



Paris, le 26 mars 2012

Décision du Défenseur des droits n° MLD 2012-78

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 Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail ;

Vu le Code de la défense ;

Vu le décret n° 2008-952 du 12 décembre 2008 portant statut particulier des corps de sous-officier de gendarmerie ;

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 ;

Vu la délibération n° 2011-100 du 18 avril 2011 de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

Saisi du refus de recruter, M. E, ancien sous-officier sous contrat, dans le corps des sous-officiers de carrière de la gendarmerie, opposé par le Ministre de la défense suite à l'avis d'inaptitude émis par le conseil supérieur de santé des armées ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le tribunal administratif.

Le Défenseur des Droits,

Dominique BAUDIS

<p style="text-align: center;">Observations devant le tribunal administratif dans le cadre de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011</p>

I) Rappel des faits et de la procédure :

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) a été saisie, le 20 janvier 2010, d'une réclamation de M. E, ancien sous-officier sous contrat, affecté en qualité de gendarme, de novembre 2004 à février 2011, à l'escadron 42/3 de gendarmerie mobile de D, qui s'estime victime de discrimination à raison de son état de santé (sclérose en plaques, diagnostiquée en janvier 2007).
2. Par une décision du 28 mai 2009, le Ministre de la défense, l'a radié des contrôles de la gendarmerie nationale à compter du 3 février 2010, à l'issue de son contrat d'engagement de six ans, au motif de son inaptitude médicale au recrutement dans le corps des sous-officiers de carrière (SOC).
3. Toutefois, suite à un recours de l'intéressé devant la commission des recours des militaires, cette décision a été annulée par décision du 27 janvier 2010 du Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, et M. E a été autorisé à servir une année supplémentaire, par dérogation à la norme médicale d'aptitude, jusqu'au 2 février 2011, date à laquelle il a été mis un terme à son contrat prorogé.
4. En effet, le conseil supérieur de santé des armées qui s'est réuni le 11 février 2010 a confirmé l'inaptitude médicale de M. E à intégrer le corps des SOC, et par une note de service du 11 janvier 2011 du ministère de l'intérieur, il a été rayé de l'activité de la gendarmerie le 3 février 2011.
5. Le réclamant, qui n'est pas reconnu travailleur handicapé, estime que cet avis médical, ainsi que toute décision prise sur son fondement, constituent une appréciation discriminatoire de son aptitude physique fondée sur une situation de handicap présumée.
6. M. E a également sollicité devant le tribunal administratif, l'annulation de la décision implicite de rejet de son recours formé devant la Commission des recours militaires, contre la décision précitée du 28 mai 2009 constatant son inaptitude à intégrer le corps des SOC. Il a aussi notamment demandé l'annulation de la décision implicite de refus de le recruter, née du silence gardé par le Ministre de la défense, opposée à sa dernière demande d'engagement dans le corps des SOC.
7. S'agissant de l'enquête, il convient de rappeler que, les 12 juin et 3 décembre 2010, une instruction a été menée par la Halde auprès du Ministre de la défense, qui a transmis ses observations par courriers reçus les 22 octobre 2010, 24 novembre 2010 et le 31 mars 2011.
8. Au terme de cette enquête, par une délibération n° 2011-100 du 18 avril 2011, déjà transmise au tribunal administratif par le réclamant, le Collège de la Halde a considéré que M. E a été victime d'une discrimination prohibée « *en méconnaissance des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78 susvisée, alors que l'administration n'apporte pas d'éléments objectifs suffisants pour justifier sa décision conformément aux exigences liées à l'aménagement de la charge de la preuve lorsque le moyen tiré de la discrimination est soulevé* ».
9. C'est ainsi que, conformément aux dispositions de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Halde alors en vigueur, il a adressé au Ministre de la défense, des recommandations concernant la situation individuelle de M. E (réexamen de sa situation professionnelle, à défaut indemnisation des préjudices subis), ainsi qu'une recommandation générale concernant la possibilité pour l'administration militaire de prendre en compte les avis médicaux émis par certains médecins civils.
10. Par courrier reçu le 17 octobre 2011, déjà communiqué au tribunal administratif par le défendeur, sans se prononcer sur la discrimination subie par M. E ou soulever un argumentaire nouveau par rapport à celui développé au cours de l'enquête menée par la Halde, le ministère de la défense a décidé de ne pas mettre en œuvre les recommandations précitées.

