

Le Défenseur des droits

Mission lutte contre les discriminations et promotion de l'égalité

Décision LCD-2011- 63

Le Défenseur des droits :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et son Préambule ;

Vu la Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2008 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de traitement, notamment ses articles 1 et 3 ;

Vu la loi du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, notamment ses articles 15 et 20 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, notamment son article 25 ;

Vu le décret n° 2002-1490 du 20 décembre 2002 fixant le statut des militaires infirmiers et techniciens des hôpitaux des armées, notamment son article 5 ;

Vu le décret n° 2011-905 du 29 juillet 2011 relatif à l'organisation et au fonctionnement des services du Défenseur des droits ;

Vu l'arrêté du 27 avril 2004 définissant les conditions d'aptitude physique exigées des candidats à un premier engagement en qualité de militaire infirmier et technicien des hôpitaux des armées, notamment son article 1^{er} ;

Vu l'instruction n° 2100/DEF/DCSSA/AST/AME du 1^{er} octobre 2003 relative à la détermination de l'aptitude médicale à servir.

Saisi par Madame X d'une réclamation relative à la décision d'inaptitude qui lui a été opposée le 8 juin 2009 par le Ministère de la Défense, alors qu'elle se portait candidate à un engagement au sein du service de santé des armées, en qualité de secrétaire médicale sous statut militaire, le Défenseur des droits, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, décide de formuler les recommandations suivantes au Ministère de la Défense:

- Réexaminer le dossier de candidature de Madame X en vue de son admission au sein du service de santé des armées, en qualité de secrétaire médicale ;
- Mettre en place une commission chargée d'engager des travaux en vue d'abroger les conditions de tailles requises afin de pouvoir incorporer le service de santé des armées en qualité notamment de secrétaire médicale, pour que seule l'appréciation *in concreto*

de l'aptitude physique et médicale de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer leurs fonctions soit retenue ;

- Veiller notamment à ce que cette commission engage une réflexion sur l'adaptation des équipements de protection et de travail de ces militaires.

Le Défenseur des droits demande au Ministère de la Défense de le tenir informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de quatre mois, à compter de la notification de cette décision.

Le Défenseur des droits

Dominique BAUDIS

Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie, le 12 juin 2009, d'une réclamation de Madame X relative à la décision d'inaptitude qui lui a été opposée le 8 juin 2009 par le Ministère de la Défense, alors qu'elle se portait candidate à un engagement au sein du service de santé des armées, en qualité de secrétaire médicale sous statut militaire.
2. Depuis le 1er mai 2011, conformément à l'article 44 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 susvisée, « *les procédures ouvertes par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité [...] se poursuivent devant le Défenseur des droits. A cette fin, les actes valablement accomplis par [...] la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité sont réputés avoir été valablement accomplis par le Défenseur des droits* ».
3. En l'espèce, la décision d'inaptitude contestée a été prise au motif que mesurant 1,47 mètre, la réclamante ne remplit pas la condition de taille exigée par l'article 22 de l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003 susmentionnée, fixée à 1,50 mètre pour les femmes.
4. Madame X estime qu'il s'agit d'une appréciation discriminatoire de son aptitude physique, elle-même fondée sur une norme discriminatoire, et que l'administration a présumé d'une situation de handicap.
5. Par courriers des 4 août 2009 et 25 octobre 2010, une enquête a été menée auprès de la direction des affaires juridiques du ministère de la défense, qui y a répondu le 15 octobre 2009 et le 15 décembre 2010.
6. Il convient de rappeler que les militaires bénéficient d'un statut issu en dernier lieu de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 précitée, codifiée dans le code de la défense. Des statuts particuliers régissent également certains corps de militaires.
7. Le corps des secrétaires médicales du service de santé des armées est régi par le décret n° 2002-1490 du 20 décembre 2002 susvisé. Recrutés par candidatures spontanées, ces secrétaires (hommes ou femmes) servent sous statut MITHA (militaires infirmiers et techniciens des hôpitaux des armées).
8. S'agissant de l'aptitude physique pour intégrer les différents corps des armées, l'article 20 de la loi du 24 mars 2005, dispose que : « *Nul ne peut être militaire : (...) 3° S'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction (...)* » (article L. 4132-1 du code de la défense).
9. Ainsi, comme l'indique le ministère « *tout candidat à un engagement à servir dans les armées doit être déclaré apte, notamment après une visite médicale initiale réalisée par un médecin des armées* ».
10. Cette visite médicale a pour objet de déterminer le « *profil médical* » des candidats et de vérifier leur aptitude à la fonction militaire. Ce « *profil médical* » est composé de sept rubriques : SIGYCOP, définies par l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003.

