



Décision du Défenseur des droits MLD-2014-149

RESUME ANONYMISE DE LA DECISION

Décision relative au caractère discriminatoire de la bonification pour le sport dont bénéficient les militaires candidats à l'avancement professionnel (recommandations).

Domaine(s) de compétence de l'Institution : Lutte contre les discriminations

Thème :

Domaine de discrimination : Fonction publique

Sous-domaine : Déroulement de carrière

Critère de discrimination : Handicap

Synthèse :

Une réclamante, sergent-chef dans l'armée de l'air, a saisi le Défenseur des droits afin de contester la prise en compte, pour l'avancement professionnel, de points obtenus aux épreuves sportives, ce qui crée un désavantage certain au détriment des personnes qui en sont exemptées en raison de leur handicap. La réclamante, qui souffre d'un handicap et est exemptée d'épreuves physiques, s'est vu refuser son avancement professionnel en 2013, malgré ses excellentes évaluations professionnelles. L'analyse du Défenseur des droits confirme le caractère discriminatoire du dispositif par lequel les points obtenus aux épreuves sportives constituent une partie de la note attribuée aux candidats à l'avancement. L'absence de bonification au titre du sport constitue une perte de chance pour obtenir une promotion. La bonification au sport représente, en moyenne, 4 % de la note d'avancement. Au regard des notes, très serrées, obtenues par les promus en 2013, il apparaît que les 10 points que peut apporter la bonification au sport font une réelle différence. D'ailleurs, parmi les 13.83 % de militaires proposables à l'avancement en 2014 qui étaient exemptés d'épreuves sportives, seuls 7.5 % ont effectivement été promus. Cette pratique est d'autant plus défavorable aux personnes souffrant d'un handicap qu'aucune mesure de compensation n'est prévue pour remédier à l'impossibilité de se présenter aux épreuves sportives. Dès lors, la réclamante a été victime, indirectement, d'une discrimination en lien avec son handicap au sens de l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations. C'est pourquoi, le Défenseur des droits recommande au ministère de la défense de mettre en place une mesure de compensation pour remédier à l'impossibilité des militaires proposables à l'avancement de participer aux épreuves sportives pour des raisons tenant à leur handicap, qui les prive de la possibilité de bénéficier d'une bonification au titre du sport.



Paris, le 22 décembre 2014

Décision du Défenseur des droits MLD-2014-149

Le Défenseur des droits,

Vu l'article 71-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ;

Vu la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits ;

Vu le décret n° 2011-904 du 29 juillet 2011 relatif à la procédure applicable devant le Défenseur des droits ;

Vu l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 ;

Vu la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations ;

Saisi par Madame X, alors sergent-chef dans l'armée de l'air, qui estime avoir fait l'objet d'une discrimination en 2012, dès lors que n'étant pas apte à se présenter aux épreuves sportives, elle a été privée d'une chance d'accéder au grade supérieur ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de recommander au ministère de la Défense de prendre toutes les mesures utiles afin de remédier à la discrimination constatée, notamment par la mise en place d'un dispositif adéquat permettant aux militaires d'accéder à la promotion avec les mêmes chances de succès.

Demande à être tenu informé des suites réservées à ses recommandations dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision.

Jacques TOUBON

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

➤ **Faits et procédure :**

Madame X, sergent-chef dans l'armée de l'air depuis le 1er août 2001, est affectée sur un poste dit « sédentaire », qui ne lui donne pas vocation à exercer de missions sur le terrain. Elle est chargée d'une fonction d'expertise, en matière de prévention et de maîtrise des risques au travail.

Depuis le 26 mai 2011, elle souffre d'une fissure du cartilage rotulien, et d'une hernie discale aux cervicales, l'empêchant de se présenter au contrôle de la condition physique militaire, pris en compte dans le cadre de l'élaboration du tableau d'avancement.

Madame X, désormais exemptée des épreuves sportives, estime ainsi qu'elle perd des points déterminants pour son avancement de carrière.

Pourtant, ses fiches d'évaluation démontrent que son travail est apprécié par sa hiérarchie qui, en 2012, considère qu'elle « *possède toutes les qualités nécessaires pour se voir confier des responsabilités d'un niveau supérieur* ».