11. Depuis le 1^{er} 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* ».
12. Par courrier reçu le 4 avril 2012, le tribunal administratif a transmis au Défenseur des droits l'ensemble de la procédure intervenue dans cette affaire.
13. Le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination ayant été soulevé par M. E dans le cadre de sa requête introduite devant ce tribunal, le Défenseur des droits entend réaffirmer, l'analyse retenue par la Halde, dans sa délibération susmentionnée du 18 avril 2011, ainsi que le caractère discriminatoire du refus de recrutement contesté, sans qu'il ne lui appartienne de se prononcer sur la recevabilité de la requête devant le tribunal.

II) – Discussion :

A) - La condition d'aptitude physique des militaires au regard de la jurisprudence pertinente du juge administratif :

14. S'agissant de l'aptitude physique exigée des militaires, il convient de rappeler que l'article 20 de la loi 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 (...)* ».
15. L'article 21 du décret n° 2008-952 du 12 décembre 2008 portant statut particulier des corps de sous-officier de gendarmerie, prévoit que : « *les sous-officiers de gendarmerie de carrière sont recrutés au choix parmi les sous-officiers de gendarmerie engagés, qui ont demandé leur admission à l'état de sous-officier de carrière. Ils doivent réunir les conditions suivantes : (...) 3° et être titulaires du certificat d'aptitude technique délivré selon les modalités dictées par un arrêté du ministre de l'intérieur* ».
16. Les modalités d'admission dans le corps des sous-officiers de carrière en gendarmerie sont précisées dans la circulaire n° 21000/DEF/GEND/RH/P/PSOCA, du 27 mai 1998, relative à l'admission ou à la non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière de gendarmerie autre que les majors.
17. 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.
18. Ce « *profil médical* » est défini par sept sigles : SIGYCOP, auxquels sont attribués des coefficients¹ qui sont définis par l'instruction n° 22000/DEF/GEND/RH, du 13 février 2008, relative aux normes d'aptitude médicale des personnels militaires de la gendarmerie. Tous les candidats à un emploi de militaire doivent satisfaire à un profil médical minimum déterminé par le SIGYCOP.
19. Concernant l'admission dans le corps des SOC, le sigle G correspond à l'état général et doit être égal à 2 (un bon état général).
20. L'instruction n°2100/DEF/DCSSA/AST/AME du 1^{er} octobre 2003 relative à la détermination de l'aptitude médicale à servir, prévoit un classement G=3 à 6 pour une sclérose en plaques avérée en cours de carrière, et G=3 pour une sclérose en plaques bénigne, non traitée, sans poussée depuis 5 ans minimum. Toutefois, elle précise que dans ce dernier cas, l'agent est « *apte aux missions de courte durée, séjours dans un emploi sédentaire dans les départements d'Outre-mer collectivités d'Outre-mer et Nouvelle Calédonie ou dans les pays de haut niveau de médicalisation* ». Pour les

¹ Ces lettres correspondent respectivement : S : à la ceinture scapulaire et aux membres supérieurs ; I : à la ceinture pelvienne et aux membres inférieurs ; G : à l'état général ; Y : aux yeux et à la vision ; C : au sens chromatique ; O : aux oreilles et à l'audition ; P : au psychisme.

syndromes cliniquement isolés (SCI), apparus en cours de carrière, non évolutifs datant de plus de trois ans, le classement doit être de G=2.

