

Paris, le 8 avril 2012

Décision du Défenseur des droits MLD-2012-66

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 la Directive n°2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de traitement ;

Vu le code de la défense ;

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

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

Vu l'instruction n°22000/DEF/GEND/RH du 13 février 2008 relative aux normes d'aptitude médicale des personnels militaires de la gendarmerie.

Saisi du refus de nomination aux fonctions de gendarme réserviste, sous statut militaire, opposé à M. A, prononcé suite à l'avis d'inaptitude médicale émis lors d'une visite médicale du 17 janvier 2008, fondé sur son indice de masse corporelle (IMC) jugé trop élevé ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note récapitulative ci-jointe, de formuler les recommandations suivantes au Ministre de la défense et des anciens combattants :

- réexaminer le dossier de candidature de M. A en vue de son admission au sein de l'armée, en qualité de gendarme réserviste ;

- réétudier la condition d'IMC exigée notamment des gendarmes réservistes, dans le cadre du groupe de travail chargé de mener des travaux sur « *l'aptitude dans les forces armées* », afin que seule l'appréciation *in concreto* de l'aptitude physique et médicale de chaque candidat, estimée au moment de l'admission, à exercer ses fonctions soit retenue ;

- le tenir informé des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de quatre mois.

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 4 février 2010, par M. A, qui conteste le refus de nomination aux fonctions de gendarme réserviste, sous statut militaire, prononcé suite à l'avis d'inaptitude médicale émis lors d'une visite médicale du 17 janvier 2008, fondé sur son indice de masse corporelle (IMC) trop élevé.
2. M. A estime qu'en présumant d'une situation de handicap non compatible avec l'emploi de gendarme réserviste, l'administration a fait une appréciation discriminatoire de son aptitude physique, elle-même fondée sur une norme discriminatoire.
3. 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* ».
4. En l'espèce, par courrier du 3 décembre 2007, M. A s'est porté volontaire pour souscrire un engagement dans la réserve opérationnelle (ESR). Cette demande ESR a fait l'objet d'un avis favorable transmis par le commandement de groupement de gendarmerie départementale du Cher, le 4 décembre 2007.
5. Toutefois, M. A a été déclaré médicalement inapte à souscrire un ESR en gendarmerie par un certificat médical établi le 17 janvier 2008 par le service de santé des armées, au motif de son surpoids.
6. Dans le cadre de l'enquête menée par le Défenseur des droits, l'administration soutient :
 - qu'il a été tenu compte de la situation individuelle de M. A et qu'il n'a été victime d'aucune discrimination prohibée ;
 - que la condition d'aptitude physique liée à l'IMC, qui poursuit des objectifs légitimes, n'est pas disproportionnée et est adaptée à la spécificité des missions des gendarmes réservistes.

I- La condition d'aptitude physique liée à l'IMC requise des militaires :

7. S'agissant de l'aptitude physique exigée des militaires, il convient de rappeler que l'article 20 de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, devenu article L. 4132-1 du code de la défense, dispose que : « *Nul ne peut être militaire : (...) 3° S'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction (...)* ».
8. Ainsi, tout candidat à un engagement à servir dans les armées doit être déclaré apte, notamment après une visite médicale réalisée par un médecin des armées. Cette visite médicale a pour objet de déterminer le « *profil médical* » des candidats.
9. Ce « *profil médical* » est défini par sept sigles : SIGYCOP, auxquels sont attribués des coefficients qui sont définis par l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003 et l'instruction n° 22000 du 13 février 2008 susvisées. Tous les candidats à un emploi de militaire doivent ainsi satisfaire à un profil médical minimum déterminé par le SIGYCOP.
10. Concernant l'admission dans le corps des gendarmes réservistes, le sigle G correspond à l'état général et doit être égal à 2 (un bon état général).
11. Aux termes de l'article 25 de l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003, la personne dont l'IMC (défini par le rapport poids en Kg / Taille en mètre au carré) est compris entre 30 et 39,9 est classée de G=3 à G=5. Ainsi, l'IMC d'un candidat à la réserve opérationnelle doit être inférieur à 30, afin qu'il soit déclaré apte à servir.

12. En ce qui concerne M. A, l'administration indique que son inaptitude à servir n'a pas été établie *in abstracto*, mais qu'elle est le résultat d'une visite médicale individuelle, conforme à la réglementation en vigueur. Ainsi, eu égard à son IMC, M. A a été classé en G=3, mais n'a pas été classé dans le G=2 requis, son IMC étant de 31,4. A la date de la décision attaquée, il mesurait 1,82 mètre et pesait 101 Kg.
13. Or, aux termes notamment de l'instruction n° 22000 du 13 février 2008 précitée, le classement G=3 entraîne *de facto* une inaptitude à servir.

II- Le caractère disproportionné et discriminatoire de cette condition :

