

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

**LE PRINCIPE DU TRAITEMENT
ÉGAL DES SEXES : SES
INCIDENCES EN ASSURANCE DE
PERSONNES**

par
Jean-Marc BINON

Doc. 96/10

Texte présenté à la Conférence AJA-ULB du
21 novembre 1995 à Bruxelles

Le principe du traitement égal des sexes : ses incidences en assurance de personnes*

Introduction

1. L'égalité de traitement des femmes et des hommes dans le domaine de l'activité professionnelle est l'illustration - sans doute l'une des plus actuelles et importantes - d'une préoccupation beaucoup plus large, visant à promouvoir l'égalité des chances et des conditions des citoyens en Europe.

Longtemps resté en marge du droit européen, le principe du traitement égal des sexes dans les régimes professionnels de sécurité sociale (dont les assurances de personnes) a connu ces dernières années, sous l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, de telles avancées qu'il est devenu une composante fondamentale de la dimension sociale inhérente à la protection et à la prévoyance complémentaires.

Les praticiens de l'assurance de personnes (et de l'assurance vie en particulier) ont tous en mémoire les récents arrêts *Barber, Ten Oever, Moroni, Coloroll*, ainsi que la directive du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement hommes/femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale¹; il s'agit de la partie visible d'un iceberg composé de l'article 119 du Traité de Rome, d'une quarantaine d'arrêts de la Cour de Justice des Communautés Européennes, d'une petite dizaine d'actes législatifs européens (directives, propositions de directive, résolution du Conseil...), sans oublier le droit et la jurisprudence belges...²

1. L'article 119 du Traité de Rome : le fondement du principe du traitement égal des sexes

a) L'article 119 du Traité a un effet direct

2. L'article 119 du Traité de Rome impose aux Etats membres d'assurer l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et féminins pour un même travail : "A travail égal, salaire égal".

La disposition étant rédigée de manière inconditionnelle et suffisamment précise, la Cour de Justice (arrêt *Defrenne II* du 8 avril 1976³) lui a reconnu un effet direct à l'égard de toute discrimination susceptible d'être décelée au départ d'une analyse purement juridique des circonstances de l'espèce. Autrement dit, l'article 119 peut être invoqué directement (sans que des mesures de droit européen dérivé ou de droit national

* Texte présenté à la Conférence AJA-ULB du 21 novembre 1995 à Bruxelles.

1 J.O.C.E., n° L. 225/40 du 12 août 1986.

2 Pour un examen approfondi de la problématique, voy. notre étude "L'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale : la "valse-hésitation" du droit européen", à paraître en 1996 dans les *Cahiers de droit européen*; voy. également le *CEA Info Veille Européenne* n° 46 de septembre/octobre 1995 consacré à l'égalité de traitement hommes/femmes dans les régimes professionnels de retraite (disponible en français, anglais et allemand).

3 Affaire 43/75, *Recueil de la Cour* (par la suite *Recueil*), 1976, pp. 455 et s.

soient nécessaires) devant un juge national par un travailleur ou ses ayants droit qui entendraient dénoncer :

- une discrimination directe (c'est-à-dire une discrimination faisant explicitement référence au sexe) ou
- une discrimination indirecte (c'est-à-dire une discrimination qui, sans se fonder ouvertement sur le critère du sexe, produit ses effets essentiellement, voire exclusivement, à l'égard des travailleurs d'un des deux sexes).

b) La rémunération au sens de l'article 119 englobe les avantages versés par les régimes professionnels de sécurité sociale

3. L'article 119 vise à garantir l'égalité des travailleurs dans le domaine de la rémunération, qu'il faut entendre, d'après l'alinéa 2, comme "le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier".

La Cour de Justice est venue confirmer ce que laissait transparaître la formulation très large de l'article 119 : en matière d'égalité des sexes, la "rémunération" englobe les avantages versés par les régimes complémentaires (professionnels) de sécurité sociale (dans le jargon, le "deuxième pilier")⁴, à l'exclusion des régimes légaux de sécurité sociale - qui, estime la Cour, "sont moins fonction de la relation d'emploi que de considérations de politique sociale"⁵ - et des formes d'assurance relevant de l'initiative individuelle (le "troisième pilier") - dans lesquelles l'employeur n'intervient d'aucune façon -. En définitive, le critère déterminant pour l'applicabilité de l'article 119 est l'existence d'une relation d'emploi entre l'employeur et le travailleur; *a contrario*, l'article 119 ne s'applique pas aux régimes professionnels de sécurité sociale pour les travailleurs indépendants, pour lesquels la mise en oeuvre du principe du traitement égal des sexes n'a pu se faire que par la voie d'une directive, celle du 24 juillet 1986⁶.

4. Tout régime professionnel de sécurité sociale pour travailleurs salariés (du secteur privé ou public) relève du champ d'application de l'article 119 :

- quel que soit le mode de financement : financement exclusif par l'employeur (régime dit "non contributif") ou financement conjoint par l'employeur et les travailleurs (régime dit "contributif")⁷;
- quel que soit le véhicule de financement et/ou de gestion : en Belgique, assurance groupe/collective⁸ ou fonds de pension⁹;

⁴ Voy. notamment les arrêts *Bilka* du 13 mai 1986 (affaire 170/84, *Recueil*, 1986, pp. 1607 et s.), *Barber* du 17 mai 1990 (affaire 262/88, *Recueil*, 1990, pp. 1889 et s.), *Ten Oever* du 6 octobre 1993 (affaire 109/93, *Recueil*, 1993, pp. 4879 et s.) et *Beune* du 28 septembre 1994 (affaire 7/93, *Recueil*, 1994, pp. 4471 et s.).

