

Égalité des sexes et primes d'assurances

Sylvaine Laulom, Professeure à l'Université de Saint-Étienne, CERCRI (UMR 5137)

► CJUE, gde ch. 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL

L'article 5 § 2 de la directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004, qui permet de stipuler dans les contrats d'assurance des clauses qui sont directement liées au sexe de l'assuré, est invalide avec effet au 21 décembre 2012.

► CJUE, gde ch. 1^{er} mars 2011, aff. C-236/09, Association belge des consommateurs Test-Achats ASBL

L'arrêt Test-Achats, rendu en grande chambre, était certainement l'un des arrêts les plus attendus de cette année 2011, et ses conséquences sont indéniablement importantes. Il est le premier arrêt en interprétation de la directive 2004/113/CE, qui interdit toute discrimination fondée sur le sexe dans l'accès et la fourniture de biens et de services, et il invalide une de ses dispositions, l'article 5 § 2, à compter du 21 décembre 2012.

La directive de 2004, de même que sa transposition, en France, par la loi du 27 mai 2008, est passée relativement inaperçue alors même que la directive étend le champ d'application du principe d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes au domaine des biens et services. Concernant le secteur de l'assurance, ici en cause, la directive interdit, en principe, de prendre en considération le critère du sexe pour calculer les primes et les prestations d'assurance des contrats d'assurance conclus après le 21 décembre 2007 (*art. 5 § 1*). Elle prévoit cependant une exception selon laquelle les États membres peuvent, à partir de cette date, autoriser des dérogations à la règle des primes et prestations unisexes, pour autant qu'ils peuvent garantir que les données actuarielles et statistiques sous-jacentes sur lesquelles se fondent leurs calculs sont fiables, régulièrement mises à jour et à la disposition du public. Les dérogations ne sont autorisées que lorsque le droit national n'a pas déjà appliqué la règle des primes et des prestations unisexes. Cinq ans après la transposition de la directive – à savoir le 21 décembre 2012 –, les États membres doivent réexaminer la justification de ces dérogations, en tenant compte des données actuarielles

et des statistiques les plus récentes. L'article 5 § 2 de la directive permet ainsi de stipuler dans les contrats d'assurance des clauses qui sont directement liées au sexe de l'assuré.

La proposition de directive initiale, après une analyse détaillée de la situation européenne dans le secteur des assurances, ne prévoyait pas de dispositif spécifique en matière d'assurance (*COM (2003) 657 final*). Elle indiquait que les différences de traitement fondées sur des facteurs actuariels directement liés au sexe n'étaient pas compatibles avec le principe de l'égalité de traitement et devaient être abolies. Le secteur des assurances a cependant milité pour que soient prises en compte les spécificités de ce secteur et l'article 5 § 2 a été introduit dans le texte définitif. Les pratiques extrêmement courantes du secteur de l'assurance où certains risques sont supposés avoir une dimension sexuée pouvaient donc perdurer. Il en est ainsi particulièrement de l'assurance vie, où l'espérance de vie plus longue des femmes va être prise en compte, ou encore de l'assurance automobile, dont les primes peuvent tenir compte de la moindre dangerosité des femmes au volant.

Dans cet arrêt court et simple, la Cour invalide cette exception à l'égalité des sexes prévue par la directive, alors même que l'ensemble des États membres ayant participé à la procédure, nombreux en l'espèce du fait des conséquences potentielles de l'arrêt pour le secteur de l'assurance, et les institutions de l'Union avaient tous estimé que cette exception ne violait pas le principe de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes.

► L'affaire

Le litige naît du recours de l'association belge de consommateurs Test-Achats ASBL et de deux particuliers, en annulation de la disposition

nationale transposant l'article 5 § 2, devant la Cour constitutionnelle belge. Pour les requérants, la loi nationale serait contraire au principe de l'égalité entre les femmes et les hommes. La Cour constitutionnelle belge estime que ce recours soulève un problème de validité de la directive et interroge la Cour européenne sur la conformité de cette exception à l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne (dans sa version antérieure à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne).