21. La jurisprudence relative à l'aptitude physique a évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes ayant une maladie évolutive pouvant donner lieu à congé de longue maladie. En effet, conformément aux observations de la Halde (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 ; que si l'appréciation de l'aptitude physique à exercer ces fonctions (en l'espèce surveillant pénitentiaire) peut prendre en compte les conséquences sur cette aptitude de l'évolution prévisible d'une affection déclarée, elle doit aussi tenir compte de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution »* (CE, 6 juin 2008, n° 299943).
22. Cette jurisprudence, à laquelle se réfère l'administration militaire dans ce dossier en indiquant qu'elle s'y est conformée, a été concrétisée par l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires. Elle peut être étendue à l'ensemble du secteur public et notamment aux militaires dont les exigences d'aptitude physique peuvent être comparées à celles auxquelles sont soumises certains fonctionnaires, tels que les surveillants pénitentiaires, ou les policiers en service actif, dont le caractère opérationnel des fonctions peut également induire l'usage de la force.
23. Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat a considéré que *« pour déclarer M. A inapte aux fonctions de personnel navigant commercial, le conseil médical de l'aviation civile s'est fondé sur la seule circonstance que celui-ci est séropositif au virus de l'immunodéficience humaine, sans rechercher si l'affection est entrée dans une phase évolutive, et alors même que le requérant soutient, sans être contredit, que son état physique ne justifie aucun traitement médical ; que par suite, le conseil médical de l'aéronautique civile a commis une erreur de droit »* (CE, 28 juin 2006, n° 280157).
24. En outre, par délibération n° 2008-216 du 29 septembre 2008, le Collège de la Halde a considéré que la décision de refus de participation au concours externe déconcentré d'adjoint administratif de la police nationale fondée sur un avis d'inaptitude, motivé par le fait que la candidate présente une affection pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, constitue une discrimination au sens de l'article 27-I de la loi no 84-16 du 11 janvier 1984 portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État. Il a ainsi considéré, qu' *« alors même qu'un candidat à un emploi public serait atteint d'une affection médicale évolutive pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, cela ne suffirait pas à démontrer qu'il n'a pas les capacités requises pour exercer les fonctions inhérentes à l'emploi postulé. (...) / que toute décision fondée sur l'inaptitude physique future, potentielle et imprévisible du candidat constitue une mesure disproportionnée lui conférant un caractère discriminatoire. / (...) toute appréciation qui consisterait à déterminer si l'état de santé de la réclamante est de nature à empêcher d'exercer les fonctions d'adjoint administratif de la Police nationale pendant toute la durée de sa vie active consiste à porter une appréciation future, potentielle et imprévisible, constituant une mesure disproportionnée et, donc, discriminatoire. / Dès lors, le seul fait que l'affection ne serait pas stabilisée ne permet pas, en soi, de démontrer que le candidat est inapte à l'exercice effectif des fonctions auxquelles le concours donne accès. »*.
25. Par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707482-0802292), rendu conformément aux observations de la Halde, le tribunal administratif de Lyon a notamment considéré, que *« le diabète insulino-dépendant que présentait Melle X lorsqu'elle a présenté sa candidature pour l'accès au grade d'adjoint administratif de la police nationale, ne constituait à pas un obstacle à l'exercice, à cette date, des fonctions correspondantes (...), alors, en outre, que des traitements appropriés à ce type de diabète permettent dans le cadre d'une prise en charge totalement autonome par le patient, de bloquer durablement l'évolution de la maladie »*.
26. Il résulte de tous ces éléments, que l'appréciation des conditions d'aptitude particulières des candidats à des fonctions publiques (militaires inclus) doit se faire :
 - au vue de la capacité de chaque candidat au moment de l'admission,
 - *in concreto* au regard des fonctions auxquelles le candidat est destiné,

- en cas de maladie évolutive, en tenant compte de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution, ou de l'absence de nécessité de tels traitements.

27. En l'espèce, le ministère de la défense indique avoir mis en œuvre les recommandations du Collège issue de sa délibération n° 2008-225 du 27 octobre 2008 relative à un gardien de la paix (fonctionnaire), dans laquelle il avait considéré que « *l'aptitude physique du réclamant doit (...) s'apprécier in concreto, eu égard aux tâches susceptibles d'être confiées* ».
28. Dans ses dernières écritures devant le Défenseur des droits, sans se prononcer sur la discrimination subie par M. E, le ministère de la défense se borne à indiquer, pour refuser de réexaminer la situation de l'intéressé ou de l'indemniser, que la Direction générale de la gendarmerie nationale « *n'a fait que mettre en œuvre les règles statutaires et de gestion inhérentes au statut militaire* », en « *prenant en compte la spécificité des fonctions auxquelles il était postulé* ».
29. Toutefois, contrairement à de telles affirmations, il n'a pas été tenu compte de la situation particulière de M. E, en méconnaissance de la jurisprudence administrative et de la Directive 2000/78 susmentionnées ainsi que des règles inhérentes au statut des militaires.

