

LA DISCRIMINATION PAR L'ÂGE EN ASSURANCE À LA LUMIÈRE DU DROIT EUROPÉEN DU TRAVAIL

par Axel Gosseries⁽¹⁾

Professeur à l'Université de Louvain (U.C.L.)

Chercheur qualifié du Fonds national de la recherche scientifique (F.N.R.S.)

*On peut naître vieux,
comme on peut mourir jeune*

Jean Cocteau

INTRODUCTION

1. — Dans de multiples domaines, nos droits et obligations restent différenciés en fonction de l'âge, par exemple par le recours à des âges seuils (droit au travail, responsabilité pénale...) ou à des âges plafonds (retraite d'office dans des professions spécifiques (2), droit d'accès à certains soins,...). Alors qu'aux États-Unis, la lutte contre la discrimination par l'âge, certes centrée sur la différenciation par l'âge au détriment des plus de 40 ans, fait l'objet d'une attention depuis longtemps (l'Age Discrimination in Employment Act datant de 1967), celle portée à ces questions en Europe est nettement plus récente. Ce n'est qu'en 2000 que la première directive couvrant explicitement ce domaine a été adoptée en matière d'emploi. À divers égards, le régime juridique applicable à la différenciation par l'âge dans le cadre de la directive 2000/78/CE est moins strict que celui qui s'applique, par exemple, à la diffé-

renciation basée sur la « race » ou le sexe. Cela traduit sans doute l'idée d'une spécificité de l'âge par rapport à ces autres critères et, partant, l'intuition morale possible selon laquelle la différenciation par l'âge serait moins problématique que la différenciation par la « race » ou le sexe. Par ailleurs, dans le domaine des services, en ce compris l'assurance, il existe bien une communication de la Commission du 4 juillet 2008 (COM/2008/426/Final) proposant une directive équivalente à la directive 2000/78/CE. Mais on ne constate pas de progrès sur ce dossier depuis un petit temps déjà.

2. — Notre question centrale, *de lege lata* et *de lege ferenda*, est de déterminer à partir de quand certaines formes de segmentation par l'âge doivent être considérées comme discriminatoires. Nous aborderons ici la question du critère d'âge en assurance de manière particulière. Nous formulerons d'abord une série d'hypothèses quant à la spécificité de l'âge, pertinentes pour l'ensemble des domaines d'application, y compris l'emploi et l'assurance (I). Nous nous pencherons ensuite plus spécifiquement sur l'utilisation du critère d'âge en assurance, mais à partir du droit européen du travail, la jurisprudence belge en matière d'âge dans le domaine de l'assurance étant quasi inexistante. En confrontant droit de l'assurance et droit du travail, nous tenterons de déterminer si des approches analogues de la discrimination par l'âge sont concevables dans ces deux domaines et si existent aussi des chevauchements de champ d'application (II). Enfin, nous nous centrerons sur deux cas, l'un européen et l'autre belge, qui présentent un intérêt tout particulier pour no-

(1) L'auteur tient à remercier particulièrement J. Bidanure, J.-M. Binon, S. Blanc, G. Calvès, A.-F. Colla, D. Desmette, Ph. Gosseries, C. Jaumin, D. Martin, M. Petitjean, D. Sabbagh et Ph. Van Parijs pour leurs critiques et suggestions. Il reste seul responsable des imperfections subsistant inévitablement dans un tel texte.

(2) Deux précisions sur la notion de retraite. D'une part, il importe de toujours garder à l'esprit la distinction entre retraite d'office ou obligatoire (qui consiste en une obligation de quitter une profession donnée, résultant soit d'une loi, soit d'une pratique contractuelle) et droit à la pension de retraite (qui consiste en un droit à des prestations données). D'autre part, si nous envisagerons des cas de retraite obligatoire pour des professions déterminées, nous n'envisagerons pas le cas possible d'un État qui établirait un plafond d'âge limitant le droit au travail pour l'ensemble des professions (comme c'est le cas, avec quelques exceptions, du seuil d'âge résultant de la règle générale d'interdiction du travail des enfants).

tre question, à savoir les affaires *Bartsch* et *Test-Achats c. DKV* (III).

I. — TROIS CONSÉQUENCES NORMATIVES DE L'ÉVOLUTIVITÉ DE L'ÂGE

3. — Le droit tend à traiter l'âge différemment du sexe. C'est vrai tant en droit du travail (le régime de la directive 2000/78/CE diffère de celui de la directive 76/207/CEE) qu'en droit de l'assurance (la directive 2004/113/CE n'a pas d'équivalent dans le cas de l'âge). Cette différence d'approche est-elle légitime ? Il ne semble pas possible de répondre à cette question sans s'interroger sur les spécificités du critère d'âge.

Nous n'avons aucune prise sur notre âge civil, chronologique. C'est une caractéristique, parfaitement corrélée à notre date de naissance, qui est hors du contrôle de l'intéressé, tout comme le sont le lieu de naissance, le bagage génétique, la langue maternelle, ... Pourtant, si l'âge civil est une circonstance plutôt qu'un choix, il évolue. À l'inverse, notre origine ethnique, notre lieu de naissance ou notre langue maternelle restent les mêmes toute notre vie.

Le caractère évolutif de l'âge est la caractéristique qui le rend particulier, spécialement si l'on y adjoint deux éléments. D'une part, l'expression « je vieillis », même si elle traduit un changement, n'en reste pas moins passive, contrairement à « je danse » par exemple. D'autre part, alors que l'on dit que l'on vieillit, l'on ne dit pas qu'on rajeunit sur le plan de l'état civil, même si l'on peut dire d'une personne qu'elle a rajeuni au plan physique ou mental ou qu'elle a pris un coup de vieux, le temps s'étant accéléré dans ce dernier cas. Donc, si nous nous intéressons à notre âge civil, chronologique, le point de départ (notre naissance), mais aussi la direction et le rythme auxquels notre âge évolue sont bien hors de notre contrôle. Le caractère évolutif de l'âge ne transforme donc pas pour autant l'âge que l'on a en une caractéristique choisie, et ce même si les conséquences physiques ou intellectuelles de notre vieillissement chronologique peuvent être affectées par nos choix de vie.

Si le caractère évolutif de l'âge en constitue la singularité centrale, ou peut-être l'une de

ses singularités (3), il ne suffit cependant pas comme tel à expliquer pourquoi cela rendrait l'usage de ce critère plus acceptable que le recours au genre ou à l'origine ethnique. Pour passer à l'évaluation normative, il faut examiner trois conséquences normatives possibles de ce caractère évolutif. Trois implications pertinentes pour une théorie préoccupée de la question de savoir si, au plan des principes de justice, et donc aussi pour un système juridique qui prétendrait à une visée de justice, il serait moins problématique de segmenter par l'âge que sur la base de l'origine ethnique ou de l'orientation sexuelle par exemple.

4. — La première implication est liée à ce qu'on peut qualifier d'argument des « vies complètes » (4). Une de ses prémisses possibles est la suivante : à certaines conditions, une différenciation par l'âge à un moment donné n'engendrera aucune différence dans nos droits et obligations sur notre vie complète. En effet, nous appartenons successivement aux catégories exclues et incluses. En matière d'assurance, on pourra ainsi vouloir affirmer que la segmentation par l'âge n'est pas problématique si tous les assurés, sur leur vie complète, en subissent les conséquences et en bénéficient dans une mesure équivalente. Une différence de traitement par l'âge peut

(3) Une autre spécificité inexplorée consiste dans le fait que l'âge « découpe » les populations en deux catégories d'un coup : la classe d'âge et la cohorte de naissance. On veillera donc bien à distinguer *classe d'âge* (l'ensemble des personnes d'un âge donné, quelle que soit l'époque à laquelle elles atteignent cet âge, par exemple : les plus de 60 ans en 1722 et les plus de 60 ans en 2018) et *cohorte de naissance* (l'ensemble des personnes nées entre telle et telle date, par exemple : la cohorte de ceux qui sont nés entre 1220 et 1230, quel que soit leur âge). On soulignera que du point de vue d'une théorie de la justice, la prise au sérieux de l'idée d'égalité entre les vies complètes (*infra*, n° 4) implique une priorité de la préoccupation pour la justice entre cohortes de naissance sur la préoccupation pour la justice entre classes d'âge. On notera aussi que si l'utilisation du critère d'âge comme *proxy* (*infra*, n° 5) renvoie sans doute plus souvent à des effets d'âge qu'à des effets de cohorte, une différence de traitement par l'âge a bien des effets tant sur les différentes classes d'âge que sur le sort des cohortes de naissance successives.

(4) Pour plus de développements : D. Mc Kerlie, *Justice between the young and the old*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2013, chap. 2 ; S. Kerstein et G. Bogner, « Complete Lives in the Balance », *The American J. of Bioethics*, 2010, 10(4), pp. 37-45

même contribuer dans certains cas à une plus grande égalité sur les vies complètes. Par exemple, *ceteris paribus*, allouer un organe vital pour une greffe à une personne plus jeune plutôt qu'à une personne plus âgée peut contribuer à égaliser leur durée de vie.

L'argument des vies complètes mobilise donc une prémisse factuelle qui peut prendre une forme défensive ou offensive. Elle insiste soit sur l'absence d'effet d'une différence de traitement par l'âge en termes de différence de traitement sur les vies complètes (prémisse défensive), soit sur la contribution d'une telle différence de traitement par l'âge à une plus grande égalité sur les vies complètes (prémisse offensive). À cette prémisse factuelle, d'absence d'effet négatif ou d'effet positif, s'ajoute une prémisse normative : si l'on se préoccupe de différences de traitement, ce sont d'abord les différences de traitement sur les vies complètes qui doivent nous préoccuper. Que les différences de traitement par l'âge engendrent des différences de droits et obligations à un moment particulier du temps ne devrait pas nous préoccuper selon les tenants de cet argument, à condition que la prémisse factuelle mettant l'accent sur les vies complètes soit satisfaite, ou qu'il soit probable qu'elle le soit.

L'argument des vies complètes articule d'après nous la raison principale pour laquelle nous associons au caractère évolutif de l'âge une moindre gravité des différences de traitement par l'âge. Soulignons-en cependant deux limites essentielles. D'une part, les conditions nécessaires à ce qu'une différenciation par l'âge ne conduise pas à une différenciation sur les vies complètes sont très souvent violées dans les faits. Par exemple, un régime de retraite obligatoire ayant recours à un âge plafond et constant pour un type de profession donné n'aura pas le même impact sur des cohortes ayant connu le plein emploi dès la sortie de leurs études, que sur d'autres, confrontées à un marché du travail bien plus chaotique. Différencier par l'âge conduira donc *souvent* à une différence de traitement sur les vies complètes. D'autre part, il existe certains *distribuenda* pour lesquels une focalisation sur les vies complètes est insuffisante, par exemple quant il s'agit de droits relatifs à un mini-

mum d'existence, et qui doivent pouvoir être exercés tout au long de la vie (5).

5. — Le caractère évolutif de l'âge a une seconde conséquence, liée à ses qualités actuarielles (6). On peut l'identifier à travers une double affirmation. D'une part, dans la (quasi-)totalité des cas, quand un système juridique mobilise un critère d'âge, il ne vise pas l'âge comme tel. Il l'utilise comme *proxy* de quelque chose d'autre. D'autre part, il s'agirait d'un *proxy* non dépourvu de fiabilité au plan factuel, en tout cas pour les tranches d'âge les plus jeunes et les plus âgées, mais aussi moralement plus acceptable. Examinons successivement ces deux aspects.

L'âge est utilisé comme *proxy*, c'est-à-dire comme critère de substitution (comme « substitut approximatif »), comme prédicteur, en raison de sa corrélation forte, supposée ou avérée selon les cas, avec des critères « cible » qui seraient plus difficiles ou plus coûteux à observer directement (7). Ainsi, en matière électorale, l'âge, vestige du suffrage capacitaire, renvoie à la compétence politique de l'électeur ou du candidat. Nous reviendrons plus avant sur une série d'utilisations plus spécifiques de l'âge comme critère de substitution dans le contexte de l'emploi (n^{os} 15 et s.). Dans certains cas, les juridictions contestent effectivement la relation établie entre l'âge et un autre critère. Par exemple, dans une affaire française de refus d'assurance automobile à une personne de 78 ans, la cour d'appel de Nîmes a souligné que « le législateur a

(5) Pour plus de détails : A. Gosseries, « Qu'est-ce que le suffisantisme? », *Philosophiques*, 2011, 38(2), pp. 465-492 (en particulier, sect. 6).