► Une application directe de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

La Cour doit donc se prononcer sur la compatibilité de l'exception prévue par la directive 2004/113 au regard du principe d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes. Ce principe, d'abord reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne, est aujourd'hui expressément consacré, à plusieurs reprises, par le droit primaire de l'Union européenne, comme le note la Cour. Les articles 21 et 23 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne énoncent, d'une part, qu'est interdite toute discrimination fondée sur le sexe et, d'autre part, que l'égalité entre les femmes et les hommes doit être assurée dans tous les domaines. Et la Cour de rappeler que la Charte a aujourd'hui la même valeur juridique que les Traités (*art. 6 § 1 du Traité sur l'UE*). L'article 3 § 3 du TUE dispose également que l'Union combat l'exclusion sociale et les discriminations et promeut notamment l'égalité entre les hommes et les femmes. L'article 8 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne est une clause transversale selon laquelle, pour toutes ses actions, l'Union cherche à éliminer les inégalités et à promouvoir l'égalité entre les hommes et les femmes. Enfin, l'article 157 § 1 du TFUE établit le principe de l'égalité de traitement dans le domaine de l'emploi, et l'article 19 permet au Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toutes discriminations fondées notamment sur le sexe.

À l'époque des faits, cependant, le Traité de Lisbonne n'est pas encore en vigueur, raison

pour laquelle la juridiction de renvoi s'interroge sur la compatibilité de l'article 5 de la directive au regard de l'ancien article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne, article selon lequel, *« l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'état de droit, principes qui sont communs aux États membres. L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales [...] et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »*.

C'est pourtant au regard de la Charte que la Cour va évaluer la validité de l'article 5 § 2 au prix d'un raisonnement abrupt, peut-être pas totalement convaincant mais qui montre la montée en puissance de la Charte (*v. L. Burgogne-Larsen*, « *Quand la CJUE prend au sérieux la Charte des droits fondamentaux, le droit de l'Union est déclaré invalide* », *AJDA* 2011, p. 967). Les droits fondamentaux évoqués à l'article 6, dans sa version antérieure au Traité de Lisbonne, *« sont incorporés dans la charte qui, à partir du 1^{er} décembre 2009, a la même valeur juridique que les traités »*. Par ailleurs, le préambule de la directive 2004/113 se réfère explicitement aux articles 21 et 23 de la charte, *« il convient donc d'apprécier la validité de l'article 5 § 2 de cette directive au regard desdites dispositions de la charte »*. On voit ainsi comment la Charte joue désormais *« un rôle pivot, une fonction centrale dans l'argumentation de la Cour »* (*v. L. Burgogne-Larsen, précit.*). L'arrêt Test-Achats est ainsi l'un des premiers arrêts de la Cour à fonder l'appréciation de la validité d'un acte européen sur le respect de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

► L'invalidité de l'article 5 § 2 de la directive

La Charte ne semble pourtant pas avoir été l'élément principal du raisonnement de la Cour pour invalider l'article 5 § 2 de la directive. C'est plutôt la cohérence de la directive qui est en cause. L'un des commentateurs de l'arrêt ●●●

●●● note ainsi que la Cour s'appuie sur des motivations « qui tiennent moins au respect des droits fondamentaux de l'individu qu'à des enjeux légistiques » (E. Grass, « Discriminations en fonction du sexe dans les assurances : les contre-pieds de l'arrêt *Test-Achats* », *Dr. soc.* 2011, p. 689). La Cour fait d'abord référence au préambule de la directive, qui reconnaît que l'utilisation de facteurs actuariels liés au sexe est très répandue dans la fourniture des services d'assurance au moment de l'adoption de la directive. Pour la Cour, le législateur de l'Union pouvait donc mettre en œuvre l'application de la règle des primes et des prestations unisexes, graduellement avec des périodes de transition appropriées. Néanmoins, le dispositif prévu par la directive autorise les États membres à faire usage de cette possibilité de déroger au principe général prévu par la directive sans limitation dans le temps. Et c'est ce point précisément qui est censuré par la Cour.

