



Paris, le 25 novembre 2014

Intervention du Défenseur des droits, M. Jacques Toubon, devant le groupe d'étude sur les enjeux du vieillissement de l'Assemblée nationale sur le thème: *Rôle du Défenseur des Droits dans la lutte contre les discriminations par l'âge*

Introduction

En 2014, la France compte 15 millions de personnes âgées de 60 ans et plus sur 65 millions d'habitants. En 2060, près de 24 millions de personnes seront âgées de 60 ans et plus pour 73 millions d'habitants : un habitant de notre pays sur trois aura alors au moins 60 ans.

L'avancée en âge constitue dès lors un enjeu qu'il convient d'anticiper, et tel est très exactement le but de ce groupe d'étude constitué par l'Assemblée nationale.

Le Défenseur des droits s'est ainsi beaucoup investi, depuis sa création, pour la défense des libertés et des droits fondamentaux des aînés et sur les questions liées à l'avancée en âge à partir de trois voies d'entrée : l'accès à l'emploi, public et privé ; l'accès aux prestations sociales et à la retraite ; les difficultés d'accès aux biens et aux services.

Cette approche transversale et diverse découle du parti pris par le Défenseur des droits de ne pas aborder la question de l'avancée en âge à partir de droits catégoriels mais d'interroger, à partir de cette question, l'effectivité des droits fondamentaux pour tous. D'autant qu'il convient de souligner (comme je l'illustrerai) que le critère d'âge est mouvant, suivant le domaine dans lequel il s'applique ; par exemple en matière d'emploi, on peut subir les effets du « vieillissement » dès 40 ans, tandis qu'en matière de protection sociale des « personnes âgées », la barrière d'âge tend de plus en plus à reculer. De même les situations de maltraitance qui peuvent concerner des personnes âgées ne sont pas liées à un âge fixe mais à une situation de perte d'autonomie et de vulnérabilité.

La question des discriminations à l'égard des personnes âgées sur laquelle vous avez souhaité m'entendre est une problématique importante à laquelle est confronté le Défenseur des droits, et anciennement la HALDE, car depuis 2005 environ 6% (6,2% pour l'année 2013) des réclamations reçues au titre de la lutte contre les discriminations (ce qui représente environ 3000 dossiers) sont relatives à l'âge. Et les trois quart de celles-ci concernent l'accès aux formations professionnelles et à l'emploi. En 2013, l'âge a constitué le sixième critère de saisine pour discrimination (sur la totalité des 20 critères légaux), après l'origine (25,5%), le handicap (15,8%), l'état de santé (15,1%), les activités syndicales (10%) et la grossesse (8,4%), étant précisé que les dossiers fondés sur le handicap ou l'état de santé peuvent aussi concerner des personnes âgées.

Face à ces situations, le rôle du DÉFENSEUR DES DROITS est d'accompagner les victimes de discriminations dans le rétablissement de leurs droits, mais il agit également de manière préventive afin de lutter contre les stéréotypes liés à l'âge et d'améliorer la gestion des âges dans les entreprises et les administrations. Il agit donc à la fois sous l'angle de la **protection des droits** (traitement des réclamations individuelles) et de la **promotion de ces droits** (par l'organisation de colloques, de campagnes d'information, d'édition de documents, d'actions partenariales au sein de comités d'entente ou de liaison etc.).

C'est donc à partir de ces 2 leviers d'actions que je vous livrerai, dans un premier temps, des éléments d'éclairage sur les discriminations liées à l'avancée en âge dans le domaine de l'emploi (que vous avez Monsieur le Président, et à juste titre, plus spécifiquement ciblées dans votre lettre d'invitation), pour évoquer ensuite d'autres problématiques telles que les difficultés d'accès aux biens et aux services, l'Institution ayant à connaître, dans ce domaine, de refus pouvant être liés à l'âge du demandeur en matière de logement, d'assurances ou de crédit.

I - Les discriminations dans l'emploi liées à l'avancée en âge :

Le premier domaine de discriminations liées à l'âge est en effet celui de **l'emploi**.