⁵ Arrêt *Defrenne I* du 25 mai 1971, affaire 80/70, *Recueil*, 1971, pp. 445 et s.

⁶ Directive précitée ci-dessus, n° 1; voy. également *infra*, n° 25 à 27.

⁷ Arrêts *Bilka* (précité note 4), *Kowalska* du 27 juin 1990 (affaire 33/89, *Recueil*, 1990, pp. 2591 et s.) et *Coloroll* du 28 septembre 1994 (affaire 200/91, *Recueil*, 1994, pp. 4389 et s.).

⁸ Arrêt *Moroni* du 14 décembre 1993, affaire 110/91, *Recueil*, 1993, pp. 6591 et s.

⁹ Voy. notamment les arrêts *Barber* (précité note 4), *Vroege* du 28 septembre 1994 (affaire 57/93, *Recueil*, 1994, pp. 4583 et s.) et *Fisscher* de la même date (affaire 128/93, *Recueil*, 1994, pp. 4541 et s.).

- quels que soient les risques couverts : retraite (y compris la retraite anticipée) ¹⁰; décès prématuré ¹¹; invalidité ¹²; chômage ¹³; maladie et accident ¹⁴.

En assurance groupe, le principe du traitement égal des sexes s'applique aussi bien aux contrats "A" (financés par les allocations patronales) qu'aux contrats "C" (financés par les cotisations personnelles du travailleur); en revanche, l'article 119 ne vise pas les contrats "P" (contrats personnels financés par des versements additionnels effectués par le travailleur à titre volontaire afin de s'assurer un complément de prestations par rapport à celles qui découleront des contrats "A" et "C") : dans ce cas, estime la Cour ¹⁵, le régime d'assurance groupe se limite à mettre à la disposition des affiliés le cadre de gestion nécessaire pour ces versements et prestations (sur)complémentaires, sans que l'on puisse considérer qu'ils trouvent directement leur source dans la relation d'emploi qui lie le travailleur à l'employeur.

5. Les contrats d'assurance "dirigeant d'entreprise", souscrits sur la tête et/ou au bénéfice d'une seule personne, ne sont, au départ, pas visés par l'article 119, l'appréciation d'une discrimination supposant que l'on puisse comparer de manière concrète le traitement réservé aux travailleurs des deux sexes dans des circonstances de fait et de droit identiques. La Cour a jugé que le travailleur d'un sexe déterminé ne pouvait pas se prévaloir de l'article 119 en invoquant la situation "hypothétique" (fictive) qui eût été la sienne s'il avait appartenu au sexe opposé ¹⁶.

La comparaison sera cependant possible si deux contrats d'assurance "dirigeant d'entreprise" distincts ont été souscrits, l'un pour un cadre féminin, l'autre pour un cadre masculin; dans ce cas, il est permis de vérifier si les différences de traitement sont justifiables au regard de l'article 119 du Traité.

c) L'article 119 a un effet direct erga omnes

6. L'effet direct de l'article 119 peut être invoqué par un travailleur, non seulement à l'égard des autorités publiques ("effet direct vertical"), mais aussi vis-à-vis des personnes privées ("effet direct horizontal") ¹⁷. Les travailleurs victimes d'une discrimination sexiste directe ou indirecte sont autorisés à s'en prévaloir à l'égard de l'employeur, ainsi qu'à l'encontre des "administrateurs du régime expressément chargés d'exécuter les obligations de l'employeur" ¹⁸ (fonds de pension, assureurs...).

¹⁰ Voy. notamment les arrêts *Bilka* et *Barber* (précités note 4).

¹¹ Voy. notamment l'arrêt *Ten Oever* (précité note 4).

¹² Voy. notamment l'arrêt *Vroege* (précité note 9).

¹³ Voy. notamment les arrêts *Kowalska* (précité note 7) et *Commission c. Belgique* du 17 février 1993 (affaire 173/91, *Recueil*, 1993, pp. 673 et s.).

¹⁴ A notre connaissance, la Cour n'a jamais été appelée à se prononcer sur l'applicabilité de l'article 119 à des régimes professionnels prévoyant des prestations en cas de maladie ou d'accident; on ne voit pas, cependant, ce qui pourrait la conduire à exclure ces régimes du champ de l'article 119.

¹⁵ Arrêt *Coloroll* précité note 7.

¹⁶ Arrêt *Coloroll* précité note 7; voy. également, sur cette jurisprudence clairement établie dans d'autres domaines que les régimes professionnels de sécurité sociale, l'arrêt *Macarthy* du 27 mars 1980 (affaire 129/79, *Recueil*, 1980, pp. 1275 et s.).

¹⁷ Voy. notamment l'arrêt *Defrenne II* (précité note 3), confirmé à de nombreuses reprises.

¹⁸ Arrêts *Coloroll* (précité note 7) et *Fisscher* (précité note 9).

En droit belge, l'article 15, alinéa 2 de la loi du 6 avril 1995 relative aux régimes de pensions complémentaires¹⁹ prévoit des sanctions pénales à l'encontre des "organismes de pension" (à savoir, pour l'essentiel, les fonds de pension et les assureurs groupe) et des employeurs qui ne se conforment pas aux obligations qui leur sont imposées par la loi, dont celle (prévue aux articles 5 et 8²⁰) d'éliminer toute discrimination fondée, directement ou indirectement, sur le sexe du travailleur.

d) Quelles discriminations sont interdites par l'article 119 dans les assurances de personnes ?