Ce faisant, la Cour écarte l'un des arguments avancés par le Conseil. Pour ce dernier, l'article 5 § 2 ne serait pas contraire au principe général de l'égalité de traitement car il ne viserait qu'à permettre que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale. Hommes et femmes ne seraient pas dans une situation identique au regard des assurances. La Cour rejette cet argument, porté par les compagnies d'assurance. Leur argumentation est présentée par G. Calvès dans son commentaire de la décision (« *La discrimination statistique devant la CJUE : première condamnation* », *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, p. 645). La différenciation sexuée, mise en œuvre par le secteur de l'assurance, ne heurterait pas le principe de non-discrimination en raison du sexe. En effet, le sexe n'est pas ici un critère discriminatoire, mais un simple facteur de segmentation « dont l'adoption ne doit rien à une quelconque animosité à l'égard des femmes ou des hommes. Il n'a pas pour effet de désavantager l'un ou l'autre groupe, la différence de traitement étant proportionnée à la différence entre leurs caractéristiques moyennes ». On retrouve ici la théorie de la discrimination statistique : « une caractéristique personnelle identifiable (appelons-la A) est corrélée, positive-

ment mais imparfaitement, à une autre caractéristique B, peut-être cachée. Nous préférierions discriminer entre les individus sur le fondement de la caractéristique B mais, pour des raisons de commodité, de coût administratif ou autre, nous utilisons A comme substitut ou indice de B, bien que la corrélation entre A et B ne soit pas parfaite. [...] Le critère du sexe permet ainsi, dans de nombreuses situations, de faire l'économie des coûts qu'entraînerait l'individualisation d'une décision relative aux capacités productives d'un individu ("en général, une femme est moins apte qu'un homme au port de charges"), à sa propension à commettre des délits ("en général, les crimes de sang sont commis par des hommes"), ou encore à son risque de mourir sur la route ("en général, les femmes sont plus prudentes au volant"). »

C'est ce raisonnement qui peut ainsi justifier la persistance de l'utilisation du sexe comme critère dans le calcul des primes et des prestations à des fins d'assurance (v. L. Mayaux, pour un commentaire très critique de l'arrêt, « *Coup de tonnerre : la CJUE prohibe toute discrimination fondée sur le sexe !* », *JCP* 2011, p. 465).

Ce raisonnement avait été rejeté explicitement par la proposition de directive : « Des études montrent que le sexe ne constitue pas le déterminant principal de l'espérance de vie. Il a été démontré que d'autres facteurs étaient plus importants, comme la situation de famille, les facteurs socio-économiques, le fait d'exercer une activité professionnelle ou d'être sans emploi, la région géographique, le tabagisme et les habitudes alimentaires. Le mode de vie peut être considéré comme un facteur multidimensionnel qui a une incidence nettement plus grande que le sexe sur l'espérance de vie des personnes. D'après des études réalisées en essayant de retirer de l'équation le mode de vie, la classe sociale et les facteurs environnementaux, la différence d'espérance de vie moyenne entre les hommes et les femmes se situe entre zéro et deux ans, ce qui mène à la conclusion que l'écart grandissant constaté dans l'espérance de vie de la population de certains États membres ne peut être attribué à des différences biologiques. Le sexe est, tout au mieux, un substitut pour d'autres indicateurs de l'espérance de vie. La conclusion que l'on peut tirer de telles études est