Dans les dossiers traités par le Défenseur des droits en matière de discriminations dans l'emploi, l'âge est le 4^{ème} critère invoqué en emploi public et le 5^{ème} dans l'emploi privé.

Par ailleurs, d'après le dernier **baromètre annuel (janvier 2014) sur la perception des discriminations dans le travail** réalisé pour le Défenseur des droits et l'OIT, 82% des agents de la fonction publique, et 81% des salariés du privé interrogés estiment qu'être âgé(e) de + de 55 ans représente un inconvénient dans l'accès à l'emploi. Parmi les personnes de ce panel qui

indiquent avoir été victimes de discriminations à l'égard de l'emploi, 6% des agents de la fonction publique et 11% des salariés du privé ont indiqué que l'âge avancé en avait été la cause. Dans le secteur privé, l'avancée en âge apparaît comme un facteur plus discriminant que le jeune âge (cité par 8% des salariés du privé), tandis que dans le secteur public le rapport s'inverse (15% des agents de la fonction publique invoquent en effet le jeune âge comme ayant été la cause de la discrimination subie).

I - 1 Face à ces situations, le Défenseur des droits agit d'abord par le levier de la protection des droits :

Et sa mission première est à cet égard de rappeler et de faire respecter le droit : à ce titre, rappelons que la Cour de Justice de l'Union Européenne a érigé en principe général du droit communautaire, le principe de non-discrimination en raison de l'âge dans l'emploi (décision Mangold 2005).

Dans notre droit interne, ce principe figure dans le code du travail (à l'article L.1132-1) et dans le droit de la Fonction Publique (article 6 de la Loi Le Pors sur le statut de la FP) mais également dans le code pénal (articles 225-1 et 225-2), c'est un délit.

Que ce soit dans l'emploi public ou l'emploi privé, on observe des problématiques similaires que nous rangeons en 2 catégories :

- L'accès à l'emploi,
- Les discriminations dans l'emploi.

A - Dans l'accès à l'emploi, la première problématique commune pour l'emploi public et privé est la **question des limites d'âge**.

Limite d'âge dans le secteur public dont le Défenseur des droits fait un examen au cas par cas lorsqu'il en a à connaître pour examiner leurs justifications au regard des exceptions fixées par les textes (par exemple, exigence professionnelle essentielle et déterminante, nécessité d'une période d'emploi raisonnable avant la retraite...).

Mais limite d'âge également dans le secteur privé, notamment celles qui pourraient être inscrites dans les offres d'emplois. Dans ces cas, le Défenseur des droits, *a minima*, rappellera le cadre légal à l'auteur de l'offre et au diffuseur, à savoir que les limites d'âge ne sont pas autorisées dans le secteur privé sauf pour les contrats « aidés » (type contrats d'avenir, de génération....) prévu par la loi et

qui poursuivent un objectif légitime (résorption du chômage des jeunes, des seniors etc...). Le Défenseur des droits vérifiera donc que ces conditions sont réunies.

A côté de ces limites d'âge, se pose le **problème des refus d'embauche** en tant que tel, où la prise en compte de l'âge de la personne est totalement assumée ou déduite des justifications de l'employeur.

Tel a été le cas dans l'emploi public avec le rejet d'une candidature pour un poste de chargé de mission dans une mairie. Situation similaire dans l'emploi privé avec le rejet de la candidature d'une femme âgée de 48 ans pour un poste de chargé de recherche.

Dans les deux cas, le rejet de la candidature était justifié par le profil surdimensionné des postulants. Or, l'enquête du Défenseur des droits a permis de constater que les personnes sélectionnées pour les entretiens, étaient toutes âgées de moins de 30 ans.

Citons une autre affaire où le rejet en raison de l'âge a été assumé, portant sur le rejet de la candidature d'une personne âgée de 40 ans dans une société, l'employeur préservant la moyenne d'âge de 35 ans de ses équipes. Où l'on voit qu'en matière d'emploi, « l'avancée en âge » peut arriver très tôt... Le curseur de l'âge se déplace au gré du secteur d'activité et au gré des entreprises.