(6) Pour une prise de position explicite sur ce point dans le domaine du droit du travail et de la part de la Cour suprême des États-Unis : « (...) age, unlike race and other classifications protected by Title VII [of the Civil Rights Act of 1964], not uncommonly has relevance to an individual's capacity to engage in certain types of employment. To be sure, Congress recognized that this is not always the case, and that society may perceive those differences to be larger or more consequential than they are in fact » (*Smith v. City of Jackson*, 30 mars 2005, n^o 03-1160, 544 U.S. [2005]).

(7) Merci à G. Calvès et D. Sabbagh pour une discussion terminologique sur ce point. Notez que l'usage du terme *proxy* appliqué à un critère diffère de son usage dans l'expression *proxy vote* (vote par procuration). On notera que d'autres ont proposé de recourir ici au terme de présomption : M. Mercat-Bruns, « La C.J.U.E. et les présomptions sur l'âge », *Revue de jurisprudence sociale*, 2011, 12/11, pp. 817-819.

pris le soin d'opérer une distinction entre l'âge et l'état de santé, et qu'il ne peut dès lors être procédé à un amalgame entre ces deux motifs en considérant que l'âge avancé induit nécessairement une santé défaillante » (8).

Notons à ce stade qu'on peut certes imaginer que le critère d'âge puisse renvoyer plus directement à la durée de vie d'une personne, par exemple dans des cas spécifiques où un État déciderait de limiter l'accès à des prestations de santé très coûteuses financées par la collectivité et permettant de prolonger la vie des personnes. Mais même dans de tels cas, la question reste ouverte de savoir si l'âge civil effectivement atteint au moment de la demande de greffe d'organe, par exemple, nous intéresse en référence à la durée de vie écoulée, ou sert plutôt de prédicteur, seul ou avec d'autres critères, de la durée totale de vie attendue pour cette personne particulière. De même, dans le domaine de l'emploi, même lorsqu'un âge maximum de recrutement ou de nomination est adossé à un âge certain de retraite obligatoire, l'âge atteint peut être conçu comme un *proxy* de la durée additionnelle probable de travail de l'individu dans l'entreprise concernée. Car si l'on sait quand l'employé devra partir à la retraite à un âge donné, on ne sait pas s'il ne partira pas avant (voy. aussi *infra* n° 16).

D'ailleurs, si l'âge est (quasi) toujours un *proxy*, on lira avec intérêt une prise de position française de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (H.A.L.D.E.), aujourd'hui dissoute, qui, dans une délibération du 27 septembre 2010 (n° 2010-196) relative à une affaire de plafond d'âge de 55 ans en matière de couverture d'assurance risque chômage, affirmait que « les cas où l'âge

serait utilisé comme un prête-nom 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 » (nos italiques). La première phrase suggère qu'il existerait des cas où l'âge atteint à un moment donné n'est pas utilisé comme substitut, ces cas étant pourtant rarissimes voire inexistants selon nous.

6. — Le point clef à ce stade est donc que dans la toute grande majorité des cas, le critère d'âge sert de *proxy* pour des caractéristiques autres que la durée écoulée ou totale de vie d'une personne. Puisqu'il est réaliste de penser que les capacités physiques, cognitives et affectives d'un enfant de 12 ans sont différentes en général de celles d'un nouveau-né, d'un adolescent de 17 ans ou d'un adulte de 45 ans, on peut comprendre que le législateur ait recours au critère d'âge dans des domaines où les capacités, physiques, cognitives ou affectives des personnes sont pertinentes et où une observation plus directe de ces capacités serait plus intrusive, plus stigmatisante, plus coûteuse, etc. Le recours au critère d'âge fonctionne donc comme un raccourci informationnel dans des hypothèses où une récolte plus individualisée d'information n'est pas possible ou souhaitable.

Les qualités actuarielles du critère d'âge sur le plan factuel sont analysables sous deux angles. D'une part, l'âge est parfaitement corrélé avec le passage du temps, et le passage du temps a un effet significatif sur ce que nous sommes, via le déploiement temporel nécessaire d'un processus d'apprentissage, de maturation, de vieillissement, etc. On soulignera cependant que la fiabilité du critère d'âge comme *proxy* est surtout significative aux âges les plus précoces (par exemple : les conducteurs de moins de 25 ans) et les plus avancés (par exemple : les patients de plus de 80 ans), et beaucoup moins pour les tranches d'âge du milieu de vie où la variabilité à l'intérieur de chaque classe d'âge est beaucoup plus forte (9). Les conséquences normatives

(8) 6 novembre 2008, n° 02 100901. Voy. aussi en France : H.A.L.D.E., délibération n° 2009-364, 9 novembre 2009 concernant un refus d'assurance risque de chômage où la Haute autorité a estimé qu'« (...) assimiler l'âge de 60 ans à une présomption de statut de retraité est en soi un raisonnement contraire à la réalité des textes et discriminatoire. Il convient de rappeler que toute personne de 60 ans ne totalisant pas 160 trimestres d'activité pour percevoir la retraite à taux plein reste éligible à l'assurance chômage. Dès lors, si un assureur peut, le cas échéant, refuser de couvrir le risque d'une perte de salaire d'un salarié qui, de fait, bénéficierait d'une retraite à taux plein, l'âge de 60 ans ne saurait, à lui seul, permettre de justifier un refus d'assurance chômage ».

(9) Merci à D. Desmette sur ce point.

d'une telle validité accrue aux extrêmes et nettement plus faible pour les tranches de milieu de vie mériteraient d'ailleurs un examen plus détaillé.

D'autre part, l'avocat général (près la C.J.U.E.) Jacobs, dans ses conclusions sous l'arrêt *Lindörfer* (2007, C-227/04 P), a souligné que « le sexe constitue par essence un critère binaire, tandis que l'âge est un point sur une échelle. La discrimination en raison du sexe basée sur des tables actuarielles représente dès lors une forme de discrimination extrêmement brutale, impliquant des généralisations très grossières, tandis que la discrimination en raison de l'âge peut être graduée et peut reposer sur des généralisations plus fines » (point 84). L'idée n'est donc pas ici seulement que l'âge soit bien utilisé comme un *proxy*, mais que la divisibilité en un grand nombre de catégories d'âge permettrait un usage plus précis de l'âge comme critère de substitution, ce qui ne serait pas possible pour d'autres caractéristiques comme le sexe.

On peut donc comprendre les qualités actuarielles de l'âge, d'une part, à travers la relation de l'âge au temps, vu l'impact qu'a le passage de ce dernier sur une série de nos caractéristiques, d'autre part, à travers la possibilité de recourir à un grand nombre de catégories d'âge différentes, en fonction des critères « cibles », mettant en œuvre des généralisations plus fines. Ce caractère non binaire ne nous semble pas nécessairement spécifique à l'âge, même s'il l'est probablement lorsque l'on se limite à une comparaison avec le genre. C'est donc d'abord la première qualité actuarielle de l'âge (corrélation significative avec des critères cibles, au moins aux âges extrêmes), qui nous paraît déterminante, plutôt que la seconde (divisibilité permettant des corrélations fines). On admettra cependant que la multiplicité des critères d'âge auquel il est fait recours pour des droits et obligations différents a pour vertu d'éviter que certaines personnes soient systématiquement exclues de l'exercice de l'ensemble de leurs droits à un moment donné de leur vie dans tous les domaines de leur existence. Et ce, même si cette multiplicité des critères d'âge confine parfois à l'incohérence lorsque des âges différents sont utilisés pour prédire des capacités qui sont fondamentalement identiques.

Ceci étant, insistons sur une autre dimension de la qualité actuarielle de l'âge. Dans une société raciste ou sexiste, la « race » ou le sexe sont de très « bons » prédicteurs d'une série de caractéristiques des personnes, au sens factuel du terme. Par exemple, dans un environnement où les personnes d'une origine ethnique déterminée se voient refuser l'accès à l'école, l'origine ethnique sera, au plan factuel, un très « bon » prédicteur, par exemple du niveau d'éducation et de risques qui y sont associés. Il semble donc que lorsqu'on acquiesce à la qualité actuarielle de l'âge, l'on réfère non seulement aux deux qualités factuelles de ce prédicteur (relation au passage du temps, et caractère plus divisible), mais aussi à la plus grande acceptabilité morale des différences de traitement par l'âge par rapport à celles fondées sur le sexe, l'origine ethnique, etc. Car même dans une société restant par ailleurs très sexiste, on n'en conclut pas pour autant qu'il soit légitime pour un employeur ou un assureur de recourir au critère du sexe, même si au plan factuel, c'est un prédicteur fiable dans ce type de société. Ceci indique qu'on ne peut pas totalement séparer l'argument de qualité actuarielle de l'âge et l'argument des vies complètes qui détermine le caractère moralement acceptable (argument défensif), voire moralement nécessaire du recours au critère d'âge dans certains cas (argument offensif) (10).

7. — Enfin, il existe une troisième conséquence du caractère évolutif de l'âge qui est pertinente pour son analyse normative. Si on ne choisit pas l'âge qu'on a, on peut par contre choisir jusqu'à un certain point l'âge auquel on fait certaines choses. Et ceci est aussi une conséquence du caractère évolutif de l'âge. L'on peut décider de reporter à plus tard un acte, et ce faisant le poser lorsqu'on appartiendra à une autre catégorie d'âge. Par exemple, on peut choisir l'âge auquel on commence à cotiser pour un régime de retraite complémentaire ou celui auquel on décide de souscrire à

(10) On notera aussi que même dans l'hypothèse où les qualités de *proxy* de l'âge seraient généralement supérieures pour les âges plus précoces que pour les âges les plus avancés, il n'en découlerait pas pour autant, *de lege ferenda*, que la discrimination par l'âge au détriment des plus âgés soit nécessairement préférable dans ces cas (par exemple, greffe d'organe).

une assurance hospitalisation. À l'inverse, cela n'aurait pas de sens de dire qu'on peut choisir le genre ou l'origine ethnique avec lesquels on décide de souscrire à une assurance. Le caractère changeant de l'âge rend donc possible une distinction entre « âge donné » (l'âge que l'on a) et « âge choisi » (l'âge auquel on fait quelque chose) qui n'a pas d'équivalent pour l'origine ethnique, le genre (sauf exceptions), etc. Et c'est évidemment essentiel pour ceux qui estiment que l'assureur doit pouvoir inciter son client à poser certains actes à un âge plutôt qu'à un autre en raison de risques moindres ou qu'il doit pouvoir tenir compte dans la fixation des primes ou de la couverture du nombre d'années de cotisation. Ceci ne préjuge pas évidemment du type de pratiques qui devraient être jugées acceptables ou non de la part de l'assureur pour ce faire.

C'est cette relation entre âge (choisi) de conclusion du contrat et durée de cotisation qui est à l'œuvre par exemple dans la position de Test-Achats dans l'affaire *Test-Achats c. DKV* sur laquelle nous reviendrons (n^{os} 32 et s.). En effet, Test-Achats ne contestait pas dans cette affaire le droit de différencier la prime en fonction de l'âge de souscription dans le cadre d'une assurance hospitalisation. Et elle développait sa position en précisant que « dès lors qu'il est constant que le risque de devoir être hospitalisé est un risque qui croît avec l'âge, il est normal qu'une personne qui a la prévoyance de souscrire une assurance hospitalisation alors qu'elle est encore jeune paye une prime inférieure à celle qui doit être payée par une personne qui tarde à s'assurer et qui souscrit ce type de police à un âge déjà avancé » (11). Une des questions que cela pose est de savoir si, lorsqu'un risque est constant ou décroissant avec l'âge, le fait de cotiser plus tôt justifierait aussi des primes moins élevées. Mais quoi qu'il en soit, le seul fait d'associer le qualificatif de « prévoyance » au choix d'un âge de souscription présuppose bien que l'on puisse choisir cet âge de souscription. La situation est différente à cet égard de celle que nous discuterons plus loin (n^{os} 32 et s.), et qui est centrale dans l'affaire *Test-Achats c. DKV*, de savoir s'il est acceptable

de différencier une hausse tarifaire en fonction de l'âge effectivement atteint.