1. Les discriminations directes

a. Les discriminations directes dans le droit d'affiliation

7. L'affiliation à une assurance groupe ou collective peut-elle être limitée aux travailleurs d'un des deux sexes ?

La Cour²¹ a jugé ce type de discrimination (assurément la plus radicale) contraire à l'article 119 du Traité et ce, depuis le 8 avril 1976 (date de l'arrêt *Defrenne II*, dans lequel la Cour a explicitement consacré l'effet direct de l'article 119²²); le travailleur exclu peut prétendre à l'affiliation rétroactive au régime dans les mêmes conditions que les travailleurs du sexe opposé, pour autant que :

- il paie les cotisations afférentes à la période d'affiliation concernée, lorsque le régime est contributif;
- le droit d'action ne soit pas prescrit en vertu des règles nationales relatives aux délais de recours en droit interne : en Belgique, l'article 146 de la loi du 4 août 1978 de réorientation économique²³ stipule que les actions civiles en matière d'égalité de traitement hommes/femmes (en ce compris l'égalité de rémunération) sont prescrites cinq ans après le fait qui a donné naissance à l'action, sans que ce délai puisse, en ce qui concerne les travailleurs, excéder un an après la fin de la relation de travail.

8. En Belgique, il semble que ce genre de discrimination soit devenu très rare. Cela étant, la suppression des discriminations éventuelles aurait pu se heurter au fait que l'article 5 de l'arrêté royal du 24 décembre 1993 dit "de modération salariale"²⁴ interdit aux employeurs, jusque fin 1996, d'étendre le bénéfice de régimes de retraites complémentaires à de nouvelles catégories de travailleurs. Le Gouvernement a toutefois reconnu, sans autre précision, la légalité des mesures d'adaptation des plans de pension complémentaire à la jurisprudence européenne sur l'égalité de traitement hommes/femmes²⁵.

¹⁹ *Moniteur Belge*, 29 avril 1995.

²⁰ *Voy. infra*, n° 28-29.

²¹ Arrêts *Vroege* et *Fisscher* (précités note 9).

²² *Voy. supra*, n° 2.

²³ *Moniteur Belge*, 17 août 1978.

²⁴ *Moniteur Belge*, 31 décembre 1993.

²⁵ "Les effets pervers de la modération salariale sur le deuxième pilier : le gouvernement tranche et clôt provisoirement le débat", *Assurinfo*, n° 7 du 17 février 1994.

b. Les discriminations directes en matière d'âge de retraite complémentaire

9. Un régime d'assurance groupe peut-il fixer une condition d'âge différente selon le sexe pour l'octroi des prestations ?

Cette question a été largement médiatisée par l'arrêt *Barber* du 17 mai 1990²⁶, qui a jugé, en présence d'un régime de retraite complémentaire britannique (régime "*contracted out*"), que la fixation d'un âge de retraite différent selon le sexe (en l'occurrence 65 ans pour les hommes, 60 ans pour les femmes) était contraire à l'article 119 du Traité, même si cette différence était alignée sur celle faite dans le régime légal de sécurité sociale.

La jurisprudence *Barber* fut confirmée et étendue à tous les régimes de retraite complémentaire par l'arrêt *Moroni*²⁷.

10. Plusieurs conséquences découlent directement de l'obligation d'égaliser les âges de retraite dans les plans complémentaires; ainsi, il est notamment interdit :

- de fixer des âges de retraite complémentaire anticipée différents selon le sexe;
- de prévoir, comme base de calcul des cotisations et des prestations, des durées normales de carrière professionnelle différentes pour les femmes et pour les hommes (p. ex. 40 ans pour les femmes et 45 ans pour les hommes);
- de prévoir des coefficients d'abattement (en cas de départ anticipé) différents pour les femmes et pour les hommes;
- de prévoir que les coefficients d'abattement ne s'appliquent qu'aux travailleurs masculins;
- de prévoir des différences selon le sexe dans la fixation de l'âge à partir duquel les travailleurs qui prolongeraient leur activité professionnelle ont droit à des prestations supplémentaires de retraite professionnelle.

11. Consciente des répercussions graves que l'arrêt *Barber* pouvait avoir pour les régimes existants, et compte tenu de la confusion juridique qui prévalait jusque là (l'article 9, *littera a* de la directive du 24 juillet 1986²⁸ autorisait en effet les régimes professionnels de sécurité sociale à maintenir des distinctions en matière d'âge de retraite aussi longtemps que de telles distinctions subsisteraient dans les régimes légaux de sécurité sociale), la Cour a dérogé à la rétroactivité qui s'attache en principe à sa jurisprudence, en décidant que "l'effet direct de l'article 119 ne pouvait être invoqué que pour demander l'ouverture, avec effet à une date antérieure à celle de l'arrêt, d'un droit à pension, exception faite pour les travailleurs ou leurs ayants droits qui avaient, avant cette date, engagé une action en justice ou soulevé une réclamation équivalente selon le droit national applicable".

²⁶ *Précité note 4.*

²⁷ *Précité note 8.* Voy., pour une application récente en droit belge, le jugement rendu le 7 avril 1995 par le Tribunal du travail de Bruxelles (*J.T.T.*, 1995, p. 369 et le commentaire de E. LEFEVRE, "Les femmes et l'assurance groupe", *L'Echo*, 17 novembre 1995, p. 16), qui a fait droit à la demande d'une employée qui exigeait de son employeur qu'il poursuive le versement des allocations patronales relatives à son assurance groupe jusque 65 ans, comme pour ses collègues masculins.