B - Les discriminations peuvent également survenir dans l'emploi

Elles se traduisent alors par des refus de formation, l'absence d'évolution de carrière et la cessation d'activités liés à l'âge.

Bien souvent le refus de formation est pris en considération de l'absence de rentabilité du coût de la formation pour un travailleur considéré comme trop âgé. A quoi bon former un salarié de 55 ou 57 ans qui est susceptible de ne pas rester dans l'entreprise ou qui est susceptible de tomber malade et de ne plus être en mesure d'exercer son activité? C'est sur la base de ce raisonnement, qui confine aux préjugés, que la société Air France avait refusé la candidature à un stage de qualification présentée par un commandant de bord de 57 ans. La Cour de cassation, dans un arrêt du 18 février 2014, a cependant confirmé qu'il y avait là une discrimination fondée sur l'âge constitutive d'un trouble manifestement illicite qu'il convenait de faire cesser.

Pour ce qui est de la cessation d'activités, il faut avoir à l'esprit que malgré l'allongement de la durée de vie au travail, l'âge moyen de cessation de l'activité

professionnelle en France se situe à 58 ans (contre 59,9 ans en Europe) et seulement 10% des français sont encore au travail après 60 ans.

→ Cette cessation d'activité peut être imposée par des textes et le Défenseur des droits demeure vigilant sur le caractère discriminatoire qu'elle peut revêtir.

A titre d'exemple, et concernant l'emploi public, le Défenseur des droits a été saisi par des anciens ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne qui ont été mis à la retraite d'office pour avoir atteint la limite d'âge de 57 ans, sans possibilité de report, en application de l'article 3 de la loi n° 89-1007 du 31 décembre 1989, dans sa rédaction applicable à la date des faits.

Au terme de son enquête, le Défenseur des droits a considéré que si l'objectif d'assurer la sécurité du transport aérien induisant des sujétions et responsabilités particulières et nécessitant une très bonne condition physique doit être considéré comme légitime, la limite d'âge automatique de 57 ans n'apparaît pas comme une mesure nécessaire et appropriée pour sa réalisation. La possession d'une licence européenne valide et l'aptitude médicale à l'exercice des fonctions d'ingénieurs du contrôle de la navigation aérienne constatée à l'issue du contrôle obligatoire effectué tous les deux ans, devrait en effet suffire à éliminer tout risque pouvant mettre en péril la sécurité aérienne. Le Défenseur des droits a donc estimé que cette limite d'âge va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif poursuivi de sécurité aérienne et que le caractère général et absolu de l'article 3 de la loi du 31 décembre 1989 est incompatible avec les stipulations de la Directive européenne 2000/78 et que, par suite, cet article institue une discrimination prohibée. (Décision MLD-2014-002 du 18 mars 2014.)

Cette position n'a finalement pas été suivie par le Conseil d'Etat qui a rejeté les requêtes des réclamants qui ont dès lors saisi la CEDH.

Dans l'emploi privé, un dossier traité par le Défenseur des droits concernant les moniteurs de ski peut illustrer la complexité de ce sujet, lorsque le principe de non discrimination à raison de l'âge et le droit des moniteurs les plus âgés à poursuivre leur activité cherchent à être conciliés avec un objectif de politique publique légitime, à savoir favoriser l'activité des nouveaux moniteurs. Une loi a dû ainsi intervenir pour garantir la licéité des dispositifs de réduction d'activité des moniteurs de ski seniors au profit des jeunes moniteurs, à la suite des décisions de justice rendues en 2012 et 2013, et qui avaient invalidé le dispositif mis au point par le syndicat professionnel. Consulté sur le sujet, le Défenseur des droits a rappelé dans son avis que seul l'Etat est compétent pour instituer une différence de traitement fondée sur l'âge, sous réserve que celle-ci soit justifiée

par un objectif légitime et que les moyens de réaliser celui-ci soient appropriés et nécessaires.