11. L'arrêté du 27 avril 2004 prévoit les conditions d'aptitude physique exigées des candidats à un premier engagement en qualité de militaire infirmier et technicien des hôpitaux des armées, dont font partie les secrétaires médicales, et dispose dans son article 1^{er} que « *les candidats à un premier engagement en qualité de militaire infirmier (...) doivent présenter l'aptitude physique correspondant au profil médical minimum (...)* ».
12. Dès lors, indépendamment de toute affection, infirmité ou malformation, l'aptitude doit être estimée en fonction de la complexion, taille, musculature et robustesse.
13. L'article 22 de l'instruction n° 2100 pose ainsi, les conditions de taille minimale exigées pour l'engagement. Pour les femmes, la taille minimale est de 1,50 mètre, quel que soit leur âge. Pour les hommes, la taille minimale est de 1,54 mètre, et varie très légèrement en fonction de l'âge.
14. En dessous de ces tailles minimales, les candidats à l'engagement militaire sont déclarés inaptes (ils sont classés : G=5). En effet, dans le SIGYCOP, l'aptitude physique générale (ou morphologie générale) est appréciée au regard du coefficient attribué au sigle G, en fonction notamment de la taille.
15. Concernant la réclamante, au regard des règles précitées, son classement G=5 a entraîné son inaptitude à l'engagement.
16. Pour justifier la condition de taille opposée aux secrétaires médicales de l'armée et la décision d'inaptitude critiquées, l'administration indique principalement :
 - que la situation de Madame X a été examinée *in concreto* au regard des tâches à accomplir ;
 - que le critère de la taille constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante au regard de la nature des fonctions exercées, de la formation à suivre (qui comprend notamment l'école d'intervention tactique, le brancardage relevage et les épreuves pratiques), des conditions liées au port des équipements de protection, ainsi qu'à la protection de la santé et de la sécurité des candidats et des tiers, en vue d'assurer la bonne organisation et l'efficacité opérationnelle des forces armées ;
 - que les secrétaires médicales relevant du statut militaire peuvent être appelées « *à servir en tout temps et en tout lieu* » (article L. 4121-5 du code de la défense). Leurs tâches ne se limitent pas au secrétariat médical, ce métier pouvant aller au-delà (brancardage, premiers secours, accueil des blessés, usage des armes et légitime défense) ;
 - et, que les équipements et le matériel ne peuvent être réalisés sur mesure pour des contraintes techniques et financières. Seuls certains équipements individuels le sont, comme les lunettes de vue ou les protections auditives.
17. Des arguments similaires avaient été invoqués par la direction générale de la police nationale et la direction de l'administration pénitentiaire pour justifier la condition d'une taille minimale d'1,60 mètre précédemment requise afin de pouvoir intégrer les corps de policiers en service actifs ou de personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire. Pour autant, la condition de taille a été supprimée par l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de

fonctionnaires. Dorénavant, les médecins agréés doivent apprécier l'aptitude physique des candidats de manière individuelle et concrète, et non plus selon des critères définis *in abstracto* sans lien évident avec les fonctions.