8. — Nous venons de pointer trois implications normatives de l'évolutivité de l'âge. La première, centrale, est liée à l'argument des vies complètes qui, bien qu'important, présente malgré tout des limites dans les faits. La seconde, pointant les qualités actuarielles du critère d'âge, bien que distincte, n'est pas totalement indépendante de l'argument des vies complètes. La troisième est relative au caractère choisi dans certains cas de l'âge auquel on fait certaines choses. Je voudrais cependant revenir, avant de m'aventurer sur le terrain de la comparaison avec le droit du travail, à l'idée de « finesse » de la généralisation pour reprendre les termes de l'avocat général Jacobs, à celle du caractère désirable d'une « précision » plus grande pour reprendre l'expression de la H.A.L.D.E.. Il s'agit d'un problème classique en assurance, mais dont il importe de bien saisir les enjeux, en ce compris pour la problématique de l'âge en assurance. On pourrait en effet vouloir partir du postulat selon lequel plus une évaluation est « individualisée », collant aux caractéristiques spécifiques d'un assuré, plus elle est juste. Est-ce pour autant le cas ?

On pourrait en effet vouloir suivre, *mutatis mutandis*, l'avocat général (près la C.J.U.E.) Mazak dans ses conclusions sous *Age Concern England* (5 mars 2009, C-388/07) lorsqu'il affirme que « dans un monde parfait, tout le monde serait jugé individuellement et en fonction de ses mérites, toutes les personnes seraient traitées de la même manière dans la mesure où elles sont les mêmes et différemment dans la mesure où elles sont différentes. Dans un monde parfait, chacun aurait donc son dû et justice serait faite. Malheureusement, la justice parfaite en ce sens doit rester hors de la portée de la loi en ce monde. En tant que "règle", la loi doit, par sa nature, être générale; elle ne peut, en tant que telle, s'approcher de la réalité que par l'abstraction et il appartient alors aux juridictions, aux administrations et aux personnes de l'appliquer aux cas individuels et donc de "traduire" la loi générale, dans le cas idéal, en une justice individuelle. Par conséquent, la loi généralise et classe par catégories; elle traite les individus et les situations individuelles à l'aide de types, de catégories, de

(11) Comm. Bruxelles (cess.), 7 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 384

caractéristiques et de classes; elle différencie en fonction de certains critères. Cependant, au fil du temps, l'ordre juridique a reconnu certaines classifications comme inacceptables et contraires aux valeurs sur lesquelles il se fonde. (...) » (§ 68-70)

L'approche de l'avocat général Mazak n'est cependant pas sans poser problème. Il faut d'abord souligner le fait qu'une évaluation n'est jamais totalement « individualisée », et ce pour des raisons fondamentales plutôt que simplement pratiques. Car ce n'est pas uniquement la relation du droit à la réalité et la nécessité de son caractère général, mais plus fondamentalement notre relation langagière au monde et à autrui qui est telle que l'on aborde toujours et nécessairement une personne à travers un nombre plus ou moins important de catégories (son sexe, son genre, son orientation sexuelle, son âge, sa nationalité, son diplôme, son statut marital...). Pour individualiser plus avant, nous ne faisons en réalité que multiplier les critères sur la base desquels nous... généralisons, fût-ce plus finement. Mais nous n'en généralisons pas moins.

9. — Il y a en outre deux raisons plus spécifiques pour lesquelles il faut lire la position de l'avocat général Mazak d'un œil critique. D'une part, l'individualisation représente un coût informationnel ou parfois symbolique. Le droit électoral postule que le citoyen d'au moins 18 ans est plus apte à voter. De même, l'employeur postule que, toutes choses égales par ailleurs, le candidat diplômé est plus apte que celui qui est sans diplôme, etc. Ce coût importe si l'on se préoccupe de justice. Car se baser sur une généralisation permet, par exemple, de ne pas stigmatiser des électeurs de plus de 18 ans qui n'auraient pas les capacités cognitives d'un majeur normal. Cela permet aussi, par exemple, de réduire la taille d'un département des ressources humaines pour consacrer des ressources à satisfaire encore mieux le consommateur ou d'autres parties prenantes.

D'autre part, dans certains cas, la segmentation, l'individualisation, à supposer même qu'elle n'implique pas de tels coûts, va potentiellement à l'encontre de ce qu'exige la justice d'une autre façon. C'est le cas lorsqu'elle se fonde sur des caractéristiques sur lesquelles nous n'avons aucun contrôle.

La position de l'avocat général Mazak est intéressante à cet égard, parce qu'individualisation et mérite y sont associés, alors que ce sont deux variables indépendantes. Il est potentiellement injuste de différencier les primes d'assurance sur la base de caractéristiques génétiques des personnes, par exemple. C'est injuste, parce que cela réduit la solidarité entre assurés sur la base d'une caractéristique qui est hors du contrôle de l'assuré. Et le fait qu'une caractéristique soit hors de contrôle de l'assuré implique aussi que l'idée d'incitation, une des justifications possibles de la segmentation, ne peut faire sens dans ce type de cas. L'âge, qui est une circonstance évolutive, est particulièrement intéressant de ce point de vue, car il ne faut pas perdre de vue que nous n'avons pas choisi notre âge effectif.

Il ne nous semble donc pas que la question soit celle de savoir s'il faut regarder les individus comme irréductiblement uniques ou comme membres de groupes. Il n'est pas juste non plus d'affirmer que plus de segmentation conduit généralement à plus de justice. Ce qui nous semble clé par contre, dans les questions de justice en assurance, c'est la nature des critères de segmentation. Ce qui est central, c'est la distinction entre les critères renvoyant à des caractéristiques sur lesquelles les individus n'ont aucune prise (l'origine ethnique, le lieu de naissance, la date de naissance, la « race », le genre, les caractéristiques génétiques en général, le caractère maternel ou non d'une langue...) et celles sur lesquelles les individus sont en mesure d'exercer des choix (pratiquer un sport extrême ou non, adapter ou non sa vitesse au volant...) dont certains peuvent être considérés comme socialement problématiques (12). Et une fois que l'on aborde la question sous cet angle, on peut comprendre pourquoi l'idée d'individualisation traduit maladroitement une intuition qui nous semble juste.

(12) Deux précisions. *Primo*, cette distinction est incomplète, puisque tout choix n'y est pas nécessairement jugé problématique (par exemple : celui de porter secours à une personne en danger de mort). *Secundo*, un assureur peut traduire cette distinction en « responsabilisant » par la carotte (par exemple : remboursement partiel des frais d'inscriptions à un club sportif pour un sport qui préserve la forme) ou le bâton (surprime en cas de pratique d'un sport dangereux, voire dans certains cas non-couverture).

Autrement dit, la question n'est pas « faut-il segmenter plus ou moins? », mais plutôt « sur quels critères est-il juste de segmenter? ». Ce qui pose d'abord problème, ce n'est pas tant le fait qu'un individu voie ses primes définies en fonction du risque moyen du groupe auquel il appartient. Ce qui pose problème est qu'elles le soient par rapport au risque moyen d'un groupe auquel il n'a pas choisi d'appartenir, contrairement, par exemple, au fait d'appartenir au groupe des pratiquants d'un sport dangereux.

10. — Une dernière précision : ce qui se joue fondamentalement dans l'extension du droit des discriminations à la question de l'âge et au domaine de l'assurance, ce n'est pas seulement la question de savoir quel degré de redistribution/solidarité est souhaitable en général dans une société donnée, et sur la base de quels critères cette redistribution/solidarité doit/peut se jouer. Ce qui se joue aussi est de savoir par quelles branches du droit il est souhaitable de passer pour réaliser cet objectif. Une société ayant défini ses objectifs distributifs doit-elle les réaliser uniquement par des transferts fiscaux redistributifs, ou doit-elle mettre à contribution l'ensemble des domaines de la santé, de l'école, du travail ou des biens et des services, en ce compris le secteur de l'assurance privée, même quand cette dernière n'est pas obligatoire? Et il y a fort à parier que les résistances de certains acteurs à des règles plus strictes en matière de discrimination par l'âge se jouent tant sur la question de la solidarité dans la société en général, que sur celle, plus spécifique, de déterminer l'ampleur de la responsabilité sociale du secteur de l'assurance privée à cet égard (13).

II. — L'USAGE ACTUARIEL DE L'ÂGE EN EMPLOI

11. — Le droit applicable en matière de différences de traitement par l'âge en assurance est déterminé par la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre certaines formes de discrimination. Elle est explicite sur son ap-

plicabilité au domaine des services (article 5, § 1^{er}, 1^o), et donc à l'assurance, ainsi que sur l'inclusion du critère d'âge parmi ses critères protégés (article 4, 4^o). On notera que la loi du 10 mai 2007, dans la mesure où elle traite d'assurance, ne met pas en œuvre une directive européenne.

En France, la H.A.L.D.E., dans une délibération de synthèse intitulée « Assurance, sexe, âge, état de santé, handicap, discriminations - Recommandations » a interprété l'article 225-1 du Code pénal français en considérant que « le Code pénal interdit de refuser ou de subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service en raison d'un critère prohibé. (...) En revanche, le législateur n'interdit pas les différences tarifaires ajustées au risque, soit le fait non pas de refuser purement et simplement d'assurer, mais de proposer des tarifs distincts en fonction d'un critère prohibé (délibération n° 2010-266 du 13 décembre 2010). À cet égard, elle a publié le résultat de plusieurs délibérations relatives à des refus de couverture au-delà d'un âge plafond en assurance risque de chômage (14).

12. — Quant au droit applicable en matière de différenciation par l'âge en matière d'emploi, il est couvert par le même régime général de la loi du 10 mai 2007. Mais il met en œuvre la directive 2000/78/CE qui, dans plusieurs de ses articles, traite spécifiquement de l'âge. Soulignons cependant une situation surprenante. L'article 12, § 1^{er}, de la loi de 2007 prévoit dans le domaine des relations de travail et des régimes complémentaires de sécurité sociale un régime dérogatoire pour l'âge qui autorise des différences de traitement par l'âge là où le régime général ne les autoriserait pas. Ceci s'inscrit dans la ligne de la directive 2000/78/CE qui prévoit un régime plus souple pour le critère d'âge. La loi ne prévoit par contre pas de dérogations analogues en matière de services, et ce alors même qu'au niveau du droit communautaire, il y a une directive ap-

(13) Voy. par exemple : J.-M. Binon, « L'égalité de traitement en droit européen et ses applications à l'assurance - Obligation morale ou croisade idéologique? », *J.T.D.E.*, 2005, pp. 236-237

(14) H.A.L.D.E., délibérations n° 2009-364, 9 novembre 2009 (60 ans); n° 2010-53, 1^{er} mars 2010 (55 ans); n° 2010-196, 27 septembre 2010 (55 ans). Voy. aussi l'article A355-1, 2^o du Code français des assurances qui prévoit en particulier « (...) Pour les contrats en cas de vie autres que les contrats de rente viagère, les tables mentionnées au a) sont utilisées en corrigeant l'âge de l'assuré conformément aux décalages d'âge ci-annexés (...) ».

plicable à l'âge en emploi alors qu'il n'y en a pas en matière de services. La loi de 2007 apparaît donc moins stricte sur l'usage du critère d'âge en matière d'emploi qu'elle ne l'est en matière d'assurance, matière pour laquelle il n'y a pas de régime dérogatoire, alors qu'en droit communautaire la latitude laissée aux États aurait permis l'inverse, vu l'absence de directive « services ».