Par ailleurs, il observe que l'intégration des jeunes moniteurs est en soi un objectif légitime et que le principe d'un encadrement de la réduction d'activité (garantie de pouvoir valider deux trimestres par saison minimum), est de nature à éviter une disproportion excessive aux dépens des moniteurs les plus âgés.

→ Le Défenseur des droits a aussi à connaître de réclamations lorsque le salarié, considéré trop âgé pour être « rentable », refuse un départ négocié. Face à un tel refus, on arrive parfois à des situations de mise à l'écart et de harcèlement moral avec les conséquences que l'on connaît sur la santé. Cela se termine par un avis d'inaptitude et un licenciement pour inaptitude. Le Défenseur des droits reçoit de nombreux dossiers traitant de ces situations et présente souvent des observations devant les juridictions. Mais le critère discriminatoire pris en compte est celui de l'état de santé et non de l'âge.

Il est aussi arrivé dans ce type d'affaire que le Défenseur des droits facilite l'aboutissement à une solution amiable avec l'accord du réclamant. Tel a été le cas récemment d'un ingénieur de 57 ans dont l'entreprise voulait se séparer sans bien sûr l'affirmer et qui l'avait mis à l'écart avant d'initier une procédure de licenciement pour insuffisance professionnelle après 28 ans de bons et loyaux services. L'intervention du Défenseur des droits a permis une transaction à hauteur de 150 000 euros.

I – 2 Face à ces situations, le Défenseur des droits agit également en utilisant un second levier qui est celui de la promotion des droits :

Comme nous l'avons vu, cette question peut renvoyer à des situations complexes, où les employeurs peuvent aussi se trouver face à des « injonctions paradoxales » : celle de ne pas discriminer tout en favorisant l'accès à l'emploi de certains publics désavantagés (les seniors, les jeunes, les femmes...).

Le Défenseur des droits peut alors jouer un rôle de sensibilisation à l'objectif de non discrimination et d'appui aux acteurs bien intentionnés pour atteindre cet objectif.

C'est ainsi que le Défenseur des droits réunit régulièrement les intermédiaires de l'emploi au sein d'un comité de liaison, ayant notamment débouché sur la signature (le 7 octobre 2013) d'une **charte des intermédiaires de l'emploi** que nous allons nous employer à promouvoir ; le Défenseur des droits mène également une action avec ces partenaires pour recenser et diffuser les bonnes pratiques.

Le Défenseur des droits sensibilise également les salariés par la publication et la diffusion de dépliants sur leurs droits, encourage les employeurs à mettre en place une politique en faveur des seniors (à l'aide d'états des lieux, de diagnostics d'impact sur les effets du vieillissement, de plans d'actions), il encourage aussi les employeurs à mettre en place des actions individualisées (un bilan de mi-carrière, dont le tutorat intergénérationnel).

Le Défenseur des droits demande aussi aux entreprises d'être attentives à leurs obligations en faveur de l'emploi des seniors.

Sensibilisation enfin que le Défenseur des droits a aussi voulu insuffler au secteur public notamment au travers de la **Charte pour la promotion de l'égalité signée le 13 décembre 2013 avec Ministre de la Fonction Publique** et qui traduit une volonté d'exemplarité de l'ensemble des employeurs publics.

→ Si l'emploi représente ainsi un domaine où le risque de discriminations en raison de l'avancée en âge est particulièrement avéré, le Défenseur des droits est aussi saisi de situations relatives à l'accès aux biens et services que je voudrais évoquer plus brièvement.

II - Les discriminations liées à l'avancée en âge dans l'accès aux biens aux services :

Les difficultés observées en ce domaine concernent plus particulièrement l'accès au logement, au crédit et aux assurances.

II- 1 S'agissant de l'accès au logement dans le secteur privé, on connaît bien les phénomènes de discrimination liés à l'origine ; on connaît moins le phénomène d'exclusion dont sont victimes les seniors. Il est pourtant tout aussi important. J'en veux pour preuve un *testing* réalisé par 60 millions de consommateurs début 2014. Il s'agissait d'obtenir un rendez-vous pour visiter un logement. Ils ont testé à la fois l'origine, l'âge (72 ans), la situation de famille (une femme seule avec enfant) et un majeur sous tutelle, soit quatre critères potentiels de discrimination. Il en ressort que la totalité de ces publics sont autant discriminés, les refus opposés dès le stade de la demande de la visite d'un appartement étant de l'ordre de 25 %.

