque aurait une incidence directe sur l'exposition de l'assureur qui justifie la limite d'âge de 55 ans.

En effet, si une étude de la DARES d'octobre 2008 indique que « *le taux de chômage des seniors est nettement plus faible que celui des plus jeunes* », ceci n'est vrai que parce que les statistiques omettent de tenir compte des personnes dispensées de recherche d'emploi (DRE). Or, la DRE, qui était réservée aux personnes de plus de 57,5 ans à partir de 1984, a bénéficié aux personnes de 55 ans à partir de 1999.

Ainsi reconstitué à partir de différentes statistiques officielles sur l'emploi (*DARES, Premières synthèses informations, Emploi et chômage des 50-64 ans en 2008, septembre 2009, n° 39.2*), le taux de chômage des seniors comprenant les DRE serait de 5,80% pour les 50-54 ans, 16,50% pour les 55-59 ans et 25,80% pour les 60-64 ans pour l'année 2008.

Il importe de relever que l'étude de la DARES de 2008 relative au taux de chômage des seniors ne comptabilise pas pour ses statistiques les personnes qui ne sont plus sur le marché de l'emploi, soit parce qu'elles sont à la retraite, soit parce qu'elles bénéficient de mesures de préretraite ou retraite anticipée, soit parce qu'elles sont dispensées de rechercher un emploi.

Ces précisions étant faites, la DARES observe, depuis les années 70/80, des fluctuations du taux d'activité des seniors qui varient en fonction du développement ou du recul des préretraites, des retraites anticipées pour carrière longue, de la dispense de recherche d'emploi ou encore de l'âge de la retraite.

Selon le rapport du Conseil d'orientation des retraites (COR) de novembre 2007, le nombre de salariés du secteur privé qui quittent définitivement le marché du travail avant 60 ans est élevé en France. Fin 2006, on dénombrait environ 700 000 bénéficiaires d'une préretraite publique, d'une dispense de recherche d'emploi pour les chômeurs âgés ou d'une retraite anticipée pour carrière longue dans le secteur privé, soit 12 % des 55- 59 ans. En plus des préretraites publiques, il existe des préretraites financées par les employeurs privés dont on ignore le nombre de bénéficiaires.

Le Conseil précise néanmoins que la proportion de personnes de 55 à 59 ans bénéficiaires d'un dispositif de cessation anticipée d'activité (préretraite publique, DRE ou retraite anticipée) a globalement diminué entre 2000 et 2006.

Par ailleurs, la loi n° 2008-758 du 1er août 2008 relative aux droits et aux devoirs des demandeurs d'emploi (modifiant les articles L. 5411-8 et L. 5421-3 du code du travail) a prévu la suppression progressive de la dispense de recherche d'emploi. Elle rehausse l'âge auquel les bénéficiaires peuvent y prétendre avant de prévoir sa suppression pour le 1<sup>er</sup> janvier 2012. Ainsi l'âge minimal pour en bénéficier est de :

- 58 ans en 2009, puis à 59 ans en 2010, et 60 ans en 2011 pour les personnes inscrites comme demandeurs d'emploi et bénéficiaires de l'allocation d'assurance chômage (c'est-à-dire l'allocation d'aide au retour à l'emploi).
- 58 ans en 2010 et à 60 ans en 2011 (cet âge était fixé à 56,5 ans en 2009) pour les personnes inscrites comme demandeurs d'emploi, bénéficiaires de l'allocation de solidarité spécifique.
- Il est également précisé que les bénéficiaires de l'allocation équivalent retraite (AER) sont également couverts par la dispense de recherche d'emploi.

Selon le Conseil d'orientation des retraites, quelque 160.000 personnes sont entrées chaque année dans ce dispositif depuis 2003 qu'il assimile expressément à « *une forme de préretraite* » dans la mesure où « *l'entrée en filière longue d'indemnisation du chômage entraîne, dans certains cas, un maintien des droits jusqu'à l'âge du taux plein* ».

Par ailleurs, il convient de préciser que la dispense de recherche d'emploi ne bénéficie pas systématiquement à certains travailleurs du seul fait de leur âge. Ils doivent préalablement en

faire la demande. Par ailleurs, ce n'est pas parce qu'ils n'ont plus l'obligation légale d'accomplir notamment des actes positifs et répétés en vue de retrouver un emploi conformément à l'article R. 5411-10 du code du travail qu'ils ne recherchent pas concrètement un emploi.