18. Cet arrêté prend en compte l'évolution de la jurisprudence administrative relative à l'aptitude physique des candidats à un emploi public, à laquelle se réfère en l'espèce l'administration en indiquant qu'elle s'y est conformée. En effet, conformément aux observations de la haute autorité (délibération du 24 mai 2007, n° 2007-135), le Conseil d'Etat a considéré, que « *l'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'admission dans des corps de fonctionnaires ne peut porter que sur la capacité de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer les fonctions auxquelles ces corps donnent accès (...)* » (CE, 6 juin 2008, n° 299943).
19. Ainsi, l'appréciation des conditions d'aptitude particulières des candidats à des fonctions publiques (militaires inclus) doit se faire :
 - au vu de la capacité de chaque candidat au moment de l'admission ;
 - *in concreto* au regard des fonctions auxquelles le candidat est destiné.
20. S'il est vrai que les métiers de policier en service actif ou de surveillant de l'administration pénitentiaire comprennent des conditions d'emploi distinctes de celles des militaires, il n'en demeure pas moins, qu'ils induisent, comme pour ces derniers, l'usage possible de la force et que, par suite, une comparaison paraît pertinente, même si elle ne saurait à elle seule suffire à retenir le caractère discriminatoire de la condition de taille imposée en vue d'incorporer le service de santé des armées en qualité de secrétaire médicale.
21. En outre, il convient de rappeler que la Directive 2000/78/CE applicable à l'emploi privé comme public prévoit qu'il ne saurait y avoir de discrimination à l'embauche à raison du handicap (articles 1 et 3).
22. L'administration invoque le considérant 18 de ce texte et estime que ces stipulations ne sauraient 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 opérationnel de ces services* ».
23. Il n'en demeure pas moins que de telles stipulations, également applicables à la police, à l'administration pénitentiaire et aux sapeurs-pompiers, n'ont pas empêché la suppression de la condition de taille, notamment pour l'accès aux corps policiers en service actif ou de personnel de surveillance de l'administration. Cette suppression est également en cours pour les sapeurs-pompiers (cf. délibérations n° 2011-44 à 46 du 28 février 2011).
24. S'agissant de la condition de taille minimale requise des secrétaires médicales du service de santé des armées, elle apparaît discriminatoire au regard des articles 1 et 3 de la Directive précitée, sans que les considérations générales avancées par l'administration ne suffisent à écarter cette analyse.

25. En effet, s'assurer de l'aptitude physique des candidats et de la bonne organisation des armées constituent des objectifs légitimes. En revanche, l'exigence supplémentaire d'une condition de taille apparaît disproportionnée car sans lien nécessaire avec la capacité à exécuter les missions qui incombent aux secrétaires médicales de l'armée.
26. En premier lieu, la procédure permettant de vérifier l'adéquation entre l'aptitude physique du candidat et la fonction postulée au sein du service de santé des armées, conduit à exclure certains agents, non pas en considération de leur inaptitude réelle à exercer les fonctions concernées et à faire face aux sujétions inhérentes à l'état de militaire, mais d'abord en raison de « *contraintes biométriques* » (incluant la condition de la taille).
27. Cela est accentué par le fait, par exemple, que les candidats à un emploi de secrétaire médicale du service de santé des armées, ne subissent pas d'épreuve physique en vue de leur engagement. Ainsi, une décision d'inaptitude physique peut être adoptée à leur égard, alors même que ces candidats, quel que soit leur taille, ne sont pas en mesure de montrer qu'ils sont physiquement aptes aux fonctions postulées, en surmontant de telles épreuves.
28. Or, comme cela avait déjà été souligné dans des délibérations n° 2007-136 et 2007-137 du 24 mai 2007 de la haute autorité, les épreuves d'aptitude physique qui renvoient à des critères objectifs paraissent proportionnées et adaptées, dans la mesure où elles doivent permettre d'apprécier les capacités physiques des candidats à exercer les différentes missions du personnel de santé des armées, sans qu'intervienne la notion de taille.
29. De même, dans ses délibérations du 13 décembre 2010 (n° 2010-272 et 273), la haute autorité a considéré que l'aptitude physique d'un candidat souhaitant être admis dans les corps des policiers en services actifs ou du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire ne pouvait plus dépendre de l'exigence d'une taille minimale fixée abstraitement, alors, au surplus, que les candidats souhaitant être admis dans ces corps devaient également réussir des épreuves physiques et sportives. Cette position a été confirmée s'agissant des sapeurs-pompier.
30. En deuxième lieu, si les « *contraintes biométriques* » peuvent se concevoir s'agissant d'emplois dans l'armée conduisant régulièrement à servir en dehors du territoire national dans un environnement hostile nécessitant usuellement le port d'équipements de protection (tels que les parachutistes, les conducteurs de chars...), la condition de la taille imposée notamment aux secrétaires médicales de l'armée, paraît moins justifiée eu égard aux tâches principalement dévolues à ces dernières.
31. Ces secrétaires traitent et coordonnent les informations médico-administratives des patients et exercent principalement leurs fonctions dans l'un des hôpitaux des armées.
32. L'administration elle-même souligne que sur une année, seules sept secrétaires médicales ont été appelées à servir en opération extérieure (en 2010), et que la fréquence de leur départ en vue de telles opérations est « *moins régulière que celle d'autres catégories de militaires* ».
33. Ainsi, il paraît difficile d'admettre que l'efficacité opérationnelle des forces armées serait remise en cause par la seule prise en compte de l'aptitude physique des candidats à de telles fonctions.