C'est un phénomène que nous avons déjà identifié à travers un certain nombre de dossiers et qui semble s'expliquer par un effet pervers de la loi.

Il existe en effet un dispositif qui protège les personnes âgées de plus de 70 ans ayant des revenus modestes (prévu par l'article 15 III de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs). Lorsque le propriétaire

veut récupérer son logement, il doit aider la personne à trouver un autre logement. C'est un dispositif de solidarité intergénérationnelle qui part d'une intention très positive. Mais le dispositif se retourne contre les personnes protégées.

Un point de progrès à signaler : la loi ALUR (publiée au JO le 26 mars 2014) a intégré l'interdiction des discriminations en raison de l'âge dans le dispositif civil de lutte contre les discriminations. L'interdiction de discriminer les seniors dans l'accès au logement était jusqu'alors prévue et visée uniquement par le Code pénal. Cette loi crée un dispositif civil qui permet aux personnes d'engager des procédures de réparation ciblées sur cet aspect, avec par ailleurs le bénéfice de l'aménagement de la charge de la preuve. C'est une recommandation que le Défenseur de droits portait depuis longtemps, de même que la Halde.

II-2 L'accès au crédit à la consommation :

Le prêteur professionnel est en principe libre, sans avoir à justifier sa décision, de proposer ou de consentir un crédit, de s'abstenir ou de refuser de le faire. Tirée du principe général de la liberté contractuelle, cette règle trouve néanmoins sa limite dans le respect des règles d'ordre public, et notamment l'interdiction des discriminations.

La CNIL a rappelé à ce sujet que l'âge est une donnée qui peut être collectée mais « aucune variable ne doit recevoir une pondération telle qu'elle puisse à elle seule avoir un effet d'exclusion absolue ou disqualifiant ».¹

Or, on a constaté dans un certain nombre de dossiers, et cela a été confirmé comme étant une pratique assez généralisée, que les établissements de crédit ont tendance à les refuser à des personnes autour de 65, 70 ans. Il est très compliqué d'obtenir ce genre de crédit alors que les montants sont très modestes et les durées restreintes. Le risque objectif d'impayé n'est pas véritablement démontré. Nous avons aussi demandé aux établissements de crédit si des études sérieuses avaient été faites visant à démontrer des pertes financières importantes dans le cas de crédits accordés à des personnes âgées. Un silence assourdissant a été la seule réponse. Aucune étude sérieuse n'a été faite sur le sujet. Il faut souligner par ailleurs que ces dettes correspondant à un crédit à la consommation font partie de l'ensemble du patrimoine. Elles rentrent par conséquent dans le cadre de la succession et ont vocation à être honorées au même titre que les autres dettes. Il

¹ Article 2 de la délibération CNIL n°2006-019 du 2 février 2006 (modifiée par la délibération n° 2008-198 du 9 juillet 2008)

faudrait donc démontrer l'existence d'un taux de refus de succession important pour expliquer le risque financier encouru par les établissements de crédit.

Là aussi, nous n'avons eu aucune réponse argumentée et statistique pour objectiver l'existence d'un risque.

Certains de ces dossiers ont fait l'objet de transmission au procureur de la République. Nous n'avons pas senti une volonté du parquet de s'investir fortement sur ces sujets. Les procureurs de la République ont certainement des dossiers à traiter qu'ils considèrent comme étant plus dramatiques. Il n'appartient pas au Défenseur des droits de rentrer dans ce type d'échelle de valeurs, mais il y a là une infraction qui devrait être sanctionnée.