²⁸ *Précitée note 1.*

La manière dont la Cour libella la limitation temporelle de la jurisprudence *Barber* suscita à l'époque un problème d'interprétation, aux enjeux techniques et financiers considérables : quel critère d'application retenir ? Fallait-il égaliser les âges de retraite complémentaire pour les seuls travailleurs adhérant à un régime professionnel après le 17 mai 1990 (critère de l'affiliation), pour les prestations dues au titre de périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990 (critère de la période d'emploi), pour toutes les prestations exigibles ou servies pour la première fois après le 17 mai 1990 sans distinguer entre celles afférentes aux périodes d'emploi antérieures ou postérieures à l'arrêt *Barber* (critère de l'exigibilité des prestations) ou pour toutes les prestations servies après le 17 mai, y compris celles relatives à des pensions dont la date d'ouverture était antérieure au 17 mai 1990 (problème des rentes en cours) ?

Lors du Sommet Européen de Maastricht de décembre 1991, les chefs d'Etat et de gouvernement - soumis à une intense pression des secteurs de l'assurance et des fonds de pension - adoptèrent un Protocole sur l'article 119 (Protocole n° 2) qui fit droit à la seconde interprétation : "Aux fins de l'application de l'article 119, des prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs et les ayants droits qui ont, avant cette date, engagé une action en justice ou introduit une réclamation équivalente selon le droit national applicable."

Ce choix politique fut "confirmé" par la Cour de Justice dans ses arrêts *Moroni*²⁹, *Neath*³⁰ et *Coloroll*³¹.

12. Une fois clarifiée l'interprétation de la limitation temporelle de la jurisprudence *Barber*, encore fallait-il préciser les modalités d'adaptation des régimes professionnels à l'obligation d'égaliser les âges de retraite des femmes et des hommes. En d'autres termes, faut-il égaliser par le haut ou par le bas ?

Sans entrer dans les détails techniques de ce que l'on appelle dans le jargon la "barbérisation" des plans de retraite complémentaire, il convient de souligner qu'en ce qui concerne les périodes de service futures (c'est-à-dire postérieures à l'entrée en vigueur des mesures d'adaptation du régime à la jurisprudence *Barber*), l'arrêt *Coloroll*³² laisse le choix aux employeurs et aux régimes professionnels : ceux-ci peuvent, soit relever l'âge de la retraite des femmes au niveau de celui des hommes, soit abaisser l'âge de la retraite des hommes au niveau de celui des femmes, soit fixer un âge de retraite intermédiaire.

13. Comme pour les discriminations directes en matière de droit d'affiliation, l'arrêt royal de modération salariale³³ ne fait pas obstacle à l'adaptation des plans de pension complémentaire à la jurisprudence *Barber* et à l'augmentation des avantages sociaux complémentaires qui pourrait en résulter pour certaines catégories de travailleurs.

29 Précité note 8.

30 Arrêt *Neath* du 22 décembre 1993, affaire 152/91, *Recueil*, 1993, pp. 6953 et s.

31 Précité note 7.

32 Précité note 7.

33 Précité note 24.

c. Les discriminations directes dans la fixation de l'âge limite pour le versement de prestations complémentaires de sécurité sociale

14. Un régime professionnel de sécurité sociale peut-il faire une distinction entre femmes et hommes dans l'âge (limite) fixé pour le versement de prestations complémentaires (p. ex. prestations complémentaires en cas de chômage, maladie, accident ou invalidité) ? L'âge intervient ici, non plus comme une condition d'accès, mais comme une condition de durée ou de maintien du droit à des prestations complémentaires.

Dans le domaine des prestations complémentaires de chômage, la Cour de Justice (arrêt *Commission européenne c. Belgique* du 17 février 1993 ³⁴) a jugé contraire à l'article 119 la clause d'une convention collective de travail ayant pour effet de limiter l'octroi d'allocations complémentaires de chômage à 60 ans pour les femmes et à 65 ans pour les hommes, bien que cette différence fût calquée sur celle faite pour les allocations de chômage de la sécurité sociale.

15. Bien que la Cour ne se soit jamais explicitement prononcée à ce sujet, il semble qu'il faille également ranger dans les discriminations directes interdites par l'article 119 les clauses des régimes professionnels de sécurité sociale qui font référence à des âges différents pour limiter dans le temps le bénéfice de prestations de prévoyance complémentaire (ainsi, par exemple, les clauses prévoyant que le versement de prestations complémentaires en cas de maladie, hospitalisation ou invalidité prendra fin à l'âge de la retraite (légale) de l'affilié, cet âge étant différent pour les femmes et pour les hommes) ³⁵.

d. Les discriminations directes en matière de droit à des prestations complémentaires de survie

16. Un régime professionnel de sécurité sociale peut-il ou non prévoir de n'accorder des prestations en cas de décès (prestations de survie) qu'aux veuves ? Peut-il prévoir des clauses de réversibilité des prestations de retraite uniquement au profit des épouses ?

L'arrêt *Ten Oever* du 6 octobre 1993 ³⁶ a jugé que non : les prestations de survie, bien qu'elles ne soient pas payées au travailleur lui-même, entrent dans la notion de rémunération au sens de l'article 119, étant donné qu'elles trouvent leur fondement dans la relation de travail qui unissait l'employeur au travailleur décédé. Par conséquent, un veuf a droit, au même titre qu'une veuve, à une pension de survie si son conjoint décède en cours d'activité professionnelle. De même, si le régime professionnel de retraite prévoit une clause de réversibilité au profit du conjoint survivant du travailleur retraité, cet avantage doit être reconnu dans les mêmes conditions aux femmes et aux hommes.