Ainsi, bien que remplissant les conditions pour être proposée, au choix, au grade supérieur, Madame X ne figure pas au tableau d'avancement en 2013.

Contestant cette décision, elle a exercé un recours auprès de la Commission des recours militaires, le 7 février 2013, qui a rejeté sa demande.

Le 29 juillet 2013, elle a saisi le Défenseur des droits.

Par un courrier du 10 septembre 2013, le Défenseur des droits a sollicité les observations de la Direction des affaires juridiques du ministère de la Défense. Dans sa réponse du 16 décembre 2013, celle-ci fait valoir que l'absence de bonification au sport n'est pas de nature à priver un militaire d'une promotion au grade supérieur, rappelant que l'inscription au tableau d'avancement n'est pas un droit.

Le ministère de la Défense confirme sa position dans un nouveau courrier reçu le 16 juin 2014, en réponse à la note récapitulative qui lui a été adressée le 27 mars 2014, et précise que Madame X a été promue au grade d'adjudant à compter du 1^{er} janvier 2014, quand bien même elle n'a pas bénéficié de points au titre de la bonification pour le sport.

Pour autant, cela ne saurait remettre en cause l'analyse des éléments du dossier qui conduit à considérer que l'attribution d'une bonification pour le sport présente bien un caractère discriminatoire.

➤ **Analyse juridique :**

Aux termes de l'article L. 4136-1 du code de la défense, « *Les promotions sont prononcées dans les mêmes conditions que les nominations. L'avancement de grade a lieu soit au choix, soit au choix et à l'ancienneté, soit à l'ancienneté.* ».

L'article L. 4136-3 du même code précise que « *Nul ne peut être promu au choix à un grade autre que ceux d'officiers généraux s'il n'est inscrit sur un tableau d'avancement établi, au moins une fois par an, par corps. Une commission dont les membres, d'un grade supérieur à celui des intéressés, sont désignés par le ministre de la défense, présente à ce dernier tous les éléments d'appréciation nécessaires, notamment l'ordre de préférence et les notations données aux candidats par leurs supérieurs hiérarchiques.* ».

En application de ces dispositions, l'instruction n° 7000/DEF/DRH-AA/SDGR/BGA/DANS/DNA/NOFF du 10 avril 2012, relative à l'avancement des sous-officiers de l'armée de l'air, telle que modifiée par la nouvelle instruction du 16 mai 2013, prévoit qu'une « *note d'avancement* » est attribuée à chaque sous-officier proposable au grade supérieur.

L'annexe II de l'instruction précitée dispose que « *les critères pris en compte pour le calcul de cette note sont :*

- *les notations chiffrées annuelles définitives des années A-4 à A-1 : rubrique notation ;*
- *les variations chiffrées A-4 à A-1 : rubrique performance ;*
- *les bonifications acquises aux plans militaire, professionnel, et sportif : rubrique bonifications.* ».

Ces critères sont cumulatifs de sorte que, plus la note est élevée, plus le militaire a de chance d'être promu.

La question se pose pour les personnels qui, à l'instar de Madame X, ne sont pas en mesure d'acquérir des points de bonification au titre du sport en raison de l'état de santé. Peut-on considérer que ces personnels font l'objet d'une discrimination au sens de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 ?

Selon l'article 1er de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, « *Constitue une discrimination indirecte une disposition, un critère ou une pratique neutre en apparence, mais susceptible d'entraîner, pour l'un des motifs mentionnés au premier alinéa, un désavantage particulier pour des personnes par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour réaliser ce but ne soient nécessaires et appropriés.* ».

Aux termes du 2° de l'article 2 de cette même loi, « *Toute discrimination directe ou indirecte fondée sur (...) le handicap (...) est interdite en matière d'affiliation et d'engagement dans une organisation syndicale ou professionnelle, y compris d'avantages procurés par elle, d'accès à l'emploi, d'emploi, de formation professionnelle et de travail, y compris de travail indépendant ou non salarié, ainsi que de conditions de travail et de promotion professionnelle.* ».