que la pratique des assureurs consistant à utiliser le sexe comme facteur déterminant dans l'évaluation du risque repose sur la facilité de cette méthode plutôt que sur la véritable valeur de ce facteur en tant que critère d'espérance de vie. » C'était également l'analyse de l'avocat général, Juliane Kokott, dans ses conclusions. Partant notamment du constat que le Conseil ne peut pas autoriser des États membres à permettre des différences fondées sur la race ou l'origine ethnique d'une personne, elle estime « qu'il est tout aussi incongru de définir les risques d'assurance en fonction du sexe d'une personne. Il n'existe aucun motif objectif d'admettre que l'interdiction de toute discrimination fondée sur le sexe assurerait en droit de l'Union une protection moindre que l'interdiction que ce même droit fait de toute discrimination fondée sur la race ou l'origine ethnique. En effet, à l'instar de la race et de l'origine ethnique, le sexe est lui aussi une caractéristique inséparable de la personne de l'assuré sur laquelle celui-ci n'a pas la moindre influence ». On peut encore citer la proposition de directive présentée par la Commission : « la séparation des hommes et des femmes dans des groupes différents conduit à une différence de traitement injustifiée qui a pour effet de défavoriser l'un ou l'autre sexe. Cette pratique doit être jugée discriminatoire ; en conséquence, il convient que le législateur prenne des mesures pour l'interdire. Une situation analogue se rencontrait fréquemment, à une époque, dans le domaine de l'emploi : dans le passé, il n'était pas inhabituel que des employeurs se disent réticents à employer des femmes en âge de procréer en raison du risque qu'elles soient absentes du travail pendant leurs congés de maternité, ce qui exposait les employeurs à des risques accrus et aux coûts résultant de telles absences. Si cette affirmation est vraie sur le plan statistique, elle est clairement inacceptable, du point de vue moral, en tant que justification d'une différence de traitement des femmes et des hommes sur le marché du travail ; le législateur a donc fait en sorte d'interdire un tel comportement. Le même argument est valable dans le domaine des assurances. »

La Cour de justice, dans l'arrêt Test-Achat va simplement considérer qu'hommes et femmes sont bien, au regard de l'assurance,

dans une situation comparable. Elle indique que « la comparabilité des situations doit être appréciée à la lumière de l'objet et du but de l'acte de l'Union qui institue la distinction en cause ». Or, il est constant que le but poursuivi par la directive dans le secteur de l'assurance est précisément de garantir l'égalité de traitement. Ainsi, selon la Cour, « la directive 2004/113 est fondée sur la prémisse selon laquelle, aux fins de l'application du principe d'égalité de traitement des femmes et des hommes consacré aux articles 21 et 23 de la charte, les situations respectives des femmes et des hommes à l'égard des primes et des prestations d'assurances contractées par eux sont comparables ».

Si une dérogation pouvait être permise, eu égard aux spécificités du secteur de l'assurance, elle devait donc être limitée dans le temps. C'est tout le problème de l'article 5 § 2 : « une telle disposition qui permet aux États membres concernés de maintenir sans limitation dans le temps une dérogation à la règle des primes et des prestations unisexes, est contraire à la réalisation de l'objectif d'égalité de traitement entre les femmes et les hommes que poursuit la directive 2004/113 et incompatible avec les articles 21 et 23 de la charte. »

La Cour admet ainsi une possibilité de dérogation, dès lors qu'elle serait limitée dans le temps. Ce n'était pas le cas de l'avocat général qui, après une analyse détaillée des primes d'assurance, concluait qu'il était incompatible avec le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes d'appliquer des facteurs actuariels fondés sur le sexe.

► Une application différée de l'invalidation de l'article 5 § 2

L'invalidation de l'article 5 § 2 pouvait avoir des conséquences particulièrement dévastatrices pour beaucoup de contrats d'assurance. Il semble, en effet, que la quasi-totalité des États membres ont eu recours à l'article 5 § 2. La Cour va donc laisser un délai d'adaptation et elle déclare la clause de la directive invalide avec effet au 21 décembre 2012. Si la Cour ne motive pas particulièrement le choix de cette date, celle-ci n'est pas le fruit du hasard. Les États avaient la faculté de décider, avant ●●●

●●● le 21 décembre 2007, d'autoriser des différences proportionnelles pour les assurés lorsque le sexe est un facteur déterminant dans l'évaluation des risques, sur la base des données actuarielles et des statistiques pertinentes et précises. Cette faculté devait être réexaminée cinq ans après la date du 21 décembre 2007, soit le 21 décembre 2012.