Notons aussi qu'en matière de régimes complémentaires de sécurité sociale, la loi de 2007 prévoit à son article 12, § 2, en application de l'article 6, § 2, de la directive 2000/78/CE, qu'« une distinction directe fondée sur l'âge ne constitue pas une discrimination dans les cas suivants, pourvu que cela ne se traduise pas par une discrimination fondée sur le sexe : 1° la fixation d'un âge d'admission; 2° la fixation d'un âge d'admissibilité aux prestations de pension ou d'invalidité; 3° la fixation d'âges différents d'admission ou d'admissibilité aux prestations de pension ou d'invalidité, pour des travailleurs, pour des groupes ou catégories de travailleurs ou pour des indépendants; 4° l'utilisation de critères d'âge dans les calculs actuariels; 5° une distinction directe fondée sur l'âge en ce qui concerne les contributions, y compris les contributions personnelles, dans les engagements de pensions du type contributions définies (...) et au régime fiscal de celles-ci et de certains avantages complémentaires en matière de sécurité sociale, et dans les engagements de pensions visés à l'article 21 de la loi précitée », si une série de conditions sont remplies.

13. — Dans la directive 2000/78/CE portant sur l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, certaines dispositions sont aussi particulièrement pertinentes quant à l'usage actuariel de l'âge. Outre l'article 6, § 2, portant sur les régimes professionnels de sécurité sociale qui fait référence notamment à l'usage actuariel de l'âge, le considérant 18 précise, sans référence spécifique à l'âge, que la directive « ne saurait (...) avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opéra-

tionnel de ces services ». Et le considérant 19 ajoute, renvoyant cette fois à l'âge, que « pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées, ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées (...) ». Ceci signifie que la directive elle-même accepte implicitement que l'on établisse une relation entre l'âge et certaines capacités.

14. — En somme, il existe au moins trois angles sous lesquels on peut jeter des ponts entre emploi et assurance en matière d'âge, la présente section se concentrant sur les deux premiers. D'abord, on peut vouloir montrer que la loi et la jurisprudence sont explicites sur la fonction actuarielle de l'âge en matière d'emploi comme ce peut être le cas en matière d'assurance. Ensuite, on peut vouloir montrer ce que des solutions appliquées à un des deux domaines impliqueraient une fois appliquées à l'autre domaine. Ainsi, déduire certaines implications de la loi de 2007 en matière d'emploi pourrait en théorie conduire à devoir tirer le même type de conclusions en matière d'assurance, et ce même s'il n'y a pas, en matière d'assurance, le même type de directive que ce dont on dispose avec la directive 2000/78/CE et s'il faut garder en tête la situation surprenante de l'article 12 de la loi qui traite en principe la différenciation par l'âge en emploi de façon moins stricte que la différenciation par l'âge en assurance. Enfin, on peut vouloir explorer les zones de chevauchement. Ainsi, l'article 6 de la directive 2000/78/CE traite explicitement de deux produits d'assurance liés à l'emploi — l'assurance retraite et l'assurance invalidité — pour lesquels la directive admet le recours au critère d'âge à des fins actuarielles, pour autant qu'il n'engendre pas de discrimination sur la base du sexe. De même, nous reviendrons plus loin sur la possibilité de considérer une assurance décès au profit du conjoint survivant d'un employé comme une rémunération (*infra*, n° 29). On peut aussi se demander si un droit du travail qui interdirait la retraite d'office basée sur l'âge dans toutes les professions serait compatible avec des pratiques de plafond d'âge en matière d'assurance de risques professionnels (voy. aussi *infra*, n° 25).

Afin de gagner en précision, intéressons-nous à présent à la jurisprudence en nous demandant, d'une part, si elle confirme en emploi l'idée d'un usage actuariel de l'âge, particulièrement pertinent pour une comparaison avec l'assurance (n^{os} 15 à 21), d'autre part, ce que ses prises de position en emploi sur la substance impliqueraient pour l'assurance (n^{os} 22 à 27).

1. — La C.J.U.E. et la corrélation « âge/compétence » en emploi

15. — Dans sa jurisprudence relative à la directive 2000/78/CE, la C.J.U.E. a confirmé la conformité possible d'un usage du critère d'âge comme indicateur de compétence, dans des affaires concernant des pompiers (*Wolf*), dentistes (*Petersen*), académiques (*Georgiev*) et pilotes de ligne (*Prigge*). Elle a par contre rejeté la conformité d'une mesure qui serait justifiée uniquement par la corrélation alléguée entre l'âge et l'ampleur des besoins financiers d'un travailleur (*Hennigs et Mai*). Examinons brièvement chacune de ces affaires (15), après avoir souligné que nous ne reviendrons pas ici sur les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Lindorfer* (*supra*, n^o 6) qui ne portent pas sur la relation entre l'âge et une caractéristique particulière.

16. — Dans l'arrêt *Wolf* (12 janvier 2010, C-229/08), la Cour consacre les paragraphes 37 à 45 à la relation entre âge et capacités physiques en lien avec une disposition nationale fixant à 30 ans l'âge maximal de recrutement de pompiers du service technique intermédiaire. La Cour développe une position favorable à cette mesure d'âge de recrutement maximum en soulignant d'abord la légitimité de l'objectif (maintien du caractère opérationnel et du bon fonctionnement du service) étant donné en particulier le considérant 18 et l'article 4, § 4, de la directive (§§ 37-39). La Cour confirme aussi que « le

fait de disposer de capacités physiques particulièrement importantes peut être considéré comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante, au sens de l'article 4, § 1^{er}, de la directive, pour l'exercice de (cette) profession (...) » (§ 40) et que « la nécessité de disposer de la pleine capacité physique à exercer la profession de pompier du service technique intermédiaire est liée à l'âge des membres de ce service » (§ 41, nos italiques).

Enfin, elle procède à l'examen de la proportionnalité aux paragraphes 42 et suivants. Le paragraphe 43 de l'arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il couple le lien âge-compétence avec deux autres considérations particulières. D'une part, les fonctionnaires de 45-50 ans étant affectés à des tâches moins physiques, il est essentiel qu'il y ait en permanence assez de pompiers jeunes. D'autre part, la formation étant de deux ans, « (...) l'âge auquel le fonctionnaire est recruté détermine le temps pendant lequel il sera en mesure d'accomplir les tâches exigeantes sur le plan physique. Le fonctionnaire recruté avant l'âge de 30 ans, alors qu'il devra au demeurant suivre une formation d'une durée de deux ans, pourra être affecté à ces tâches pendant une durée minimale de 15 à 20 ans. En revanche, s'il est recruté à l'âge de 40 ans, cette durée ne sera que de 5 à 10 ans au maximum (...) » (§ 43). L'importance de la durée de formation peut donc jouer un rôle dans ce type d'argument.

17. — L'arrêt *Petersen*, daté lui aussi du 12 janvier 2010 (C-341/08), portait sur l'âge maximal pour exercer la profession de dentiste conventionné en Allemagne (68 ans). Trois objectifs avaient été invoqués pour justifier cette mesure : d'abord protéger la santé des patients en garantissant la compétence des dentistes, « la performance des dentistes étant supposée baisser à partir d'un certain âge » (§ 38), ensuite répartir les possibilités d'emploi entre les cohortes successives et, enfin, préserver l'équilibre financier du système de sécurité sociale. Seul le lien entre âge et compétence nous intéresse ici. La Cour estime à ce propos qu'« il y a lieu d'admettre que, dans le cadre de l'article 2, § 5, de la directive, un État membre peut estimer nécessaire de fixer une limite d'âge à l'exercice d'une profession médicale telle

(15) Voy. aussi l'arrêt *Kücükdeveci* du 19 janvier 2010 (C-555/07) où la question portait sur l'établissement d'un mode de calcul du délai de préavis moins protecteur pour les moins de 25 ans. Dans ce cadre, était formulée l'hypothèse selon laquelle « (...) les jeunes travailleurs réagissent généralement plus aisément et plus rapidement à la perte de leur emploi et qu'il peut être exigé d'eux une flexibilité plus grande » (§ 35). Si la seconde partie de la proposition est de nature normative, la première semble mobiliser une hypothèse factuelle.

que celle de dentiste, afin de protéger la santé des patients. Cette considération s'applique, que l'objectif de protection de la santé soit envisagé sous l'angle de la compétence des dentistes ou sous celui de l'équilibre financier du système national de santé. » (§ 52, nos italiques).

Cependant, en l'espèce, la législation concernée ne prévoyait pas de limite d'âge pour les dentistes n'exerçant pas dans le cadre du régime conventionné. La Cour a alors conclu que « (...) l'article 2, § 5, de la directive doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une mesure nationale, telle que celle en cause au principal, fixant une limite d'âge maximale pour l'exercice de la profession de dentiste conventionné, en l'occurrence 68 ans, lorsque cette mesure a pour seul objectif de protéger la santé des patients contre la baisse de performance de ces dentistes au-delà de cet âge, dès lors que cette même limite d'âge n'est pas applicable aux dentistes non conventionnés; (...) » (§ 78) (16).

18. — Dans l'arrêt *Georgiev* du 18 novembre 2010 (C-250/09), la Cour a estimé « que la directive 2000/78, en particulier son article 6, § 1^{er}, doit être interprétée en ce sens qu'elle ne s'oppose pas à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui prévoit la mise à la retraite d'office des professeurs d'université lorsqu'ils atteignent l'âge de 68 ans et la poursuite de leur activité par ces derniers au-delà de 65 ans uniquement au moyen de contrats à durée déterminée d'un an renouvelables au maximum deux fois, pour autant que cette législation poursuit un objectif légitime lié notamment à la politique de l'emploi et du marché du travail, tel que la mise en place d'un enseignement de qualité et la répartition optimale des postes de professeurs entre les générations, et qu'elle permet d'atteindre cet objectif par des moyens appropriés et nécessaires » (§ 68).

La relation entre le plafond d'âge et la qualité de l'enseignement n'est pas explicitement discutée dans l'arrêt. L'idée de garantir la qualité de l'enseignement et de la recherche, en renouvelant le corps enseignant par l'emploi de professeurs

plus jeunes, et de répartir les postes de manière optimale en établissant un équilibre entre les générations (§ 42) peut être comprise comme suit. Il ne s'agirait pas nécessairement d'une relation entre âge et compétence, mais entre diversité des âges et diversité des contenus/visions d'enseignement et de recherche. Soulignons que l'expression utilisée n'est pas celle d'un « rajeunissement » au sens où il serait préférable en vitesse de croisière d'avoir proportionnellement plus de jeunes. L'idée est plutôt celle d'un « renouvellement ». On peut y lire une valorisation de la coexistence et de la confrontation d'idées différentes dans l'université. Cette diversité peut s'analyser à la fois comme le résultat d'effets d'âge et d'effets de cohorte qui modifient la vision du monde des personnes. La position de la Cour dans *Georgiev* ne présuppose donc pas nécessairement l'idée de baisse des performances physiques ou intellectuelles liée à l'âge que l'on retrouve dans *Wolf* ou *Petersen* (17). Plutôt que d'un lien entre l'âge et la performance individuelle, il s'agirait ici d'une relation entre l'âge et la nature de la compétence individuelle, et consécutivement, entre la structure d'âge et ce qu'elle permet comme compétence collective.

19. — Quant à l'arrêt *Prigge* du 13 septembre 2011 (C-447/09), il concerne la cessation automatique des contrats à un certain âge pour les pilotes de ligne. La Cour envisage la conformité de la mesure à partir de différentes dispositions de la directive 2000/78 et conclut à la non-conformité de cette mesure. Elle ne le fait pas parce qu'un critère d'âge ne serait pas acceptable en principe. Elle admet que l'âge civil puisse servir d'indicateur des « capacités physiques » des pilotes (§§ 74-75). Ceci étant, la Cour a rappelé sur le principe que « Pour ce qui est des pilotes de ligne, il est essentiel qu'ils possèdent, notamment, des capacités physiques particulières dans la mesure où les défaillances physiques pour cette profession sont susceptibles d'avoir des conséquences importantes. Il est indéniable également que ces capacités diminuent avec l'âge (voy. en

(16) Voy. aussi les conclusions de l'avocat général Bot (en particulier §§ 44-45 et § 50)

(17) Sur l'« équilibre des âges » selon la C.J.U.E. : A.-F. Colla et A. Gosseries, « Discrimination par l'âge et droit transitoire - Réflexions à partir de *Commission c. Hongrie* (C-286/12) », *JTT*, 2013, n° 1149, pp. 69-81, en particulier n° 19.

ce sens, s'agissant de la profession de pompier, arrêt *Wolf*, précité, point 41). Il en résulte que le fait de posséder des capacités physiques particulières peut être considéré comme une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », au sens de l'article 4, § 1^{er}, de la directive 2000/78, pour l'exercice de la profession de pilote de ligne et que la possession de telles capacités est liée à l'âge » (§ 67). Elle a aussi rappelé à cet égard le 23^e considérant de la directive (§ 71).