La Cour de justice de l'Union européenne a récemment précisé que le handicap doit s'entendre comme « *un état pathologique causé par une maladie médicalement constatée comme curable ou incurable dès lors que cette maladie entraîne une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques, dont l'interaction avec diverses barrières peut faire obstacle à la pleine et effective participation de la personne concernée à la vie professionnelle sur la base de l'égalité avec les autres travailleurs, et si cette limitation est de longue durée.* » (CJUE, C-335/11 et C-337/11, 11 avril 2013).

En l'espèce, Madame X est atteinte d'une pathologie entraînant une limitation de sa mobilité, qui l'empêche de se présenter aux épreuves sportives tendant au contrôle de sa condition physique militaire. Cette maladie, dont le caractère incurable est reconnu, exempte définitivement Madame X de toute épreuve sportive.

Dès lors, l'état pathologique de Madame X peut ainsi être assimilé à un handicap au sens de la jurisprudence de la CJUE. Ainsi, les faits qu'elle dénonce relèvent bien du champ d'application de la loi n° 2008-496 précitée, prohibant, notamment, la discrimination en raison du handicap.

L'attribution d'une bonification pour le sport, prise en compte dans la note chiffrée pour servir de fondement à l'avancement, n'apparaît pas dépourvue de légitimité. Il s'agit d'un critère parmi d'autres pour apprécier les qualités professionnelles d'un agent au même titre que les bonifications fondées sur la « *performance* », les « *qualifications professionnelles* » ou encore les récompenses obtenues. Prendre en compte cette bonification pour le sport constitue donc une pratique d'apparence neutre en ce qu'elle peut bénéficier à l'ensemble des militaires, sans aucune distinction.

Toutefois, force est de constater que la bonification au sport est susceptible de créer un désavantage certain au détriment des personnes exemptées d'épreuves sportives en raison de leur handicap, voire également, en raison de leur état de santé ou de leur état de grossesse, dès lors que les chances pour un militaire d'être nommé au tableau d'avancement s'en trouvent fortement réduites par rapport aux personnels physiquement aptes à présenter ces épreuves.

Contrairement à ce que fait valoir le ministère de la Défense, la bonification accordée au titre du sport, ne présente pas qu'un caractère anecdotique et semble relativement aisée à obtenir.

C'est ainsi que l'analyse de la liste des personnels retenus au tableau d'avancement en 2013, transmis par le Ministère, démontre que, parmi les 64 promus qui ont participé au contrôle de la condition physique militaire, 63 d'entre eux ont obtenu des points au titre de la bonification pour le sport¹.

Par conséquent, il est permis de considérer que la simple participation au contrôle de la condition physique militaire donne lieu à l'attribution de points supplémentaires pour l'établissement de note d'avancement des militaires.

La bonification au sport représente, en moyenne, 4 % de la note d'avancement. Au regard des notes d'avancement, très serrées, obtenues par les promus en 2013, il apparaît que les 10 points que peut apporter la bonification au sport font une réelle différence.

En effet, selon les statistiques transmises par le ministère de la Défense, les militaires proposables à l'avancement qui sont exemptés de contrôle de la condition physique militaire (donc privés de toute bonification au titre du sport) représentent 13,83 % de l'ensemble des militaires proposables en 2014 (tous grades confondus) et ne représentent plus que 7,5 % des militaires effectivement promus cette même année.

Plus particulièrement, parmi les 13,27 % de militaires proposables au grade d'adjudant en 2014 qui étaient exemptés de contrôle de la condition physique militaire, seuls 7,97 % ont effectivement été promus, parmi lesquels figure Madame X.

Force est de constater que le fait de ne pas bénéficier de points supplémentaires entraîne un désavantage certain pour les agents proposables à l'avancement.

¹ La bonification pour le sport ouvre droit à l'attribution de 4 à 10 points supplémentaires. En 2013, 4 promus ont obtenu 4 points supplémentaires, 18 d'entre eux ont obtenu 6 points supplémentaires, 25 d'entre eux ont obtenu 8 points supplémentaires et 16 d'entre eux ont obtenu 10 points supplémentaires.