14. Selon l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, « (...) *Tous les Citoyens étant égaux à ces yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.* ».
15. En raison de son caractère constitutionnel, les dérogations même légales à ce principe ne sont admises que dans la mesure où la nature des emplois et les conditions de leur exercice l'exigent de façon absolue.
16. La Directive 2000/78/CE susvisée, applicable à l'emploi public, prévoit qu'il ne saurait y avoir de discrimination à l'embauche à raison du handicap (articles 1 et 3).
17. L'obésité constitue un trouble de santé parfois invalidant, qui entre dans le champ de la définition du handicap, telle qu'elle résulte de l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles, selon lequel : « *constitue un handicap (...) toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant* ».
18. Selon la jurisprudence administrative relative à l'aptitude physique des candidats à tout emploi public et, conformément aux observations de l'ex-haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde, délibération n° 2007-135 du 24 mai 2007), 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. C'est ainsi, notamment, que dans une délibération n° 2011-100 du 18 avril 2011, l'ex-Halde avait considéré que la radiation des contrôles de la gendarmerie nationale, d'un sous-officier sous contrat, reposant sur le seul fait qu'il était atteint d'une pathologie susceptible de produire à terme un handicap, sans qu'il soit tenu compte de son aptitude réelle au moment de l'admission, constituait une discrimination fondée sur le handicap en méconnaissance de la Directive 2000/78 susmentionnée.
20. En outre, il convient de rappeler que l'exigence d'un indice de masse corporelle « *compatible avec les différentes missions (opérationnelles) confiées* » aux fonctionnaires actifs de la police nationale issue de l'ancien arrêté du 13 mai 2005¹, ou au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire posée par l'ancien arrêté du 26 septembre 2006², 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 (cf. délibérations n° 2007-136 et n° 2007-137 de l'ex-Halde du 24 mai 2007). Dorénavant, l'aptitude physique des candidats doit s'apprécier de manière individuelle et concrète, et non plus selon des critères définis *in abstracto* sans lien évident avec les fonctions.
21. Ainsi, l'appréciation des conditions d'aptitude particulières des candidats à des fonctions publiques (militaires inclus) doit se faire :

¹ relatif à l'aptitude physique exigée des candidats aux emplois de commissaire de police, lieutenant de police et gardien de la paix de la police nationale.

² relatif aux conditions d'aptitude physique pour l'admission dans le corps de commandement et dans le corps d'encadrement et d'application du personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire.

- au vu de la capacité de chaque candidat au moment de l'admission ;
- *in concreto* au regard des fonctions auxquelles le candidat est destiné.

22. S'il est vrai que les métiers de policier en service actif ou de surveillant de l'administration pénitentiaire, concernés par la réforme d'août 2010, 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 d'IMC imposée en vue d'incorporer le corps des gendarmes réservistes, qui ne sont appelés à servir que 30 à 90 jours par an.
23. Concernant ces derniers, qui peuvent être amenés à exercer des missions similaires à celles des militaires, le fait de s'assurer de leur aptitude physique et de la bonne organisation des armées en vue d'assurer leur caractère opérationnel, constituent des objectifs légitimes.
24. En revanche, l'exigence supplémentaire d'une condition d'IMC appréciée *in abstracto* apparaît disproportionnée car sans lien direct avec la capacité à exécuter les missions qui incombent aux gendarmes réservistes, sachant au demeurant que pour intégrer leur corps, les candidats doivent suivre une préparation militaire en gendarmerie (PMG), qui comprend des épreuves physiques et au terme de laquelle est appréciée l'aptitude physique à exercer les missions.
25. Dès lors, le candidat ayant démontré par la réussite aux épreuves physiques et sportives, qu'il disposait des capacités physiques pour l'exercice de sa mission, ne devrait plus se voir opposer une condition d'IMC.
26. Ainsi, contrairement à la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005³ précitée, la procédure permettant de vérifier l'adéquation entre l'aptitude physique du candidat et la fonction de gendarme réserviste, 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 critères physiques fondés sur la condition d'IMC.
27. Par conséquent, et sans remettre en cause l'organisation et l'efficacité opérationnelle des forces armées, la prise en compte d'une caractéristique physique telle que l'IMC 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 gendarme réserviste.
28. Par suite, la condition d'IMC posée par l'instruction n° 2100 du 1^{er} octobre 2003 est discriminatoire au regard notamment des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78/CE, sans que les considérations générales avancées par l'administration ne suffisent à écarter cette analyse.
29. Par ailleurs, il convient de rappeler que le Ministre de la défense et des anciens combattants a décidé, conformément aux recommandations émises par le Défenseur des droits dans sa décision n° LCD-2011-63, de la mise en place d'un groupe de travail chargé de mener des travaux sur « *l'aptitude dans les forces armées* ».
30. Le mandat donné à ce groupe de travail par le Ministre précise que « *les grands principes qui encadrent l'aptitude médicale nécessitent aujourd'hui d'être revisités pour s'adapter à la prise en compte de situations nouvelles et à la diversité des corps statutaires et des fonctions exercées* ». Les travaux de ce groupe donneront lieu à un rapport qui sera soumis aux armées pour appréhender la faisabilité des mesures proposées.
31. C'est dans ce cadre que la condition d'IMC, en l'espèce contestée, devrait être réétudiée, d'autant qu'elle apparaît discriminatoire.

III- M. A a été victime d'une discrimination prohibée :

32. En ce qui concerne la situation de M. A, l'appréciation de son aptitude physique repose sur le seul fait que son IMC est de 31,4, au-delà de l'IMC qui aurait permis son classement en G=2 (inférieur à 30),

³ Qui fait référence à l'aptitude à l'exercice de la fonction, alors que la condition d'IMC appréciée *in abstracto* ne repose pas sur une appréciation *in concreto* de l'aptitude à exercer cette fonction.

alors notamment que sa candidature avait fait l'objet d'un avis favorable par le commandement de groupement de gendarmerie départementale du Cher.

33. Ainsi, en se bornant pour apprécier l'aptitude physique de M. A à l'application d'une norme médicale sans lien manifeste avec son aptitude réelle à exercer les fonctions postulées, contrairement à ce qu'elle affirme, l'administration n'a pas tenu compte de la situation particulière du réclamant.
34. Il résulte de ce qui précède que la décision de refus de nomination de M. A aux fonctions de gendarme réserviste, en ce qu'elle se fonde sur son seul IMC, sans démontrer de son incapacité à exercer les fonctions postulées au moment de l'admission, constitue une appréciation discriminatoire de son aptitude physique.