Notons aussi que la Cour rejette en l'espèce la mesure concernée pour deux raisons spécifiques liées à l'âge choisi (60 ans) et aux effets y attachés (interdiction d'activité) dans la convention collective examinée. Les réglementations nationales et internationales fixent en effet l'âge maximum à 65 ans, l'acte incriminé ne faisant pas état d'éléments justifiant qu'on s'en écarte. Ces réglementations restreignent certes l'exercice des activités de pilotes de plus de 60 ans (typiquement en autorisant l'activité jusque 65 ans comme membre d'une équipe de pilotes dont les autres ont moins de 60 ans) mais ne les interdisent pas (§§ 63-64, §§ 71-75).

20. — Ces quatre affaires diffèrent de l'affaire *Hennigs et Mai* (8 septembre 2011, C-297/10, et C-298/10 jointe) qui concernait des barèmes de rémunération liés à l'âge, une des justifications invoquées étant que « (...) la rémunération de base plus élevée dont bénéficient les agents plus âgés lors de leur recrutement viendrait en compensation de leurs besoins financiers qui seraient, dans la plupart des cas, plus élevés compte tenu de leur environnement social » (§ 69). Dans un attendu tout à fait explicite, la Cour se positionne, curieusement au plan de l'examen du caractère légitime de l'objectif plutôt que du caractère proportionnel des moyens, comme suit :

« S'agissant de l'argument (...) qui viserait à compenser les besoins financiers plus élevés des agents plus âgés, liés à l'environnement social de ces derniers, il convient, d'une part, de relever qu'il n'est pas démontré qu'il existe une corrélation directe entre l'âge des agents et leurs besoins financiers. Ainsi, un agent jeune peut avoir à supporter des charges de famille importantes alors qu'un agent plus âgé peut être célibataire et

sans enfant à charge. D'autre part, la juridiction de renvoi a précisé que la rémunération de base des agents contractuels du secteur public est complétée par une prime dite « locale », dont le montant varie en fonction des charges familiales de l'agent » (§ 70) (18).

21. — En sus des affirmations de l'avocat général Jacobs dans l'affaire *Lindorfer*, il ressort de ces cinq arrêts que, dans *Wolf* (pompiers) et *Petersen* (dentistes), la Cour ne conteste pas l'insuffisance des capacités physiques au-delà d'un certain âge, en lien avec les exigences de l'emploi concerné. Dans *Prigge* (pilotes), c'est la même ligne qui est adoptée, même si la Cour estime que l'âge choisi (60 ans plutôt que 65 ans) ne se justifie pas. Dans *Georgiev* (académiques), la Cour accepte une corrélation entre âge et compétence, même si elle ne présuppose pas l'idée de compétence moindre à partir d'un certain âge. Il s'agit cette fois probablement de faire coexister et de confronter des visions différentes. Quant à *Hennigs et Mai* (barèmes différenciés), la Cour y conteste la corrélation entre âge et besoins financiers. L'essentiel est que dans aucun de ces cas, l'idée générale d'utiliser un critère d'âge comme *proxy* d'un critère cible ne semble pas rejetée dans son principe.

On notera aussi que seuls *Wolf* et *Prigge* sont explicites sur le fait qu'il s'agisse d'une relation entre âge et capacités physiques. *Georgiev* n'établit pas de relation explicite entre l'âge avancé et la performance intellectuelle (19), et *Petersen* pas nécessairement non plus, puisque la position prise pourrait être justifiée autrement (par exemple : questions de dextérité). Cette

(18) Sur le lien entre âge et besoin en ressources : G. Bognar, « Age-weighting », *Econ. & Philos.*, 2008, vol. 24, p. 186.

(19) Voy. cependant la discussion sur la relation entre âge et expérience dans *Hennigs et Mai*. Sur la relation entre âge et mémoire : Th. Hess, « Memory and Aging in Context », *Psychological Bulletin*, 2005, 131(3), pp. 383-406; Sur l'impact de l'environnement de travail sur les capacités cognitives des travailleurs âgés : J.-C. Marquié, « Environnements capacitants, développement cognitif et possibilité de maintien dans l'emploi », *Retraite et société*, 2009, n° 59, pp. 103-115; Sur la relation entre âge et performance au travail en général : Th. Ng et D. Feldman, « The Relationship of Age to Ten Dimensions of Job Performance », *J. of Applied Psychology*, 2008, vol. 93(2), pp. 392-423.

position de la C.J.U.E. sur la relation entre l'âge et les capacités intellectuelles contraste avec deux arrêts de notre Cour constitutionnelle, le premier étant antérieur à l'adoption de la directive 2000/78/CE.

En effet, dans un arrêt 39/97 du 14 juillet 1997, un lien semble établi entre âge et créativité. La Cour a en effet jugé que « les mesures litigieuses sont inspirées par le souci du législateur décrétoal de procéder à la restructuration de la B.R.T.N. et de créer des fonctions contractuelles dans les cadres supérieur et moyen permettant de mener une politique créative et novatrice dans le paysage audiovisuel et de s'adapter à l'évolution rapide des médias. En vue de pouvoir créer, dans le secteur des médias, une telle créativité et mobilité permanente des cadres supérieurs et moyens, il a paru nécessaire au législateur décrétoal d'offrir, d'une part, la possibilité de supprimer des fonctions existantes et de procéder, d'autre part, dans les cadres supérieur et moyen, au rajeunissement jugé nécessaire du personnel occupant des fonctions de direction et de management. » (B.10.2).

De même, même si le terme « santé » est plus ambigu, notre Cour constitutionnelle a sans doute établi dans son arrêt 2001/109 du 20 septembre 2001, une relation entre âge et capacités intellectuelles dans le cas de notaires de plus de 67 ans, ne s'agissant pas en l'occurrence d'un métier particulièrement « physique ». Elle a en effet estimé que « le législateur, qui entend réformer les règles applicables aux titulaires d'une fonction dont l'une des caractéristiques essentielles est de garantir la fiabilité des actes et qui souhaite mettre la fonction à la portée, dans les faits, d'un plus grand nombre de candidats, est dès lors fondé à limiter dans le temps l'exercice de celle-ci afin d'éviter, notamment, que l'exercice de l'activité soit poursuivi à un âge où la santé risque de compromettre son efficacité. » (B.9.3.). Cette seconde décision de notre Cour constitutionnelle belge mérite d'ailleurs d'être mise en regard de la position française de la cour d'appel de Nîmes dans l'arrêt précité (*supra*, n° 5) selon laquelle « il ne peut (...) être procédé à un amalgame entre [l'âge et l'état de santé] en considérant que l'âge avancé induit nécessairement une santé défailante ».

2. — Refus de recrutement, retraite obligatoire et refus d'assurance

22. — Nous avons vu comment la C.J.U.E. aborde la question de l'âge comme critère de substitution. Examinons à présent quelles limites elle pose à l'usage de ce critère en termes d'implications pratiques. Explorons en particulier ce qu'une juridiction ou un législateur soucieux de cohérence, et conscient(e) de l'applicabilité de la loi du 10 mai 2007 tant à l'emploi qu'à l'assurance, pourraient tenter comme comparaisons entre ces deux domaines, au vu de l'existence d'une jurisprudence en matière d'emploi et de sa quasi-absence en assurance. Nous développerons ensuite quelques éléments de réflexion critique suscités par cette comparaison. Nous partons de deux pratiques spécifiques en matière d'emploi : l'âge maximal de recrutement et la retraite d'office basée sur l'âge.

D'abord, dans l'arrêt *Wolf*, la Cour admet la conformité d'un âge plafond d'engagement en vue de garantir un nombre d'années opérationnelles (post-formation) suffisantes (15-20 ans plutôt que 5-10 ans en l'espèce), y compris sans doute eu égard à l'importance de la durée (et donc des coûts) de formation (ici, deux ans). Si l'on passe du côté de l'assurance, l'âge d'engagement/recrutement (emploi) pourrait être comparé à l'âge de souscription (assurance). L'exemple typique serait celui d'une assurance portant sur un risque croissant avec l'âge (assurance hospitalisation, assurance décès...). Un arrêt de type *Wolf* dans le domaine de l'assurance autoriserait, *mutatis mutandis*, un âge maximal de souscription au-delà duquel il serait légal pour un assureur de refuser d'assurer un risque déterminé. Cet âge maximal pourrait être justifié par référence à l'idée d'une durée minimale probable de cotisation.

Il ne nous semble pas exister ici de raison particulière liée à la différence travail/assurance n'autorisant pas une telle conclusion. On pourrait peut-être penser qu'une telle durée séparant l'âge d'engagement de celle de l'âge auquel l'employé quittera la fonction est plus certaine que celle qui sépare la première année de souscription de l'occurrence du risque en assurance. Ce serait oublier cependant que même dans un contexte où la retraite d'office est basée sur un âge prédéfini, et à supposer même que cet

âge soit constant, rien ne garantit qu'un employé ne rejoigne entre-temps une autre entreprise ou ne demande une prépension, par exemple (20).

23. — Notre seconde illustration a trait non plus à une comparaison avec un âge plafond de recrutement (interdiction d'entrée), mais avec une retraite d'office basée sur l'âge (obligation de sortie). Ce que la Cour confirme dans l'arrêt *Prigge* (pilotes) et probablement aussi dans l'arrêt *Petersen* (dentistes), c'est que non seulement une retraite d'office basée sur l'âge peut être conforme au droit européen, mais aussi que l'invocation d'une relation entre l'âge et les capacités physiques des personnes peut en constituer une justification légitime.

Transposant ce raisonnement à l'assurance, on peut envisager deux cas, l'un d'assurance non obligatoire professionnelle et l'autre d'assurance obligatoire non professionnelle. Le premier cas serait celui d'un assureur estimant qu'à partir d'un âge donné, les risques de dommages dans le cadre d'une pratique professionnelle (la dentisterie, par exemple) deviennent trop élevés. Il refuserait dès lors de les assurer. Dans des domaines où une assurance « risques professionnels » est cruciale, même si elle n'est pas obligatoire, cela signifierait que, *de facto*, la personne devrait mettre fin à sa pratique professionnelle.

Le second cas serait celui de l'assurance auto. Un assureur pourrait estimer que les risques que présente un automobiliste de plus de 65 ans sont beaucoup trop élevés et décider de refuser d'assurer ce risque. L'assurance auto étant obligatoire, cela signifierait que l'automobiliste devrait se résoudre à prendre les transports en commun à partir d'un certain âge, et plus généralement, à dépendre d'autrui pour ses déplacements. Contrairement à l'analogie avec *Wolf*, il ne s'agit plus ici d'un refus d'assurance basé sur une période de cotisation trop courte (âge plafond de souscription), mais sur l'existence d'un risque trop

élevé à un âge donné, quelle que soit la durée de cotisation écoulée (âge plafond de couverture).

Il n'y a pas à notre connaissance de décisions européennes ou belges sur ce point. Par contre, l'arrêt français de la cour d'appel de Nîmes précité (*supra*, n° 5) porte précisément sur une telle hypothèse de refus d'assurance basé sur un âge trop élevé. Il en va de même de la délibération de la H.A.L.D.E. du 13 décembre 2010 (*supra*, n° 11). La situation est en réalité tout à fait étonnante. En effet, en droit français de l'assurance, l'on interdit le refus d'assurance basé sur un âge maximal, tout en autorisant des différences tarifaires ajustées au risque lié à l'âge. C'est l'inverse qui se passe dans la jurisprudence de la C.J.U.E. en matière d'emploi. En effet, si elle a confirmé dans plusieurs arrêts la compatibilité de mesures de retraite obligatoire basée sur l'âge ou de cessation de contrat par l'employeur à l'atteinte d'une limite d'âge, elle a rejeté par contre d'autres mesures visant à modaliser les durées de préavis ou les conditions de rémunération en fonction de l'âge (21). Le contraste entre le droit français de la discrimination par l'âge en assurance et le droit européen de la discrimination par l'âge en matière d'emploi est donc frappant.