II-3 La question des assurances :

Certains refus d'assurance fondés sur l'âge peuvent être jugés illégaux et discriminatoires, comme l'ont constaté les juridictions pénales dans une affaire de refus d'assurance automobile ², qui par ailleurs est une obligation pour l'assureur comme pour l'assuré. Des sociétés d'assurance refusaient certains dossiers en se basant exclusivement sur le critère de l'âge. Cette affaire a été poursuivie au pénal et a donné lieu à une condamnation au tribunal correctionnel, puis en Cour d'appel. Elle est montée jusqu'à la Cour de cassation qui a considéré qu'il n'y avait pas lieu de rediscuter la décision de la Cour d'appel et que le refus de l'assurance en raison du critère de l'âge était bel et bien une infraction. Le Défenseur des droits a engagé sur cette base un débat de discussion avec les assureurs. Cela a permis aussi une prise de conscience sur le fait que la sélection vécue par les assureurs comme faisant partie de leur pratique professionnelle n'était plus possible de cette manière. Cela ne signifie pas que les assureurs n'ont plus le droit de sélectionner. Cela veut dire que les assureurs doivent faire preuve aujourd'hui d'une plus grande transparence dans les critères qu'ils utilisent. De quelle manière pondèrent-ils ces critères et quelle est la justification statistique de cette sélection ?

Le Défenseur des droits a adopté sur cette question une décision (2012-150 du 16 novembre 2012) qui rappelle que le caractère aléatoire du contrat d'assurance, selon un principe de sélection des risques, peut justifier la prise en compte de l'âge : *« lorsqu'elles sont objectivement justifiées par des éléments actuariels et statistiques, les limites d'âge dans l'accès à un contrat d'assurance de personnes ne constituent pas des discriminations. »*

² Délibération n°2008-177 du 1er septembre 2008 ; Cour d'appel de Nîmes 6 novembre 2008 n°08/00907 ; Cour de cassation - chambre criminelle 7 avril 2009 n°08-88017

Il y a cependant une insuffisance du droit sur cette question de l'accès des seniors aux assurances. En effet, s'il existe un dispositif dédié visant à permettre aux personnes présentant un risque aggravé de santé de s'assurer et emprunter³, il ne traite que des refus liés à l'état de santé et non de ceux fondés sur l'âge.

Au vu de ces éléments, pourrait être étudiée la possibilité de mettre en place un dispositif conventionnel favorisant l'accès aux assurances des seniors, ainsi que la possibilité d'avoir recours à d'autres garanties que les assurances, comme le cautionnement, l'hypothèque ou le nantissement qui peuvent, sous certaines conditions, être des alternatives pertinentes.

+ +

En conclusion, le Défenseur des droits est ainsi activement engagé sur la question des personnes âgées et les risques de discriminations à leur rencontre. Si j'ai illustré ce point en prenant l'exemple de l'emploi ou de l'accès aux biens et services, j'aurais pu également faire état des effets pervers constatés des évolutions législatives en matière de retraite, qui ont pu pérenniser des discriminations préexistantes dans le domaine de l'emploi, constituant ainsi des discriminations indirectes, et dans certains cas créer directement des discriminations.

Outre le traitement des réclamations qu'il reçoit et les actions de prévention et de sensibilisation qu'il conduit, le Défenseur des droits est consulté sur les travaux législatifs. Il a notamment contribué, par ses analyses et propositions, au **projet de loi sur l'adaptation de la société au vieillissement**, en cours d'examen par le Parlement.

La problématique de l'avancée en âge pose en effet également la question de la perte d'autonomie. La prévention de la perte d'autonomie et le respect des droits fondamentaux des personnes qui la subissent font partie des sujets importants abordés par ce projet de loi et dont traite l'Institution. Le pôle santé du Défenseur des droits constate une augmentation relative des réclamations ayant pour objet des actes de négligence ou de maltraitance à l'égard notamment de personnes hébergées en EPHAD. Reconnaisant l'utilité de l'action déjà menée par le Défenseur des droits pour prévenir ou régler ces litiges (en ayant parfois recours à la médiation), les Députés ont voulu renforcer dans ce projet de loi sa compétence à recevoir des demandes en cas de traitement discriminatoire survenant dans des établissements d'hébergement pour personnes âgées dépendantes.

³ Convention AERAS