17. Estimant que son arrêt pouvait avoir des répercussions financières importantes, et compte tenu de la confusion juridique découlant de la directive du 24 juillet 1986 ³⁷ (dont l'article 9, *littera* b autorisait les régimes à maintenir des discriminations sexistes en ce domaine aussi longtemps que de telles distinctions subsisteraient dans les régimes légaux

³⁴ Précité note 13.

³⁵ En ce sens, P. LAIGRE, "Une nouvelle étape dans l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes : l'arrêt Barber", *L'Argus*, 5 octobre 1990, p. 2552.

³⁶ Précité note 4.

³⁷ Précitée note 1.

de sécurité sociale), la Cour dérogea une nouvelle fois à la rétroactivité de sa jurisprudence. Assez curieusement, elle le fit en se référant à la date, non pas du 6 octobre 1993 (date de l'arrêt *Ten Oever*, qui a déclaré l'article 119 applicable aux prestations de survie), mais du 17 mai 1990 (date de l'arrêt *Barber*).

La cause de cette "entorse" juridique est vite trouvée : en adoptant une autre date que le 17 mai 1990, la Cour risquait, à son tour, de créer une confusion juridique dès l'entrée en vigueur du Protocole de Maastricht - le 1er novembre 1993, soit moins d'un mois après l'arrêt *Ten Oever* -, dans lequel les Etats ont convenu d'inscrire en lettres d'or la date du 17 mai 1990 pour limiter dans le temps l'application de l'article 119 aux "prestations dues en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale".

18. En Belgique, les régimes professionnels qui contenaient des discriminations en matière de pensions de survivants ont dû être adaptés à la jurisprudence *Ten Oever*, et ce nonobstant les mesures de modération salariale³⁸.

e. Les discriminations directes dans la fixation des niveaux de cotisations et de prestations complémentaires de sécurité sociale - la problématique de la prise en compte d'éléments de calcul actuariel reposant sur les espérances de vie distinctes des femmes et des hommes

19. Un régime professionnel de sécurité sociale peut-il ou non prévoir des niveaux et/ou règles de calcul des cotisations et des prestations basés sur des hypothèses actuarielles intégrant les espérances de vie distinctes des femmes et des hommes ?

Il s'agit de la question la plus difficile de la problématique sur le plan technique, mais aussi la plus délicate, parce qu'elle oppose deux types de considérations fondamentales :

- une considération d'ordre social : une femme et un homme doivent être "neutres" en terme de charge financière de la retraite complémentaire, sous peine de pénaliser, à l'embauche, la catégorie la plus onéreuse et de constituer une discrimination au terme de l'article 119;
- une considération relevant de la technique de l'assurance : une femme et un homme présentent des "profils" de risques différents en terme d'assurance retraite et décès : les données statistiques attestent que l'espérance de vie des femmes est plus longue de quelques années par rapport à celle des hommes. Il y a donc place pour un créneau de segmentation : couvertures retraite moins chères pour les hommes; couvertures décès moins chères pour les femmes.

20. Dans les arrêts *Neath*³⁹ et *Coloroll*⁴⁰, la Cour a jugé, en présence d'un régime en prestations définies ("but à atteindre"), que le niveau⁴¹ des cotisations des travailleurs devait être identique pour les femmes et pour les hommes, les cotisations personnelles faisant partie intégrante de la rémunération⁴².

38 *Précitées note 24.*

39 *Précité note 30.*

40 *Précité note 7*

41 Seul le niveau est visé par le principe d'égalité de traitement, à l'exclusion du montant réel (qui dépend d'autres facteurs propres au travailleur, à commencer par le montant de sa rémunération). Cette remarque vaut aussi bien pour les cotisations que pour les prestations.

42 Confirmation de l'arrêt *Worringham* du 11 mars 1981 (affaire 69/80), *Recueil*, 1981, pp. 767 et s.

Le niveau des rentes périodiques de retraite doit également être égal pour les travailleurs des deux sexes : dans un régime en but à atteindre exprimé en rentes, le versement d'une pension périodique jusqu'à la fin de la vie du travailleur retraité constitue, pour la Cour, l'objet de l'engagement de l'employeur à l'égard de ses travailleurs et doit donc être soumis au principe de l'article 119.

En revanche, le niveau des allocations patronales destinées à compléter l'assiette financière indispensable pour couvrir le coût des pensions promises peut être différent en fonction du sexe de l'affilié, pour tenir compte du fait qu'en raison de leur espérance de vie plus longue que les hommes, les femmes (retraitées) sont en principe appelées à se faire verser des rentes périodiques pendant quelques années supplémentaires⁴³.

Si le régime en "but à atteindre" exprimé en rentes prévoit la possibilité pour l'affilié de demander la conversion de tout ou partie de ces rentes en un capital unique à verser à son départ à la retraite, le niveau de ce capital unique peut également être plus élevé pour les femmes que pour les hommes, pour intégrer l'espérance de vie plus longue des premières par rapport aux seconds.

21. Les arrêts *Neath* et *Coloroll* apportent des éléments de réponse fondamentaux à la question de la légitimité, au regard de l'article 119, de l'usage de facteurs actuariels distincts selon le sexe dans les régimes de retraite complémentaire; ils laissent toutefois subsister de nombreuses questions.