24. — On pourra peut-être estimer qu'il existe des différences significatives en termes d'impact entre emploi et assurance pour ce qui est des limites d'âge. Mais c'est peu probable, tant le droit de l'assurance conditionne notre capacité à poser certains actes, y compris professionnels, autant qu'un refus direct en matière d'emploi. Un refus d'assurance « risques professionnels » basé sur l'âge restreint le droit au travail d'une personne presque autant qu'un plafond d'âge pour la pratique de cette même profession, même quand il ne s'agit pas d'une assurance obligatoire. Et une limite d'âge en matière de roulage ne restreint pas significativement plus le droit de conduire qu'un refus d'assurance auto, surtout si cette dernière est obligatoire. De plus, il ne semble pas que l'âge de candidature à un emploi soit généralement moins choisi que l'âge de souscription à une assurance vie. Ni que la durée de cotisation à une assurance ait un impact plus direct et significatif sur la rentabilité de l'acti-

(20) On notera cependant que la question de la durée de cotisation est difficile à manipuler dans le cas de contrats d'assurances dans des situations où un assuré ne ferait que changer de compagnie d'assurance. Le fait qu'une personne souscrive à une assurance décès pour la première fois à l'âge de 60 ans est donc différent de celui où elle aurait cotisé dès l'âge de 40 ans, mais déciderait à l'âge de 60 ans de changer d'assureur.

(21) Voy. Colla et Gosseries, *op. cit.*, p. 74, n° 25.

vité d'assurance que ne l'a sur la rentabilité de l'entreprise la durée attendue d'emploi d'un travailleur engagé.

Une différence possible entre emploi et assurance ne tiendrait-elle pas au fait que la retraite obligatoire puisse avoir d'autres justifications possibles que la seule réduction du risque lié à une activité? Par exemple, si l'on considère que le nombre d'emplois disponibles, même s'il n'est pas fixe, est limité, la retraite obligatoire peut être vue comme une forme de partage du temps de travail entre générations. La C.J.U.E. a été explicite sur ce point dans plusieurs de ses arrêts (22), notamment dans *Petersen* où elle a considéré comme légitime, l'objectif de « répartir les possibilités d'emploi entre les générations au sein de la profession de dentiste conventionné » (§ 65). À la réflexion, il n'y a pas de raison de penser qu'un tel objectif supplémentaire soit nécessairement absent de nos exemples d'assurance. Un assureur pourrait très bien souhaiter contribuer, par la limite d'âge de couverture en matière de risques professionnels, à une telle répartition des possibilités d'emplois entre générations. Et même dans le cas de l'assurance auto, on pourrait voir dans l'imposition d'une limite d'âge de couverture une contribution du secteur de l'assurance à l'atténuation d'un problème de congestion routière analogue au problème de rareté d'emploi auquel la retraite obligatoire répond. Il n'est donc pas manifeste qu'une fois admise la pluralité de fonctions possibles de la retraite obligatoire, il ne soit pas possible de les retrouver aussi dans les cas de refus d'assurance fondés sur des limites d'âge de couverture, que ce soit pour des risques professionnels ou pas.

25. — Cette comparaison emploi/assurance nous invite à ce stade à au moins trois réflexions. Une première question est de déterminer dans quelle mesure un assureur privé serait en droit d'avoir sur les limites d'âge une vision autonome, différente de celle du législateur. En matière d'emploi, la position de la C.J.U.E. dans les affaires *Palacios de la Villa*, *Rosenbladt* et *Hörmfeldt* qui concernaient toutes les trois des cessations de contrat basées sur l'âge imposées par l'employeur lui-même, suggère qu'il peut être légal pour un employeur de décider seul

d'une telle limite d'âge même si le législateur n'en prévoit pas (23). Ceci ne serait dès lors pas différent de la situation d'un refus d'assurance auto au-delà d'un certain âge chaque fois que le législateur ne poserait pas quant à lui de limite d'âge supérieure en matière de permis de conduire. Un assureur auto plus sensible que le législateur aux risques routiers représentés par une proportion des personnes plus âgées et aussi à la nécessité d'une gestion équitable des problèmes de congestion sur les routes, serait alors en droit de poser des limites d'âge de couverture, là où le Code de la route ne poserait pas de plafond d'âge. À suivre la position en droit français, un tel refus d'assurance fondé sur un âge maximal serait illégal. Mais si l'on suivait analogiquement le droit européen du travail, il ne serait étonnamment pas illégal pour un assureur particulier de refuser une telle couverture.

26. — La seconde question est de savoir s'il n'est pas nécessaire, en termes de proportionnalité, de remplacer des limites d'âge telles qu'un âge plafond de recrutement ou de souscription, une retraite d'office ou un âge plafond de couverture, par une simple modalisation plus souple des conditions de travail et d'assurance. Se pose ici la question non pas du critère d'âge, mais des conséquences qu'il convient d'associer au recours à ce critère. Dans le domaine de l'emploi, on pourrait envisager de remplacer une limite d'âge de recrutement par une modalisation des conditions salariales ou autres liées à l'âge de recrutement. Si l'on admet pour une fonction donnée qu'un employeur puisse refuser d'engager une personne parce qu'elle aurait plus de 30 ans, pourquoi ne pas souhaiter plutôt qu'il engage cette personne même si c'est avec un salaire moindre qu'une personne de moins de 30 ans.

De même, dans le domaine de l'assurance, il est concevable de modaliser les primes ou de soumettre la couverture à une franchise plus importante à partir d'un certain âge plutôt que de recourir à une limite d'âge de souscription ou à une limite d'âge de couverture. Ainsi, un automobiliste qui aurait particulièrement besoin de son véhicule

(22) Voy. Colla et Gosseries, *op. cit.*, p. 73, n° 19.

(23) *Palacios de la Villa*, 16 octobre 2007, C-411/05; *Rosenbladt*, 12 octobre 2010, C-45/09; *Hörmfeldt*, 5 juillet 2012, C-141/11.

pourrait malgré tout l'utiliser, même s'il paie une surprime à partir d'un certain âge, comme c'est le cas d'ailleurs pour les jeunes conducteurs. C'est l'approche qui semble privilégiée en droit français dans le domaine de l'assurance. Par contre, la C.J.U.E. semble opposée à une telle approche en matière d'emploi, tout en acceptant des mesures de retraite d'office, certes en raison peut-être de leur autorisation explicite par la directive 2000/78/CE (voy. aussi *infra*, n° 30).

27. — La troisième réflexion a trait à la question de la substitution du critère d'âge par d'autres critères possibles, s'agissant d'un critère qui, malgré ses spécificités, n'en est pas pour autant anodin. Le cas de la retraite obligatoire (ou d'office) est emblématique. D'aucuns contestent la retraite d'office sur son principe, parce qu'elle empêche une personne d'exercer une activité rémunérée particulière, et parce qu'il serait préférable, par exemple, comme nous venons de l'envisager, de prévoir une modalisation des conditions barémiques plutôt qu'une interdiction pure et simple. La légitimité d'une obligation de retraite basée sur l'âge ne va en effet pas de soi, comme en témoigne la position prise en droit américain (24). Une obligation de retraite est problématique, par exemple, s'il n'existe pas un droit à la pension de retraite. Il y est d'ailleurs fait référence dans l'arrêt *Prigge* lorsqu'il est dit que, « hors l'hypothèse dans laquelle la limite d'âge est fondée sur la possibilité pour le salarié d'obtenir une pension de retraite, la juridiction de renvoi considère que la limitation de la durée du contrat de travail en fonction de l'âge du salarié n'est justifiée que lorsque, en raison de l'activité exercée par celui-ci, le dépassement d'un certain âge présente un risque » (§ 28, nos italiques). Mais outre l'existence d'un droit à une pension suffisante, l'on peut aussi considérer que la retraite obligatoire basée sur l'âge sera plus difficile à justifier dans un marché du travail qui recourt de moins en moins aux contrats à durée indéterminée ou pour des professions qui ont de toute façon recours à des tests physiques in-

dividualisés de manière régulière, le critère d'âge étant dans ce dernier cas redondant.

D'autres contesteront l'âge choisi, sans remettre en cause le principe d'une retraite d'office basée sur l'âge. On pourra estimer, par exemple, qu'une obligation de retraite à 70 ans pour des professions déterminées serait préférable à une obligation à 65 ans, notamment en raison du vieillissement de nos populations. Cette question de l'âge adéquat se pose d'abord dans le débat sur le droit à la pension plutôt que dans celui sur la retraite d'office, mais les deux ne sont évidemment pas sans lien, comme nous venons de le noter.

D'autres encore, sans contester le principe d'une obligation de retraite pour certaines professions, pourraient mettre en cause non pas l'âge choisi, mais le choix de l'âge. Si la meilleure justification de la retraite d'office est de répartir les emplois entre les générations, alors il est peut-être préférable pour l'obligation de retraite de se centrer surtout sur les tantièmes, sur le nombre d'années travaillées, plutôt que sur l'âge. C'est peut-être là une mesure plus directe de l'accès à l'emploi sur une vie complète que l'âge lui-même (25), et qui semble plus proportionnelle qu'une limite d'âge si l'objectif est celui d'un « équilibre entre les générations », au sens d'une distribution juste de l'accès aux emplois entre les cohortes de naissance.

La substitution du critère d'âge par des tantièmes ou d'autres critères serait-elle aussi aisée en assurance? Imaginons de remplacer une limite d'âge de souscription par un délai de carence, sans aucune référence à l'âge. La difficulté d'un tel délai de carence serait que l'assuré prévoyant, souscrivant très jeune à une assurance, mais qui aurait la malchance de voir se réaliser son risque très tôt, pourrait ne pas être couvert. La seule manière de répondre à cette difficulté semble être de combiner le délai de carence avec un critère d'âge, en n'imposant un tel délai qu'à des assurés souscrivant à un âge avancé. De même, dans les hypothèses envisagées plus haut d'âge plafond de couverture, il semble difficile de renoncer à toute référence à l'âge si la corrélation avec le risque de sinistre est forte,

(24) J. Suk, « From Antidiscrimination to Equality: Stereotypes and the Life Cycle in the United States and Europe », *The American Journal of Comparative Law*, 2012, vol. 60, pp. 75-98

(25) Ceci laisse ouverte la question de savoir si le droit à la pension devrait lui aussi être basé uniquement sur des tantièmes plutôt que sur une combinaison de tantièmes avec un critère d'âge.

même si on peut certainement envisager d'associer à l'âge l'obligation de passer un examen médical ou une surprime.

Renoncer totalement au critère d'âge dans les cas d'âge plafond de souscription et de couverture semble donc plus difficile. Par contre, modaliser les conditions d'assurance en fonction de l'âge plutôt que d'imposer un âge limite semble possible. Et dans certains cas, on pourrait imaginer, si l'objectif de l'assureur était par exemple de contribuer à une solution équitable aux problèmes de congestion sur les routes tout autant que de couvrir les risques, de modaliser les primes quasi uniquement en fonction de l'ancienneté au volant, augmentant les primes à partir d'une certaine ancienneté alors même qu'il serait peu plausible que l'ancienneté à elle seule, plutôt qu'en combinaison avec l'âge, accroisse le risque d'accident.

III. — LES AFFAIRES BARTSCH ET TEST-ACHATS C. DKV

1. — L'âge (relatif) du conjoint survivant (Bartsch)

28. — Nous terminerons par l'examen de deux affaires particulièrement pertinentes pour le domaine de l'assurance. L'affaire *Bartsch* (C-427/06) portée devant la C.J.U.E. concernait une clause d'un régime professionnel privé de pension excluant le conjoint survivant du bénéfice de la pension en cas de décès du travailleur avant la fin de sa carrière, si ce conjoint survivant était plus jeune de plus de 15 ans que le défunt. Il s'agissait donc d'une différence de traitement par différence d'âge. L'arrêt du 23 septembre 2008 est assez court et conclut à l'inapplicabilité de la directive 2000/78/CE à l'espèce (§§ 16-17), non pour des raisons de champ d'application matériel, mais de champ d'application temporel (délai de transposition non expiré). L'inapplicabilité à l'espèce de l'article 13 CE peut être analysée par les mêmes raisons (§18).