B) – L'administration n'a pas procédé à une appréciation concrète de la condition d'aptitude physique requise au regard des fonctions postulées :

30. Il convient de rappeler, qu'eu égard à sa pathologie, M. E a été classé en G=4, puis de manière plus favorable en G=3, mais n'a pas été classé en G=2 ce qui aurait permis de le déclarer apte. Ainsi, l'administration précise que, conformément aux avis successifs des instances médicales compétentes, il a été mis un terme au contrat de l'intéressé le 2 février 2011.
31. Elle fait valoir que cela est dû à l'évolution « *vraisemblable* » et « *prévisible* » de son état de santé, eu égard aux tâches qui lui seront confiées en tant que SOC (activités opérationnelles). Le ministère de la défense ajoute « *qu'il n'est pas raisonnable de titulariser un militaire dont on sait qu'il a déjà développé les symptômes d'une maladie ne lui permettant pas de faire face à ses missions quotidiennes, et qu'il développera vraisemblablement de nouveau* ».
32. Toutefois, en contradiction avec ces affirmations sur le caractère prévisible de la maladie de M. E, l'administration poursuit en indiquant que « *son état étant stable* », « *s'il est certain que l'évolution de la sclérose en plaques est imprévisible et que chaque cas est unique, il ressort néanmoins des pièces du dossier (...) que le gendarme E est atteint d'une sclérose en plaque cyclique « rémittente », c'est-à-dire que la maladie dont il souffre se manifeste par des poussées suivies de rémissions plus ou moins longues* ». Pour ce faire, elle s'appuie sur des statistiques, et indique notamment que selon les experts, 80 % des personnes souffrant de la forme cyclique rémittente souffriront d'une forme progressive dans les 15 ans qui suivent le diagnostic, à savoir une évolution lente mais continue de la maladie, malgré les traitements qui peuvent être prescrits pour freiner cette évolution.
33. Or, dans son appréciation de l'état de santé d'un agent, l'administration ne doit pas « *se référer (...) à des statistiques d'ensemble sans procéder à un examen particulier pour chaque candidat des conséquences prévisibles de l'opération subie et de leur incidence sur son aptitude à remplir les fonctions auxquelles il postule* » (CE, 29 décembre 1995, n°141064).
34. En l'espèce, en se bornant à l'application d'une norme médicale sans lien manifeste avec les fonctions postulées, contrairement à ce qu'elle affirme, l'administration n'a pas tenu compte de la situation particulière de M. E, en méconnaissance notamment de la jurisprudence administrative précitée sur l'aptitude physique des candidats à des fonctions publiques et de la Directive 2000/78, applicable à l'emploi public, selon laquelle il ne saurait y avoir de discrimination à l'embauche à raison du handicap² (articles 1 et 3).

² La sclérose en plaques 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* ».

35. En effet, il n'a pas été pris en compte au moment de l'admission dans le corps des SOC, de sa réussite, au début de l'année 2010, aux épreuves d'aptitude physique et sportive dans le cadre du contrôle de la condition physique du militaire (CCPM), de l'absence d'évolution de sa sclérose en plaques depuis plus de trois ans, du fait qu'il s'agisse d'un cas de sclérose asymptomatique, de ce que son état ne justifie d'aucun traitement médical, de son excellente condition physique et de ses très bonnes évaluations.

1 - Son aptitude réelle à exercer les fonctions postulées n'a pas été prise en compte :

36. S'agissant de la manière de servir de M. E, ce dernier donne pleinement satisfaction, depuis la révélation en 2007 de sa pathologie notamment, dans l'exercice de ses fonctions, qui sont celles d'un SOC sur le terrain.

37. Ainsi, ses supérieurs hiérarchiques bien qu'informés de sa déclaration d'inaptitude médicale ont continué à lui confier des missions en principe exercées par des SOC, et cela en prorogeant comme il a été rappelé son contrat, jusqu'en février 2011. Une telle prorogation, par dérogation à la norme médicale d'aptitude, paraissant d'ailleurs en contradiction avec son inaptitude constatée à exercer les missions y afférentes.