Ainsi, dans les domaines où la Cour impose l'égalité (niveau des cotisations personnelles et des rentes périodiques de pension), à partir de quand celle-ci doit-elle être réalisée ? En matière de cotisations des travailleurs, l'article 9, *littera c* de la directive du 24 juillet 1986⁴⁴ autorisait les régimes à utiliser des éléments de calcul actuariel distincts jusqu'au 30 juillet 1999, mais l'on s'accorde à penser que cette dérogation transitoire a été invalidée par la jurisprudence *Neath* et *Coloroll*⁴⁵. Face à cette insécurité juridique, il paraît préférable de se référer au Protocole de Maastricht, qui impose l'égalité pour les prestations afférentes aux périodes d'emploi postérieures au 17 mai 1990⁴⁶.

L'incertitude demeure si le régime en but à atteindre a prévu le versement, non pas de rentes périodiques, mais d'un capital unique. L'égalité doit-elle porter sur le niveau du capital unique (objet de l'engagement de l'employeur) ou faut-il considérer, comme dans les plans en but à atteindre exprimé en rentes, que le niveau du capital unique peut être plus élevé pour les femmes que pour les hommes, celui-ci devant permettre aux femmes de disposer de ressources financières pendant quelques années de plus que les hommes ?

22. Enfin - et surtout -, il subsiste de nombreuses interrogations à propos des plans en cotisations définies. Selon l'interprétation la plus communément répandue (notamment

43 On soulignera que dans ces deux arrêts, la Cour n'a pas complètement suivi les conclusions de l'avocat général VAN GERVEN; un élément - parmi d'autres - qui peut porter à croire que le dernier mot n'a peut-être pas été dit sur cette question.

44 *Précitée note 1.*

45 Dans la proposition de directive qu'elle vient de présenter le 19 juin 1995 pour mettre la directive du 24 juillet 1986 en conformité avec les récents arrêts de la Cour (dans le jargon, la proposition de directive "*post-Barber*"), la Commission européenne prévoit que ce régime transitoire (tout comme ceux qui étaient prévus pour la fixation des âges de retraite complémentaire et l'octroi des prestations de survie - voy. *supra*, n° 11 et 17) ne s'applique plus aux régimes professionnels des travailleurs salariés.

46 Cette solution a été retenue par le législateur belge (voy. *infra*, n° 28).

au Royaume-Uni, où les plans en cotisations définies sont très fréquents)⁴⁷, les arrêts *Neath* et *Coloroll* ont considéré que l'égalité de traitement devait être réalisée au niveau de l'engagement pris par l'employeur à l'égard de ses travailleurs. Dans un régime en cotisations définies, l'engagement porte sur le versement d'un niveau déterminé de cotisations, qui, au terme d'une capitalisation étalée sur la durée de la carrière professionnelle du travailleur, constitueront un niveau de capital dont le montant n'est pas déterminé à l'avance. Par conséquent, dans ce type de régime, le niveau des allocations patronales devrait être identique pour tous les affiliés (quel que soit leur sexe), à moins que l'employeur souhaite égaliser ou rapprocher le montant des prestations (arrêt *Birds Eye Walls* du 9 novembre 1993⁴⁸).

Les niveaux de cotisations des travailleurs, éléments de leur rémunération, devraient bien entendu être égaux (arrêts *Worringham*, *Neath* et *Coloroll*).

Les prestations versées à l'échéance sous la forme d'un capital unique devraient être aussi égales, puisqu'elles sont le produit de la capitalisation de cotisations de même niveau; en revanche, les prestations versées sous la forme de rentes périodiques devraient en principe - à moins que l'employeur ait souhaité fixer des niveaux d'allocations patronales distincts, précisément dans le but de rapprocher ou d'égaliser les prestations finales - être d'un niveau inférieur pour les femmes, puisque celles-ci sont appelées, compte tenu de leur plus grande longévité, à se faire verser, au départ d'un niveau de capital analogue à celui de leurs homologues masculins, un nombre plus élevé de rentes périodiques.

2. Les discriminations indirectes

23. L'article 119 trouve également à s'appliquer à l'égard des discriminations indirectes, dont un exemple - sans conteste le plus flagrant - retient l'attention dans la jurisprudence européenne : les discriminations à l'égard des travailleurs à temps partiel.

Dans l'arrêt *Bilka* du 13 mai 1986⁴⁹, la Cour a jugé que la disposition d'un régime professionnel de sécurité sociale qui refusait le droit d'affiliation aux employés à temps partiel devait être jugée contraire à l'article 119 dès lors que cette mesure avait pour effet de frapper "un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes" (élément qui relève de l'appréciation du juge national), à moins que l'employeur puisse la justifier par "des facteurs objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe"; en d'autres termes, il appartient à l'employeur d'établir que la mesure d'exclusion "répond à un véritable besoin de l'entreprise, est apte à atteindre l'objectif recherché et est nécessaire à cet effet".

L'appréciation des considérations objectives susceptibles de justifier la discrimination indirecte en question relève du pouvoir souverain du juge du fond. La Cour estime cependant qu'il faut adopter, en ce domaine, une interprétation restrictive, dans la mesure où il s'agit de justifier une exception à un principe fondamental du droit communautaire.

La jurisprudence *Bilka* a été confirmée à plusieurs reprises, notamment par les arrêts *Kowalska*⁵⁰ et *Vroege*⁵¹.

47 Voy. notamment J. SOUTHERN, "Unanswered questions in E.C. Law", Séminaire organisé le 29 novembre 1994 par *Nicholson Graham & Jones* sur le thème *Pensions Law in the wake of Coloroll*, 10 pages.

48 Affaire 132/92, *Recueil*, 1993, pp. 5579 et s.

49 *Précité note 4*.

50 *Précité note 7*.