► Les conséquences en France

Nul doute que l'arrêt Test-Achats est susceptible d'avoir des conséquences importantes. La France, comme la plupart des États membres, a fait usage de la faculté de dérogation prévue à l'article 5 § 2. Si le premier alinéa de l'article L. 111-7 du Code des assurances reconnaît le principe de l'égalité de traitement en matière de prime, le 3^e alinéa permet l'adoption d'arrêtés autorisant 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 ». L'arrêté a été adopté dès le 19 décembre 2007 et il permet l'usage de données relatives au sexe pour la fixation des primes d'assurance dans un grand nombre de produits : responsabilité civile des véhicules,

assurance vie-décès, assurances liées à des fonds d'investissement, etc. (v. E. Grass, précit.). À compter du 21 décembre 2012, les contrats devront se fonder sur des primes unisexes. À moins, ce qui n'est pas exclu, qu'une initiative européenne soit prise dont l'objet serait strictement limitée à la transposition de l'arrêt Test-Achats. Certes, le délai est court et l'unanimité serait nécessaire, mais une telle intervention, qui rencontrerait l'adhésion des États membres, n'est pas inconcevable.

À défaut les compagnies d'assurance ont un an pour mettre en place des dispositifs d'assurance unisexes. La Commission a publié des lignes directrices afin de guider les États membres qui doivent transposer la solution de l'arrêt Test-Achat (C (2011) 9497, 22 déc. 2011). Se fondant sur une interprétation littérale de la directive, la Commission propose une limitation des effets de l'arrêt Test-Achat qui ne s'appliquerait qu'aux contrats conclus à partir du 21 décembre 2012. Pour les autres contrats, il faudrait donc admettre une survie de la dérogation. Il est loin d'être certain que la Cour de justice adopte la même interprétation que la Commission et l'on pourrait tout aussi bien admettre que pour les contrats conclus avant cette date, et pour un risque réalisé, les primes doivent au contraire être revues (v. L. Mayaux,

Discrimination : établir la preuve

Un arrêt du 21 juillet 2011 (aff. C-104/10, Kelly) montre les difficultés de preuve des dossiers de discrimination. On sait que le droit de l'Union européenne est à l'origine d'un mécanisme de preuve original : lorsqu'une personne s'estime victime d'une discrimination, il lui revient d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte. Il incombe ensuite à l'auteur présumé de la discrimination de prouver qu'il n'y a pas eu de discrimination. En l'espèce, M. Kelly, professeur dans une université irlandaise, prétendait avoir été victime d'une discrimination fondée sur le sexe dans l'accès à une formation. Pour établir la discrimination, il demandait la communication des copies des documents relatifs aux autres candidats : formulaires d'inscription et « feuilles de score ». La question préjudicielle porte sur l'accès à cette information : La directive 97/80 relative à la charge de la preuve (aujourd'hui incluse dans la directive refonte 2006/54/CE du 5 juillet 2006) inclut-elle le droit pour un candidat à une formation professionnelle d'accéder à des informations détenues par l'organisateur de cette formation concernant les qualifications des autres candidats afin d'établir des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte ? La Cour parvient à une solution équilibrée. La directive ne contient aucun élément sur un droit spécifique à la communication de certains documents. L'accès à ces informations n'est donc pas garanti par la directive. Néanmoins, la Cour considère « qu'il ne saurait être exclu qu'un refus d'information de la part d'une partie défenderesse, dans le cadre de l'établissement de tels faits, puisse risquer de compromettre la réalisation de l'objectif poursuivi par ladite directive [...]. Il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier si tel est le cas dans l'affaire au principal ». Les droits nationaux et les juridictions nationales doivent donc veiller à ce qu'un refus de communication d'informations ne compromette pas l'effet utile de la directive.

précit.). La question de l'application dans le temps de la règle posée par l'arrêt Test-Achat reste donc ouverte.

L'arrêt de la Cour a eu les honneurs de la presse généraliste et il a été, la plupart du temps, critiqué comme entraînant nécessairement un renchérissement du coût des assurances pour les particuliers (pourtant, logiquement, il devrait

également entraîner une diminution de ce coût pour les catégories qui étaient discriminées, entraînant au total un rééquilibrage du coût de l'assurance). Il mérite mieux qu'une appréciation purement économique discutable de ses conséquences tant les questions qu'il soulève au regard du principe d'égalité entre les femmes et les hommes méritent d'être discutées. ■