38. Outre les nombreuses missions de maintien de l'ordre auquel il a participé en 2008 et 2009, il a été affecté au service de sécurité de la résidence du Premier Ministre, qui suppose des horaires d'astreinte y compris de nuit, qui ne peuvent en principe être effectués par un agent classé G=4 ou G=3. Il a également participé à des missions de renfort au profit des brigades départementales et du peloton de surveillance et d'intervention, et également aux convois de la Banque de France.

39. Dans sa fiche d'évaluation pour l'année 2009, ses supérieurs précisent que M. E est un sous-officier *« qui mène à bien les missions confiées grâce à sa motivation et sa rigueur. Cet exécutant de confiance, actif en toutes circonstances, se montre capable d'une bonne réaction face aux situations qui se présentent (...). En plus d'un entraînement physique sérieux et régulier, il est intégré et s'inscrit comme exécutant fiable qui ne se laisse pas dépasser par les difficultés de son niveau (...). Le gendarme E est un élément de valeur »*.

40. De même, dans son évaluation pour 2010, il est précisé *« viscéralement attaché à ce métier, il cultive une condition physique en conséquence et soigne l'élégance de sa tenue ainsi que son allure. / L'échéance début 2011 de son contrat de sous-officier, sans espoir fondé d'accès au statut de carrière, n'a en rien amoindri la détermination du gendarme E à exercer cette profession. Laissant voir des aptitudes prometteuses tant dans la rigueur apportée à son travail que dans sa pratique des relations humaines, ce sous-officier devra reporter sa motivation et son envie de s'investir dans d'autres activités »*.

41. De telles appréciations sont confortées par les témoignages, des 21 et 22 janvier 2010, d'un de ses supérieurs hiérarchiques au 4^{ème} peloton, M. B et, d'un collègue de travail, M. M, qui ont respectivement indiqué que, *« la maladie de M. E n'a jamais interféré dans sa manière de servir et les efforts physiques liés à son emploi. / De juillet 1992 à juillet 1994, j'ai servi à l'escadron X, ou j'ai côtoyé le gendarme D, employé au garage, et souffrant de la même maladie que M. E. Il a toujours, le temps où je l'ai connu, tenu son emploi (...) »* et, que, le gendarme E *« n'a jamais eu de problème au travail. Le service a toujours été effectué, et correctement, sans soucis physiques. / J'ai connu le gendarme D. Sa maladie ne l'a pas affecté au service à l'escadron X et au service auto de l'EGM X (...) »*.

42. C'est ainsi, notamment, que M. E a été destinataire, d'une lettre du 13 septembre 2010 de félicitations de son commandant de groupement, précisant que l'intéressé *« particulièrement discipliné et consciencieux qui, le 14 avril 2010, en service sur un poste de contrôle routier à B, a procédé dans le temps de la flagrance à l'interpellation de deux auteurs d'un vol à l'étalage. A fait preuve, en la circonstance, d'un sens de l'initiative et d'une perspicacité qui mérites d'être citées en exemple »*.

2 - L'absence de nécessité de traitements permettant de guérir ou de bloquer l'évolution de sa pathologie n'a pas été considérée et les règles statutaires ont été méconnues:

43. Concernant son état de santé, depuis l'apparition de sa pathologie en 2007, aucun signe clinique d'évolution de sa maladie n'a été constaté et aucun traitement spécifique ne lui a été prescrit.
44. C'est ainsi que dans son courrier du 14 octobre 2010, l'administration reconnaît « *que son état de santé actuel est relativement satisfaisant* », et que « *dès lors qu'il est avéré qu'il souffre d'une sclérose en plaque bénigne, non traitée, cinq ans minimum sans poussée, IRM sans rehaussement par gadolinium, avec score EDSS inférieur à 2, son état général justifie un classement en G égal à 3* ».
45. En outre, il ressort des conclusions du neurologue civil qui suit M. E, le docteur G, que « *l'absence de lésion rehaussée par le gadolinium ne plaide pas en faveur d'une activité évolutive de sa maladie, donc de la survenue d'une prochaine rechute* ».
46. Dans un compte-rendu du 2 mars 2007, ce neurologue a indiqué : « *je l'encourage à reprendre une vie tout à fait normale, sans restriction aucune* ». Un an après l'apparition des symptômes de sa maladie, ce médecin précisait, le 28 mai 2008, que : « *M. E me demande de préciser son risque de nouvelle poussée et de handicap. / Je lui indique de façon très schématique que sur un plan statistique : - l'absence de lésion rehaussée par le gadolinium ne plaide pas en faveur d'une activité évolutive de sa maladie, donc de la survenue prochaine d'une rechute. – Les difficultés à la marche surviennent en moyenne après 8 années d'évolution (...). Cependant un tiers des patients ont une évolution qualifiée de « bénigne ». Pour M. E la présence de « seulement 4 hyper signaux sur l'IRM cérébral initial est un facteur de bon pronostic* ».
47. Presque trois ans après les faits, le 23 décembre 2009, ce même médecin confirmait, qu'il « *n'a pas présenté de nouvelle poussée évolutive depuis 3 ans. Il est asymptomatique avec une vie familiale, sociale et professionnelle normale. (...) absence d'activité de sa maladie (...). Les paramètres fonctionnels de KUTZKE et le score d'incapacité EDSS sont à 0 (c'est-à-dire normaux). Compte tenu du faible volume lésionnel IRM initial d'une part et de l'absence d'activité évolutive d'autre part, il n'y a pas d'indication à débiter un éventuel traitement de fond. Il n'est pas utile que je revois M. E de façon systématique. Je lui redis de ne modifier en rien ses habitudes de vie, notamment sportives et professionnelles* ».
48. Dans le même sens, le Professeur R de l'hôpital d'instruction des armées, indiquait dans le certificat médico-administratif d'hospitalisation de 2007, que M. E souffre « *d'un syndrome cliniquement isolé avec évolutivité des lésions IRM.* », et son adjoint, le docteur de N, constatait que « *le déficit s'est très progressivement amendé et il n'existe aujourd'hui plus de séquelle, ni motrice ni sensitive* ».
49. Par suite, au regard de telles conclusions et conformément à l'instruction précitée n° 2100/DEF/DCSSA/AST/AME du 1^{er} octobre 2003, le réclamant aurait dû être classé en G=2 et être déclaré médicalement apte à exercer les fonctions postulées, alors au surplus qu'il n'a pas été tenu compte du fait que sa pathologie ne nécessitait aucun traitement. L'administration militaire n'a, en tout état de cause, pas non plus envisagé les traitements susceptibles, le cas-échéant, de bloquer l'évolution de sa pathologie.
50. Par ailleurs, si elle a d'abord indiqué que le service de santé des armées a une compétence « *générale et exclusive* » pour donner un avis sur les questions médicales au sein des armées, il n'en demeure pas moins que les avis d'un médecin civil intervenus avant la décision contestée, s'ils ne peuvent à eux seuls être regardés comme suffisants, peuvent constituer des indices permettant de caractériser une discrimination.
51. C'est ainsi, que dans son courrier, reçu le 17 octobre 2011, par le Défenseur des droits, le ministère de la défense a souligné, en contradiction d'ailleurs avec ses précédentes écritures, que « *dans la pratique, les avis émis par des praticiens civils ne sont pas ignorés à l'occasion de l'examen de la situation des militaires. Ils peuvent, au cas par cas, être pris en compte comme des éléments*

d'appréciation complémentaires, conformément à ce que requiert toute relation confraternelle », ce qui n'a toutefois pas été le cas en l'espèce.

3 - M. E a été victime d'une discrimination prohibée :

52. Il résulte de tout ce qui précède, qu'il a été porté une appréciation discriminatoire de l'aptitude physique de M. E fondée sur une situation de handicap présumée. En effet, l'appréciation de son aptitude physique, repose sur le seul fait qu'il soit 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.
53. Par suite, le refus de titulariser M. E en tant que SOC pris en application de la décision d'inaptitude adoptée par le conseil supérieur de santé sans démontrer son incapacité à exercer les missions au moment de l'admission est discriminatoire, en méconnaissance notamment des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78 susvisée, sans que les dernières écritures produites par l'administration devant le tribunal administratif ou le Défenseur des droits, ne constituent des éléments objectifs suffisants permettant de justifier cette décision.
54. Telles sont les observations que le Défenseur des droits souhaite porter à la connaissance du tribunal administratif.