24. Le principe du traitement égal des travailleurs à temps plein et à temps partiel peut être invoqué avec effet rétroactif à partir du 8 avril 1976 (date de l'arrêt *Defrenne II*⁵²), sous réserve des limitations liées à la prescription des actions en justice en droit social, et pour autant que, dans les régimes contributifs, le travailleur paie les cotisations afférentes à la période d'affiliation concernée. La Cour a en effet jugé, dans l'arrêt *Vroege*, que la limitation temporelle inscrite dans le Protocole de Maastricht (17 mai 1990) ne visait que les discriminations qui, en raison de la confusion générée par la directive du 24 juillet 1986, pouvaient raisonnablement être considérées comme tolérées, ce qui n'était pas le cas dans le domaine des discriminations indirectes; de plus, a ajouté la Cour, le Protocole de Maastricht vise les "prestations des régimes professionnels", aspect qui doit être soigneusement distingué de la question du droit d'affiliation à un régime.

2. La directive du 24 juillet 1986 : quel est (encore) son intérêt pour les assurances collectives de personnes ?

25. Le principe de l'égalité de traitement femmes/hommes dans les régimes complémentaires de sécurité sociale repose essentiellement sur l'article 119, dont les contours ont été progressivement précisés par la jurisprudence de la Cour; les arrêts interprétatifs de la Cour ne sont cependant pas la seule source de droit communautaire en la matière. Dans les développements qui précèdent, il a été fait allusion, à plusieurs reprises, à la directive du 24 juillet 1986 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale, tantôt pour souligner que certaines de ses dispositions (plus précisément celles qui toléraient des dérogations au traitement égal des sexes) avaient été invalidées par la jurisprudence européenne - ce qui a d'ailleurs conduit la Commission européenne à proposer une nouvelle version aménagée à la lumière des enseignements des arrêts récents de la Cour⁵³ -, tantôt pour constater que la confusion juridique qu'elle avait pu susciter dans les esprits avait conduit la Cour à déroger, dans certains cas, à l'effet rétroactif qui caractérise sa jurisprudence.

En réalité, la directive du 24 juillet 1986 a, au fil des arrêts de la Cour, perdu une bonne part de son intérêt pour les régimes des travailleurs salariés; sa raison d'être majeure, à l'heure actuelle, réside dans la mise en oeuvre du principe du traitement égal des sexes dans les régimes professionnels de sécurité sociale des travailleurs indépendants, auxquels - à défaut de relation d'emploi - l'article 119 ne s'applique pas.

26. Bien que partiellement vidée de sa substance par les récents arrêts de la Cour, la directive du 24 juillet 1986 reste un instrument utile pour les régimes professionnels des travailleurs salariés. En effet, la jurisprudence européenne - quoiqu'impressionnante - n'a pas épuisé l'ensemble des questions soulevées par la mise en oeuvre du principe du traitement égal des sexes dans les régimes professionnels des travailleurs salariés. Si les solutions sont à présent (pratiquement) certaines sur des aspects comme l'âge de la retraite, les prestations de survie, le droit d'affiliation, les conditions de durée et de maintien des prestations, les niveaux de cotisations et prestations (prise en compte des espérances de vie distinctes femmes/hommes) et les discriminations indirectes à l'égard des travailleurs à temps partiel, il subsiste de nombreuses zones d'ombre, pour lesquelles la directive offre, à défaut de jurisprudence en la matière, le cadre de référence aux employeurs et les régimes professionnels.

51 Précité note 9.

52 Précité note 3.

53 Voy. *supra*, note 45.

Ainsi, en matière de discrimination directe, l'article 6 de la directive condamne-t-il les distinctions fondées sur le sexe pour fixer le caractère obligatoire ou facultatif de la participation au régime (*littera b*), établir des conditions d'âge différentes pour entrer dans le régime ou fixer des durées minimales d'emploi ou d'affiliation différentes pour l'obtention de prestations complémentaires (*littera c*), fixer des conditions différentes pour l'octroi des prestations (*littera e initio*), interrompre le maintien ou l'acquisition de droits pendant les périodes de congé de maternité ou de congé pour raisons familiales (*littera g*) ou prévoir des normes différentes ou des normes applicables aux travailleurs d'un des deux sexes en ce qui concerne la garantie ou le maintien du droit à des prestations différées en cas de départ du régime (*littera j*).

Ainsi le champ d'application de la directive du 24 juillet 1986 englobe-t-il tout type de discrimination indirecte, et pas exclusivement celles affectant les travailleurs à temps partiel : l'article 6 condamne les discriminations indirectes fondées, notamment ⁵⁴, sur la situation matrimoniale ou familiale du travailleur; dès lors qu'elles affectent "un nombre beaucoup plus élevé de femmes que d'hommes" et qu'elles ne peuvent pas être justifiées par des considérations objectives indépendantes du critère du sexe, ces discriminations indirectes doivent être considérées comme contraires à l'article 119 du Traité.

27. Depuis quand ces différentes discriminations sont-elles interdites ? Dans sa proposition de directive modifiant la directive du 24 juillet 1986, la Commission européenne retient la date fixée par le Protocole de Maastricht, à savoir le 17 mai 1990. On ne peut cependant pas exclure que la Cour, si elle devait être appelée à se prononcer sur l'une ou l'autre de ces discriminations, la juge contraire à l'article 119 depuis le 8 avril 1976 (sous réserve des délais de prescriptions applicables en la matière).

3. Que prévoit la législation belge ?

28. La loi du 6 avril 1995 relative aux régimes de pensions complémentaires ⁵⁵, qui entre en vigueur le 1er janvier 1996, consacre deux dispositions à l'égalité de traitement des travailleurs.