L'article 225-1 du code pénal interdit les discriminations fondées sur l'âge depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001.

Or, conformément à l'article 112-1 du code pénal, *« sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date »*.

Cependant, il demeure que la loi pénale nouvelle peut s'appliquer aux contrats en cours. En effet, la Cour de cassation a jugé qu'une infraction pouvait trouver sa cause dans un contrat conclu avant l'entrée en vigueur de la loi pénale dans le cas où elle était continue et où l'application du contrat s'était poursuivie sous le régime de la loi nouvelle (Cass. Crim. 11 février 1998 n° 96-84.997).

En l'espèce, on peut considérer qu'on est en présence d'une infraction permanente en ce que le non-respect de la loi pénale s'est renouvelé chaque année au moment de la tacite reconduction du contrat. En effet, le contrat d'assurance litigieux est conclu pour une durée limitée d'un an avec tacite reconduction (article 2). Son avenant n° 6 du 26 mars 1996 prévoit la clause litigieuse, à savoir la limitation de garantie chômage au-delà de 55 ans.

Cela signifie que tacitement, les co-contractants ont renouvelé leur volonté coupable de prévoir dans leur contrat une différence de traitement à raison de l'âge. Cette infraction est donc permanente depuis l'entrée en vigueur de la loi du 16 novembre 2001 ayant introduit le critère d'âge parmi les critères de discrimination prohibés.

Ainsi, le fait que les contrats et les clauses litigieux aient été conclus avant l'entrée en vigueur de la loi de 2001 sont sans pertinence pour l'application du code pénal qui interdit les discriminations fondées sur l'âge.

L'article 225-2 du code pénal prohibe le refus d'une prestation de service ainsi que la subordination d'un service liée à une condition fondée sur l'âge.

La subordination de la garantie du risque « chômage » fondée sur l'âge du client assuré relève de cette qualification. La liberté contractuelle soulevée par l'assureur, qui invoque le caractère facultatif du contrat, et l'information du co-contractant ne peuvent valablement faire échec au respect des règles du droit de la non-discrimination qui sont d'ordre public et de ce fait pleinement applicables aux stipulations contractuelles.

Le législateur a toutefois réservé des hypothèses dans lesquelles les différences de traitement sont autorisées :

- tel est le cas de l'article 225-3 du code pénal en cas de différences de traitement fondées sur l'âge en matière d'embauche, qui n'est pas applicable en l'espèce ;
- l'article 122-4 alinéa 1<sup>er</sup> du code pénal selon lequel *« n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives »*

*ou réglementaires* ». Le code pénal réserve ainsi l'hypothèse où la loi permet de déroger à l'interdiction des discriminations.

La haute autorité a déjà eu l'occasion de rappeler ces éléments dans sa délibération n°2008-177 du 1<sup>er</sup> septembre 2008. Elle a d'ailleurs présenté ses observations en ce sens devant la Cour d'appel de Nîmes. La juridiction a suivi le même raisonnement dans son arrêt du 6 novembre 2008 selon lequel :

*« le contrat d'assurance repose sur l'existence d'un aléa qui est un événement dont la réalisation incertaine ne dépend pas de la volonté des parties au contrat ;  
(...) la probabilité de la réalisation du risque est déterminée par l'assureur en se fondant sur la méthode statistique qui lui permet ainsi d'évaluer la cotisation qui devra être supportée par l'assuré ;  
(...) la sélection du risque par l'assureur, autorisée dans son principe, a pour limite la prohibition résultant des dispositions des articles 225-1 et suivants du code pénal ;  
(...) pour refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, 17 motifs discriminatoires ne peuvent être invoqués dont l'âge (...) ».*

Ainsi que l'a relevé la Cour d'appel de Nîmes, le fondement d'une éventuelle permission de la loi pourrait être tiré du caractère aléatoire du contrat d'assurance. Or, selon l'article 1964 du code civil, *« le contrat aléatoire est une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain »*. Il ne peut exister d'assurance sans que n'existe un aléa sur la réalisation future de l'événement assuré.

L'existence de l'aléa assurable est mesurable grâce à des statistiques qui, sur une classe d'équivalence déterminée, permettent de prévoir le niveau de probabilité moyen de la survenance de l'événement assuré. Les données actuarielles permettent alors de déterminer le montant des primes ou des surprimes éventuelles.