Il n'en reste pas moins que les conclusions du 22 mai 2008 rendues par l'avocate générale Sharpston dans cette affaire sont intéressantes à plus d'un titre. Elle discute de l'existence d'un principe général d'égalité applicable aux différences de traitement par l'âge (§§ 42-65). Elle concorde (§§ 75-76)

avec la position susmentionnée de la Cour. Elle considère aussi qu'une différence de traitement par différence d'âge (fondée sur l'âge relatif) est à examiner comme une différence de traitement par l'âge (§ 97). Mais surtout, elle prend trois positions importantes pour les questions couvertes par la présente étude.

29. — D'abord, elle affirme que « (...) La pension de survie est une « rémunération » au sens de l'article 141 et, partant, une « rémunération » aux fins de l'article 3, § 1^{er}, de la directive 2000/78. Dès l'expiration du délai de transposition de celle-ci, la validité de la clause de différence d'âge devrait dès lors être examinée au regard de la directive. » (§ 101). Les différences de traitement par l'âge dans les produits d'assurance non obligatoires offerts par l'employeur dans le cadre d'une relation de travail doivent donc être examinées comme des différences de traitement dans le domaine de l'emploi. La directive 2000/78/CE est ainsi applicable à une série de produits d'assurance, tels les contrats d'assurance maladie liés à l'activité professionnelle au sens de l'article 138bis-1, § 2, de la loi du 25 juin 1992 sur l'assurance terrestre (26). Ce n'est pas surprenant mais l'affirmation est ici explicite.

30. — Ensuite, si elle considère que n'est pas illégitime l'objectif de l'employeur de vouloir « plafonner globalement les coûts supportés par un régime de pension facultatif d'entreprise » (§ 107, § 113), elle considère cependant que la mesure ne satisfait pas le test de proportionnalité, puisqu'« il n'est pas difficile d'imaginer des façons de limiter les coûts supportés par les régimes de pension facultatifs moins radicales qu'une exclusion pure et simple des conjoints survivants. Par exemple, on pourrait imaginer de verser une prestation réduite aux survivants plus jeunes, sur la base, par exemple, d'un barème dégressif, ou encore de prévoir que les pensions ne seront versées qu'à partir du moment où les survivants auront atteint un certain âge » (§ 121). Ceci est pertinent aussi pour la réflexion sur le refus d'assurance (*supra*, n° 26) même si cela repose évidemment la question de savoir pourquoi la retraite d'office basée sur l'âge devrait être

(26) Voy. aussi J.-M. Binon, *op. cit.*, p. 235, n° 16.

considérée quant à elle comme une mesure proportionnelle, le cas étant certes spécifique, puisque la retraite d'office est explicitement envisagée dans la directive.

31. — Enfin, l'avocate générale envisage la clause de différence d'âge non seulement sous l'angle de la proportionnalité des mesures y associées, mais aussi à l'aune de la qualité du *proxy* utilisé et de son caractère discriminatoire. Elle souligne en effet que « rien dans le dossier mis à la disposition de la Cour ne suggère que la pension du conjoint survivant n'est payable que si le *travailleur* meurt à un certain âge ou au-delà. Ainsi donc, lorsqu'un travailleur et son conjoint ont le même âge et que le premier meurt à l'âge de 40 ans, le conjoint survivant recevra une pension. En revanche, le conjoint survivant puiné de 16 ans par rapport au travailleur qui meurt à l'âge de 56 ans ne percevra rien du tout. Cependant, il n'existe aucune distinction pertinente entre ces deux conjoints survivants (l'un et l'autre âgés de 40 ans) en ce qui concerne leur espérance de vie ni, donc, la longueur de la période durant laquelle ils sont susceptibles de percevoir une pension de survie » (§ 122). L'idée est donc que du point de vue de l'objectif visé, le *proxy* utilisé exclut des bénéficiaires sur la base d'un critère de différence d'âge alors que le coût qu'ils représentent en termes de financement des pensions concernées serait identique, et ce d'ailleurs même si dans le second cas envisagé, le travailleur concerné aura contribué plus longtemps. On voit l'intérêt de ces développements pour le domaine des assurances « conjoints survivants ».

2. — Hausses tarifaires croissantes avec l'âge (*Test-Achats c. DKV*)

32. — Si la C.J.U.E. a eu à statuer sur des questions de différences barémiques en fonction de l'âge, elle n'a pas à notre connaissance dû traiter de questions de hausses barémiques différenciées par l'âge. La Cour suprême des États-Unis a bien eu quant à elle à connaître dans l'affaire *Smith c. City of Jackson* (30 mars 2005, n° 03-1160) de hausses salariales différenciées dont la compatibilité avec l'interdiction de la discrimination par l'âge était contestée. Mais il s'agissait en l'espèce de hausses salaria-

les différenciées en fonction de l'ancienneté, et non de l'âge, l'augmentation étant proportionnellement plus forte pour les employés de moindre ancienneté. L'objectif était de préserver la compétitivité des salaires pour ces personnes par rapport aux salaires externes. Cette augmentation dégressive avec l'ancienneté avait évidemment un impact différencié sur les différentes classes d'âge concernées, le personnel plus âgé tendant en moyenne à avoir une plus grande ancienneté. La Cour a cependant conclu qu'il s'agissait là d'une hausse salariale basée sur un facteur raisonnable autre que l'âge.

33. — L'affaire *Test-Achats c. DKV* (27), à ne pas confondre avec l'affaire *Test-Achats* (C.J.U.E., C-236/09, 1^{er} mars 2011) portant sur les discriminations hommes/femmes en assurance, porte par contre bien sur la question de l'âge en lien avec les hausses tarifaires. Elle est donc particulièrement intéressante, en ce compris d'ailleurs potentiellement pour le droit du travail. L'affaire concernait une augmentation tarifaire imposée par la société d'assurance DKV en matière d'assurance hospitalisation. L'assureur informa ses clients du fait que « Le rythme de croissance des frais liés à une hospitalisation augmentant sensiblement avec l'âge, nous incite à différencier cette adaptation tarifaire » (courrier du 22 septembre 2003). Elle répétait cette position quelques mois plus tard en précisant que « Le rythme de croissance des frais liés à une hospitalisation augmentant sensiblement avec l'âge, l'adaptation tarifaire des plans hospitalisations est appliquée en fonction des différentes catégories d'âge » (courrier du 14 juin 2004). On notera que le choix était laissé aux assurés de répercuter cette augmentation soit sous forme d'une surprime, soit sous forme d'une augmentation de la franchise, soit encore sous forme d'une limitation de la couverture à des chambres à deux lits. L'augmentation de la prime imposée était nulle pour les 0 à 19 ans, de 8% pour la

(27) Historique de l'affaire : Prés. Comm. Bruxelles, cess., 7 mars 2005, *J.T.*, 2005, p. 382; Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2006 et 14 septembre 2010, *For. ass.*, n° 115, juin 2011, pp. 128-131 (note d'observations C. Devoet, « Hausses tarifaires et non-discrimination par rapport à l'âge », pp. 131-133); Cass., (3^e ch.), 4 juin 2012, R.G. n°s C.07.0248.F et C.10.0748.F.

tranche 20-39 ans, 16% pour la tranche 40-59 ans et 24% à partir de 60 ans.

Dans sa décision en cessation, le président du tribunal de commerce de Bruxelles avait examiné s'il y avait une justification objective et raisonnable à l'augmentation non linéaire des primes en lien avec l'âge. Son raisonnement était basé sur deux prémisses. D'une part, l'aggravation du risque concerné avec l'âge était connue par l'assureur depuis la conclusion du contrat et était constante. D'autre part, l'augmentation du coût unitaire des soins concernés n'était pas différenciée par l'âge, le prix d'une nuit d'hospitalisation, par exemple, étant le même pour une personne âgée ou pour un jeune. Il conclut donc que la différence de traitement n'était ni pertinente, ni nécessaire (une augmentation tarifaire linéaire des primes étant possible), ni équitable, ni appropriée au but poursuivi, les alternatives proposées aux assurés âgés étant telles que la mesure apparaîtrait comme une tentative de contourner le principe d'interdiction de résiliation unilatérale par l'assureur.

34. — La cour d'appel (dans ses arrêts de 2006, puis de 2010) n'a pas suivi la juridiction de première instance. L'argument avancé par DKV est que l'augmentation des coûts n'est pas linéaire, même si le coût unitaire des soins est le même quel que soit l'âge du patient. L'assureur faisait en effet valoir que « si, certes, le coût de chaque acte médical a augmenté au fil des années précédentes (augmentation que DKV affirme avoir été prévisible et prévue) (...), ce sont essentiellement l'augmentation de l'espérance de vie et l'évolution de la technologie destinée à soigner des malades qui n'auraient été soignés auparavant (phénomène appelé « effet générationnel ») qui entraînent une augmentation des coûts qui s'est avérée beaucoup plus importante que raisonnablement prévisible à l'époque » (28). La cour suivit DKV sur la nature non raisonnablement prévisible de cet effet générationnel. Ceci étant, si ce caractère non prévisible peut justifier une hausse des tarifs, cela ne nous dit pas comment cette augmentation devrait être répercutée sur les différentes tranches d'âge. On notera à ce stade que DKV avait indiqué avoir, tout en

imposant une hausse tarifaire non linéaire, veillé à ce que la hausse ne soit pas aussi forte pour les tranches les plus âgées que ce qu'aurait impliqué un strict calcul actuariel.

La cour ordonna une mesure d'expertise judiciaire sur la question de la nécessité du caractère non linéaire de la hausse des primes. On pointera ici deux éléments de la prise de position de l'expert. D'une part, il affirma que « s'il est fait usage d'un tarif par tranche d'âge à la souscription, la technique actuarielle conduit, compte tenu notamment des réserves de vieillissement, à devoir moduler l'augmentation en fonction de l'âge atteint ». D'autre part, il défendit la position selon laquelle l'opération consistant à passer à des augmentations moins linéaires, plus différenciées par l'âge « constitue un pas vers une augmentation *plus équitable en fonction du risque de chaque assuré* (...) la technique retenue conduisant à moduler les taux d'augmentation en fonction de l'âge tout en maintenant une certaine solidarité entre les tranches est incontestablement un pas dans la bonne direction. Elle est en tout état de cause plus proche de la réalité actuarielle qu'une adaptation linéaire aveugle qui aurait inutilement pénalisé les tranches jeunes » (29).

La cour a conclu à l'existence d'une justification objective et raisonnable de la hausse non linéaire après avoir souligné notamment que « loin de pénaliser injustement les assurés les plus âgés, l'augmentation telle que pratiquée en l'espèce leur est favorable, puisqu'elle ne leur inflige qu'une hausse de 24% au lieu de 42%, chiffre auquel aurait conduit le calcul actuariel pur, fondé sur les tranches brutes par âge » et « que le maintien d'une solidarité de la part des assurés les plus jeunes, qui se voient infliger une augmentation supérieure à celle à laquelle aurait conduit un calcul actuariel pur n'est pas davantage révélateur d'une discrimination, mais est inhérent au secteur des assurances, caractérisé par une hétérogénéité des portefeuilles (...) » (30).

35. — Cette affaire soulève plusieurs questions de principe. D'une part, celle de savoir comment aborder la question des hausses tarifaires en général, qu'elles soient linéaires

(28) Bruxelles (4^e ch.), 25 septembre 2006, *For. ass.*, 2011, p. 129.

(29) Bruxelles (4^e ch.), 14 septembre 2010, *For. ass.*, 2011, p. 130, nos italiques.