L'article 5 stipule qu'"en ce qui concerne les années de services prestées après le 17 mai 1990, l'engagement de pension ne peut contenir aucune discrimination entre les hommes et les femmes, étant entendu que des différences en matière de pensions complémentaires ne peuvent se justifier que par les espérances de vie respectives des hommes et des femmes."

La disposition s'inspire dans une très large mesure du Protocole de Maastricht; on rappellera cependant qu'à certains égards (discrimination en matière de droit d'affiliation notamment), la date du 17 mai 1990 n'est pas la seule à devoir être prise en considération.

⁵⁴ Comme l'indique ce "notamment", les discriminations fondées sur la situation matrimoniale ou familiale sont purement exemplatives (voy. en ce sens F. HERBERT, "La discrimination indirecte", *Revue du travail*, 1990, p. 674); sont aussi visées par la directive - pour ne citer que quelques exemples - les discriminations indirectes fondées sur le statut de la relation d'emploi, le type de fonction exercée dans l'entreprise, le niveau de formation...

⁵⁵ *Précitée note 19*; pour un premier commentaire d'ensemble, voy. *Wet op de aanvullende pensioenen* (coll.), Brugge, Die Keure, 1995, 156 pages.
Cette loi ne vise que les régimes de pensions complémentaires des travailleurs salariés.

D'autre part, il convient de souligner que des tables de calcul actuariel fondées sur des espérances de vie distinctes ne peuvent en aucun cas être utilisées pour la fixation des niveaux des cotisations des travailleurs ⁵⁶.

29. L'article 8 de la loi prévoit que "les travailleurs non occupés à temps partiel doivent bénéficier au moins des mêmes droits de pension qu'un travailleur à temps plein, compte tenu toutefois de la réduction du temps de travail".

La disposition fait là référence aux discriminations indirectes vis-à-vis des travailleurs à temps partiel; cet exemple de discrimination indirecte est certainement le plus fréquent, mais il n'est pas le seul.

En outre, la disposition fait fi du tempérament apporté par la Cour de Justice : la possibilité de justifier le traitement discriminatoire par des facteurs objectifs, étrangers à toute considération liée au sexe.

Conclusion

30. Pratiquement ignorée du droit européen il y a dix ans, la question de l'égalité de traitement hommes/femmes dans les régimes professionnels de sécurité a connu ces derniers temps de tels développements qu'il est devenu difficile d'en avoir une vision claire et cohérente.

Quoique limitée à une présentation générale de la problématique, l'étude n'entendait pas masquer la complexité et la confusion qui imprègne cette matière. Complexité certainement accentuée par les interventions désordonnées des différents niveaux de pouvoirs européens (Cour de Justice, Commission européenne et Conseil des Ministres); confusion tant la marche du droit européen vers l'égalité des sexes s'apparente, dans cette matière qui requiert pourtant la stabilité sur le long terme, à une lente "procession d'Echternach".

Les nombreuses zones d'ombre qui subsistent renforcent encore cette impression de confusion, et ont de quoi inquiéter : comment intégrer correctement le principe du traitement égal des sexes dans la pratique des assurances de personnes alors que, sur de nombreux aspects, il faut toujours - près de 40 ans après la signature du Traité de Rome - dégager les solutions "à l'aveuglette", à défaut de référence précise et fiable ? Cette insécurité juridique est regrettable, à l'heure où, un peu partout en Europe, les difficultés annoncées de la sécurité sociale conduisent à engager la réflexion sur une redéfinition de la frontière public/privé de la protection sociale.

Jean-Marc Binon
Chargé des Affaires européennes au CEA
Chargé d'enseignement à l'UCL et à la FUCAM

⁵⁶ Cette remarque vaut pour les tables de survenance distinctes pour les femmes et les hommes, définies à l'article 22 et à l'annexe 1 de l'arrêté royal du 17 décembre 1992 relatif à l'activité sur la vie (*Moniteur Belge*, 31 décembre 1992).

RESUME

Curieusement léthargique pendant près de trente ans, la question de l'égalité de traitement hommes/femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale a connu des développements spectaculaires au cours des dix dernières années. Le droit européen s'est à ce point étoffé en ce domaine qu'il est devenu difficile d'en avoir une vision claire et cohérente.

Au départ d'une approche thématique, l'étude s'attache à montrer comment la Cour de Justice des CE a progressivement appliqué l'article 119 du Traité de Rome - qui pose le principe de l'égalité des travailleurs féminins et masculins dans le domaine de la rémunération - aux régimes professionnels de sécurité sociale (et aux assurances de personnes en particulier), en matière de droit d'affiliation (arrêts *Vroege* et *Fisscher*), d'âge de la retraite (arrêt *Barber*), d'âge limite pour l'octroi de prestations (arrêt *Commission contre Belgique*), de prestations de survie (arrêt *Ten Oever*), d'utilisation de facteurs actuariels dans la fixation des cotisations et des prestations (arrêts *Neath* et *Coloroll*) et de discriminations indirectes à l'égard des travailleurs à temps partiel (arrêt *Bilka*).

L'étude indique ensuite en quoi la directive du 24 juillet 1986 destinée à mettre en oeuvre le principe de l'égalité des sexes dans les régimes professionnels de sécurité sociale continue à constituer, à plusieurs égards, un cadre de référence précieux pour les employeurs et les régimes professionnels, bien que certaines de ses dispositions aient été invalidées par les récents arrêts de la Cour de Justice.

Quelques considérations sont enfin consacrées à la manière dont le législateur belge - à travers la loi "Colla" du 6 avril 1995 - a traité la question de l'égalité de traitement des sexes dans les régimes de pensions complémentaires.

*