On relèvera que cet arrêt est définitif, le pourvoi formé par l'assureur ayant été rejeté par la Cour de cassation. S'il porte sur le refus d'assurance fondé sur l'âge, sa solution est transposable, *mutatis mutandis*, au cas de refus de garantie subordonnée à l'âge.

Dans deux précédentes délibérations portant sur une problématique similaire et qui ont été transmises à la société A lors de son enquête, la haute autorité s'est appuyée pour conclure à l'existence d'une discrimination sur une étude de la DARES d'octobre 2008. Selon cette étude, *« depuis plus de 30 ans, le taux de chômage des seniors est nettement plus faible que celui des plus jeunes. Un peu plus de 5 % des actifs sont au chômage entre 50 et 59 ans en 2007, et 4 % entre 60 et 64 ans (...). Cependant, le taux de chômage des 55-59 ans serait beaucoup plus élevé en l'absence des mesures de cessation anticipée d'activité qui écartent nombre de seniors âgés de 55 à 59 ans du marché du travail. De 2006 à 2007, comme pour l'ensemble des actifs, le taux de chômage des seniors a baissé »*.

Depuis lors, la Fédération française (...) a considéré que ces données lui permettaient de mieux connaître le risque chômage et que l'offre d'assurance sur le risque perte d'emploi devait donc être réévaluée à l'égard des plus de 60 ans.

Interrogé à plusieurs reprises par la haute autorité sur les éléments permettant de ne pas garantir le risque chômage dans un contrat groupe au-delà de 55 ans, la société A a finalement

communiqué, lors de l'audition du 21 mai 2010 puis dans un courrier du 1<sup>er</sup> juin 2010, des éléments chiffrés reconstitués à partir d'études statistiques élaborées par la DARES en 2008.

Dans sa délibération n° 2009-364 du 9 novembre 2009, la haute autorité avait déjà relevé qu'assimiler l'âge de 60 ans à une présomption de statut de retraité était en soi un raisonnement contraire à la réalité des textes et discriminatoire. En effet, toute personne de 60 ans ne totalisant pas 160 trimestres d'activité pour percevoir la retraite à taux pleins reste éligible à l'assurance chômage. La haute autorité avait néanmoins admis qu'un assureur pourrait refuser de couvrir le risque d'une perte de salaire d'un salarié bénéficiant d'une retraite à taux plein.

En outre, la haute autorité a déjà considéré que les cas où l'âge serait utilisé comme un prétexte ou comme un substitut pour couvrir certaines catégories de personnes doivent être considérés avec circonspection voire suspicion. En tout état de cause, l'âge ne peut pas en principe remplacer d'autres indicateurs plus précis lorsqu'ils existent pour permettre des différences de traitement, sous peine de discrimination.

Dès lors, l'argument principal évoqué par l'assureur pour justifier de l'exclusion de garantie-chômage pour les plus de 55 ans, sans autre précision, ne paraît pas justifiée.

En conséquence, le refus d'indemniser Madame X sur le risque chômage pourrait apparaître comme susceptible de caractériser une discrimination fondée sur l'âge en violation des articles 225-1 et 225-2 du code pénal.

Le fait que cette exclusion de garantie soit prévue par un contrat d'assurance groupe et non un contrat d'assurance individuel ne permet pas de la faire échapper à cette qualification.

Conformément à l'article 1131 du code civil, dans la mesure où la différence de traitement fondée sur l'âge prévue contractuellement est illicite, elle ne produit aucun effet et elle est donc nulle (*V. en ce sens, Cass. Civ. 3<sup>ème</sup> 4 mai 1983 N° 79-16.575*).

Le Collège :

- Recommande à l'assureur A d'indemniser la réclamante depuis la survenance du risque chômage et de supprimer la limite d'âge de 55 ans à la couverture du risque chômage dans les polices d'assurance comportant toujours une telle limitation.
- Recommande également à l'assureur mis en cause de mettre en place des dispositifs appropriés de formation et de sensibilisation de son personnel aux principes applicables aux contrats d'assurance en matière de discrimination.
- Porte la présente délibération à la connaissance de la Fédération française (...) et demande à être informé des suites des travaux déjà engagés sur cette question par la fédération.
- Demande à la société d'assurance ainsi qu'au Président de la Fédération française (...) de rendre compte à la haute autorité des suites données à ses recommandations dans le délai de trois mois suivant la notification de la présente délibération.

*La Présidente*

*Jeannette BOUGRAB*