34. En troisième lieu, prévoir une condition de taille unique et un profil médical initial minimum identique, applicable à « *tous les candidats à une entrée en école du service de santé ou à un engagement initial dans le service de santé quel que soit le statut ou le mode de recrutement* »¹, n'apparaît pas proportionné.
35. La jurisprudence communautaire relative aux exigences professionnelles essentielles en matière d'égalité de traitement entre les hommes et les femmes, même si elle ne s'applique pas en l'espèce, sanctionne les mesures trop générales (cf. notamment, CJCE, 11 janvier 2000, KREIL, aff C-285-98 et CJCE, 30 juin 1988, Commission c/ France, aff. 318/86). Il en résulte un principe général du droit communautaire de proportionnalité, qui exige que les dérogations ne dépassent pas les limites de ce qui est approprié et nécessaire pour atteindre le but recherché². Ainsi, l'exception liée aux exigences professionnelles essentielles qui concerne des situations exceptionnelles, doit être interprétée strictement, s'appliquer à des activités professionnelles précises et requiert un examen de chaque cas particulier.
36. A titre d'illustration, pour le recrutement des personnels militaires de la gendarmerie nationale, le Ministre de l'intérieur envisage d'abroger les conditions de tailles requises des gendarmes exerçant des missions présentant un caractère davantage sécuritaire que militaire (1,60 m pour les femmes et 1,70 m pour les hommes), sauf pour occuper « *certaines emplois internes très spécifiques* » de la gendarmerie (motocyclistes, cavaliers de la garde républicaine, militaires du groupe d'intervention de la gendarmerie nationale...). Cette réforme sera effective en 2012.
37. En quatrième lieu, s'il paraît légitime d'assurer la protection des personnels, le Ministère se borne à préciser que « *les équipements (...) ne peuvent être raisonnablement réalisés sur mesure* », en raison du coût pour les finances publiques et des contraintes techniques particulières de fabrication des équipements.
38. Toutefois, aucun élément ou étude ne permet d'étayer ces allégations.
39. S'agissant, en cinquième et dernier lieu, de la situation de Madame X, sa candidature a été écartée au seul motif qu'elle mesure 1,47 mètre. Elle n'est atteinte d'aucune pathologie ainsi que le démontrent les examens médicaux effectués en vue de son engagement comme militaire.
40. Elle a également donné pleinement satisfaction dans le cadre notamment d'un stage de formation effectué à l'hôpital d'instruction des armées de Y, en mai 2009, en obtenant une note de 17,75/20 à l'issue du stage, durant lequel elle a participé avec succès à différentes missions de secrétaires médicales du service de santé des armées.
41. Or, dans une décision du 16 juillet 2009, à laquelle se réfère d'ailleurs l'administration, le Conseil Constitutionnel a considéré notamment qu'« *il appartiendra aux autorités compétentes de fonder leur décision de nomination sur la capacité des intéressés à remplir leur mission* » (CC, 16 juillet 2009, loi portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires, n° 2009-584 DC).

¹ Article 1^{er} de l'instruction n° 6611/DEF/DCSSA/RH/ACCV, relative aux normes médicales d'aptitude applicables au personnel militaire du service de santé des armées, du 13 avril 2005.

² CJCE, 15 mai 1986, JOHNSTON, aff C- 222/84.

42. Ainsi, la décision d'inaptitude adoptée à l'égard de Madame X, sans démontrer de son incapacité à exercer les missions au moment de l'admission, constitue une appréciation discriminatoire de son aptitude physique, en présumant d'une situation de handicap, en méconnaissance des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78 précitée.
43. En conséquence, et sans remettre en cause l'organisation et l'efficacité opérationnelle des forces armées, il résulte de tout ce qui précède que la prise en compte d'une caractéristique physique telle que la taille comme une condition qualifiante ou disqualifiante n'est ni proportionnée, ni justifiée au regard de l'aptitude physique exigée pour les candidats aux fonctions de secrétaire médicale du service de santé des armées. Ainsi, elle ne peut être considérée comme une exigence professionnelle essentielle et déterminante.
44. Par suite, le Défenseur des droits considère que l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003 susmentionnée doit être regardée comme instituant une discrimination prohibée à raison notamment de l'apparence physique et du handicap.