Les personnes souffrant d'un handicap sont d'autant plus impactées qu'aucune mesure de compensation n'est prévue pour remédier à l'impossibilité de se présenter au contrôle de la condition physique militaire. Pourtant, une dérogation est prévue pour les militaires affectés à l'étranger, alors même que privés de la possibilité de se présenter à ce contrôle, ils bénéficient systématiquement de cette bonification.

En effet, la récente instruction du 16 mai 2013 indique expressément que « *pour les militaires affectés à l'étranger (...) qui (...) ne peuvent effectuer les épreuves du contrôle de la condition physique militaire, une bonification à titre dérogatoire pourra être accordée* ».

En l'espèce, il n'est pas établi que la procédure de nomination au tableau d'avancement prévue par l'instruction n° 7000/DEF/DRH-AA/SDGR/BGA/ DANS/DNA/NOFF du 10 avril 2012 ne puisse pas être aménagée de sorte qu'elle permette aux personnes victimes d'un handicap de postuler dans les mêmes conditions que les autres candidats à l'avancement.

Cette exigence est rappelé par le Conseil d'Etat qui a jugé que l'administration est tenue de prendre « *les règlements spécifiques et les mesures appropriées au cas par cas pour permettre l'accès de chaque personne handicapée à l'emploi auquel elle postule sous réserve, d'une part, que ce handicap n'ait pas été déclaré incompatible avec l'emploi en cause et, d'autre part, que lesdites mesures ne constituent pas une charge disproportionnée pour le service* » (Conseil d'Etat, 14 novembre 2008, n° 311312).

Dès lors, il est établi que les personnels victimes d'un handicap subissent un traitement défavorable en matière d'avancement professionnel.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a jugé que, dès lors qu'un agent public présente des faits susceptibles de faire présumer l'existence d'une discrimination, il incombe à l'administration de démontrer que les agissements en cause sont justifiés par des considérations étrangères à toute discrimination (Conseil d'Etat, 30 octobre 2009, n° 298348).

Bien que disposer de forces militaires opérationnelles constitue un objectif parfaitement légitime, le ministère de la Défense ne démontre pas que présenter le contrôle de la condition physique militaire est une condition indispensable pour l'accès au grade supérieur.

En effet, on constate que la promotion obtenue par Madame X en 2014, sans satisfaire à ce contrôle, n'a pas entraîné un changement de fonctions. Aussi, on peut s'interroger sur l'intérêt d'exiger des militaires proposés à l'avancement qu'ils présentent cette épreuve de condition physique pour accéder au grade supérieur dès lors que les contraintes physiques, liées à leur handicap, ne les empêchent pas d'assumer leurs fonctions.

Dès lors, le moyen mis en place pour réaliser l'objectif légitime rappelé précédemment n'est pas nécessaire, ni approprié.

En se bornant à invoquer le principe selon lequel l'inscription au tableau d'avancement n'est pas un droit, le ministère de la Défense n'apporte pas d'éléments objectifs de nature à justifier le refus d'avancement opposé à Madame X en 2013, alors qu'elle bénéficiait d'excellentes notations.

S'il est vrai que Madame X n'a pas été proposée à l'avancement en 2012 alors qu'elle avait bénéficié d'une bonification au sport, (puisqu'en 2012, elle était encore apte à se représenter aux épreuves sportives), il n'en demeure pas moins que l'impossibilité dans laquelle elle s'est trouvée de présenter l'épreuve de sport en 2013 a constitué pour elle une perte de chance pour obtenir une promotion.

En conséquence, le Défenseur des droits considère que la différence de traitement qui affecte particulièrement les personnels victimes d'un handicap, et qui pourrait également concerner les personnes exemptées des épreuves sportives en raison de leur état de santé ou en congé de maternité, constitue une discrimination indirecte au sens de la loi n° 2008-496 précitée.

C'est la raison pour laquelle le Défenseur des droits recommande au ministère de la Défense de prendre toutes les mesures utiles afin de remédier à la discrimination constatée, notamment par la mise en place d'un dispositif adéquat permettant aux militaires d'accéder à la promotion avec les mêmes chances de succès.

Jacques TOUBON