(30) *Ibidem*, p. 131.

ou non. On peut certes mettre en doute le caractère peu prévisible de l'effet générationnel invoqué par DKV. Mais il est important de voir dans ce cas qu'une position exigeante sur la légalité de hausses tarifaires (indépendamment de la question de l'acceptabilité de leur caractère non linéaire) implique aussi que le surcoût lié à l'effet générationnel invoqué, s'il est avéré, sera alors reporté entièrement sur les nouveaux contrats. Or ces derniers auront tendance à être souscrits par les plus jeunes, le surcoût étant alors entièrement couvert par les cohortes de naissance les plus récentes. Toutes choses égales par ailleurs, une position exigeante sur la légalité des hausses tarifaires pour les contrats en cours impliquera donc potentiellement dans les faits une trop forte solidarité entre cohortes successives d'assurés, même pour ceux qui n'associent pas par principe une plus grande segmentation à une plus grande équité. La position adoptée sur le principe même de la légalité ou non d'une hausse tarifaire pour les contrats déjà souscrits comporte donc clairement une dimension générationnelle, elle aussi (31). Et comme nous l'avons montré ailleurs, il n'y a pas de raison de principe de renoncer à invoquer la discrimination par l'âge pour des questions de différence de traitement entre cohortes de naissance plutôt que seulement entre classes d'âge (32).

D'autre part, revenant cette fois sur le caractère plus ou moins linéaire d'une hausse, une fois admis le principe de la légalité possible d'une telle hausse, la position de l'expert judiciaire traduit une conception bien spécifique de l'équité. Même s'il reconnaît l'importance d'une certaine solidarité, les termes « plus équitable en fonction du risque de chaque assuré », suggèrent qu'une plus grande individualisation des primes serait le garant d'une plus grande équité, ce qui ne va pas de soi,

comme nous l'avons souligné plus haut (*supra*, n° 9). On notera cependant un autre élément sur lequel l'expert n'insiste pas. En effet, même si l'augmentation des primes annuelles était la même pour toutes les tranches d'âge, elle impliquerait de toute façon déjà une solidarité entre assurés jeunes et assurés plus âgés si l'on prend en compte la durée totale de cotisation. En effet, l'assuré plus jeune payera la hausse plus longtemps que l'assuré plus âgé, cette hausse n'ayant pas d'effet rétroactif pour ce dernier.

Cela signifie que non seulement, un approche restrictive quant à la légalité des hausses tarifaires va engendrer une plus forte exigence de solidarité des jeunes (cohortes de naissance plus récentes) envers les âgés (cohortes de naissance plus anciennes). Mais cela implique aussi que, même en cas de hausse linéaire, la cohorte de naissance la plus récente d'assurés, dans le type de cas considéré ici, va de toute façon supporter une part plus importante de la hausse sur sa durée de cotisation complète, et ce même si le risque était réparti de manière linéaire entre les différentes classes d'âge. Ceci démontre une fois de plus combien il est important d'adopter sur ces questions d'équité actuarielle et de solidarité en assurance une approche « sur les vies complètes ». Ceci exige en particulier une approche qui, face à des problèmes de risques liés au moins autant à des effets d'âge (la hausse du risque d'hospitalisation avec l'âge) qu'à des effets de cohorte (« l'effet générationnel » invoqué par DKV), se préoccupe à chaque fois de l'impact en termes de différence de traitement « sur les vies complètes » entre les différentes cohortes de naissance successives concernées.

36. — On peut donc avancer la position suivante sur la question de la hausse linéaire de prime. Si on lit la position de l'expert comme considérant comme plus équitable un profil de hausse qui « colle » mieux à la hausse de risque de chaque classe d'âge, cette conception de l'équité actuarielle, en tant qu'elle semble associer de façon trop automatique une plus grande segmentation à une plus grande équité, nous semble problématique. On peut par contre estimer qu'une augmentation non linéaire pourrait être justifiée en tant qu'elle institue déjà de

(31) Sur les hausses tarifaires en droit belge : Devoet, *op. cit.*, pp. 132-133. Sur la question, analogue, de savoir comment répercuter équitablement sur les cohortes successives l'impact de chocs économiques dans le cadre d'un système de pensions : R. Musgrave, « A Reappraisal of Financing Social Security », in *Public Finance in a Democratic Society*, vol. II : *Fiscal Doctrine, Growth and Institutions*, Collected Papers, New York, NY University Press, 1986 (1981), pp. 103-122.

(32) Voir Colla et Gosseries, *op. cit.*, en particulier n°s 32 et 50.

deux manières une forme de solidarité des plus jeunes envers les plus âgés. En effet, d'une part, DKV soulignait, suivie en cela par la Cour, que si elle avait suivi strictement le profil de risque de chaque tranche d'âge, la hausse aurait été encore plus croissante. D'autre part, comme nous l'avons montré, que la hausse soit linéaire ou non, les assurés plus jeunes vont de toute façon cotiser plus longtemps et contribuer donc aussi, à ce titre, à la solidarité avec les assurés actuellement plus âgés.

Si même une hausse non linéaire peut déjà assurer de la solidarité entre assurés plus jeunes et plus âgés, la question des hausses devrait en outre prendre en compte la capacité des assurés à faire face à des changements plus ou moins abrupts. C'est un élément d'équité en assurance qui nous semble distinct de celui de la solidarité. Un profil de hausse plus linéaire permet mieux à l'ensemble des personnes, sauf à postuler des capacités financières significativement différentes selon l'âge (*supra*, n^{os} 20-21), de faire face à des changements qui, s'ils sont peu prévisibles pour les assureurs, le sont *a fortiori* aussi pour leurs assurés. Cette préoccupation est sans doute présente entre les lignes dans des expressions comme « difficilement supportable » ou « pas (...) acceptable socialement et économiquement pour ceux-ci » (33). Mais elle aurait mérité un traitement distinct et explicite. On renverra sur ce point en droit du travail, à l'affaire *Commission c. Hongrie* où la C.J.U.E. a mobilisé une préoccupation pour le caractère abrupt d'un changement de règle et l'a articulé avec une question de discrimination par l'âge (34). Il s'agissait certes en l'espèce d'un abaissement abrupt et significatif de l'âge de la retraite. Mais il est évident qu'une hausse significative et imprévue des tarifs affectant plus une tranche d'âge qu'une autre, devrait susciter le même type de préoccupation.

Il existe donc une tension visible entre deux préoccupations relatives au caractère non linéaire d'une hausse de tarifs d'assurance dans un cas de risque croissant avec l'âge. D'une part, même si elle est non linéaire,

une hausse de tarif peut en réalité déjà instaurer une forme de solidarité des plus jeunes envers les plus âgés. Mais d'autre part, moins elle est linéaire, plus une hausse pourrait rendre le changement trop abrupt pour certaines classes d'âge (et donc aussi certaines cohortes de naissance), au point que cela constitue une raison de conclure au caractère discriminatoire d'une telle hausse.

CONCLUSION

37. — Nous avons défendu l'idée que ce qui fait la singularité de l'âge chronologique tient à son évolutivité. Mais nous avons surtout souligné la nécessité d'articuler cette caractéristique factuelle avec une série de conséquences précises en vue d'éprouver les implications normatives d'une telle singularité. Ces implications sont au nombre de trois. La première a trait à l'argument des vies complètes, qui nous paraît crucial, même si sa prémisse factuelle est plus fragile qu'on ne le pense. La deuxième a trait à la fiabilité actuarielle du critère d'âge, liée à l'importance du passage du temps pour certaines de nos capacités physiques, intellectuelles ou affectives. Nous avons insisté à la fois sur l'idée selon laquelle cette fiabilité actuarielle est surtout significative aux âges extrêmes, et sur le fait qu'elle ne suffit pas à elle seule à rendre le critère d'âge plus acceptable en l'absence de l'argument des vies complètes. L'exemple de la « fiabilité » actuarielle de la « race » dans une société raciste suffit à le montrer. La troisième implication, moins significative, mais liée elle aussi à l'évolutivité de l'âge, a trait au fait que si l'on ne choisit pas l'âge que l'on a, il nous est possible de choisir l'âge auquel on fait certaines choses, comme souscrire à une police d'assurance. Si la singularité de l'âge est donc réelle, et ses implications normatives aussi, chacune d'elles doit être maniée avec prudence. L'évolutivité de l'âge ne permet donc aucunement de produire un argument général et déterminant concluant au caractère anodin du critère d'âge.

Nous avons montré aussi que dans cinq arrêts, la C.J.U.E. ne remet pas en cause le principe même de l'utilisation l'âge comme proxy (n^o 21). Dans *Wolf et Prigge*, elle accepte clairement l'idée d'une relation entre âge et capacités physiques pour cer-

(33) Respectivement : Prés. Comm. Bruxelles (cess.), 7 mars 2005, *op. cit.*, p. 385 et Bruxelles (4^e ch.), 14 septembre 2010, *op. cit.*, p. 131.

(34) Colla et Gosseries, *op. cit.*, en particulier n^{os} 35 et s.

taines professions (pompiers opérationnels, pilotes). Par contre, il ne ressort clairement d'aucun de ses arrêts qu'une relation entre âge et capacités intellectuelles doive nécessairement être admise, du moins en ce qui concerne des plafonds d'âge, ce qui diffère d'ailleurs de la position de notre Cour constitutionnelle dans deux arrêts. Nous avons en effet indiqué que ni *Georgiev* (académiques), ni même *Petersen* (dentistes) ne peuvent être interprétés de manière univoque en ce sens. De même, la Cour conteste la relation entre âge et besoins financiers (*Hennigs et Mai*).

Au-delà du principe de l'usage de l'âge comme *proxy*, important pour l'assurance, nous avons souligné des contrastes intéressants de régimes juridiques entre emploi et assurance, que les différences entre ces deux domaines ne semblent pas justifier. Ainsi, la loi de 2007 est moins stricte sur le critère d'âge en matière d'emploi qu'elle ne l'est en matière d'assurance, alors même qu'en droit communautaire la latitude laissée aux États en matière d'assurance aurait permis l'inverse. De même, alors qu'en droit français de l'assurance, l'on interdit le refus d'assurance basé sur un âge plafond, tout en autorisant des différences tarifaires en fonction de l'âge, la C.J.U.E. semble par contre accepter la retraite d'office basée sur l'âge tout en rejetant la possibilité de modulariser les durées de préavis ou les conditions de rémunération en fonction de l'âge. Nous avons insisté (n^{os} 26-27 et 30-31) à la fois sur la question de savoir si c'est l'âge qu'il convient d'utiliser comme critère (plutôt qu'une retraite d'office basée sur des tantièmes ou un plafond de couverture basé sur l'ancienneté au volant par exemple), mais aussi sur les effets juridiques qu'il est proportionné d'y associer (par exemple, ajustements tarifaires ou salariaux plutôt que non-couverture, retraite d'office ou refus de recrutement par exemple). Le caractère

suspect du critère d'âge doit nous inviter à explorer systématiquement des alternatives à ces deux niveaux.

Enfin, l'affaire *DKV* a attiré notre attention sur la complexité des questions de hausse tarifaire, et partant, sur celles de hausse salariale, en lien avec la discrimination par l'âge. Nous avons insisté en particulier sur l'articulation, nécessaire et difficile, de trois dimensions : impact d'une hausse de manière générale, impact d'une hausse non linéaire en termes de solidarité entre tranches d'âge, et impact d'une hausse non linéaire sur la capacité à réagir au changement de certaines classes d'âge. D'abord, sur le principe même de l'acceptabilité d'une hausse en cours de contrat, une position plus stricte défavorisera les plus jeunes. Ensuite, le caractère linéaire ou non de cette hausse a lui aussi un impact générationnel, même si on retiendra qu'une hausse non linéaire peut déjà instaurer une forme de solidarité des plus jeunes envers les plus âgés. Enfin, moins la hausse est linéaire, plus le changement risque d'être abrupt pour certaines tranches d'âge, ce qui est en soi problématique comme l'a confirmé la C.J.U.E. dans le domaine du travail.

Tout ceci illustre combien le recours au critère d'âge, pour lequel nous avons montré qu'il existe de bonnes raisons de le traiter avec suspicion, est en train d'être examiné de manière de plus en plus attentive par la jurisprudence. C'est cependant bien plus le cas en droit du travail qu'en droit de l'assurance, ce qui est surprenant au vu des ressources de la loi de 2007 et du fait que cette loi semble laisser moins de latitude aux assureurs qu'aux employeurs. Nous espérons avoir montré combien les questions qui se posent en droit du travail et de l'assurance en lien avec l'âge sont analogues et combien il y a à gagner à confronter ces deux branches du droit.
