

## Délibération n° 2007-137 du 24 mai 2007

### ***Apparence physique / Emploi / Emploi secteur public / Recommandation***

*La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie d'une réclamation concernant l'arrêté du 26 septembre 2006 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 aux termes duquel les candidats doivent avoir un indice de masse corporelle « compatible avec les différentes missions confiées au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire ». La haute autorité considère que cette condition est constitutive d'une différence de traitement à raison de l'état de santé et du handicap des candidats. Dans la mesure où les concours d'accès aux emplois de l'administration pénitentiaire comportent des épreuves physiques, que ces épreuves présentent un caractère objectif, elles devraient suffire à apprécier les capacités physiques des candidats à exercer les différentes missions du personnel de surveillance. La haute autorité considère donc que la référence à l'indice de masse corporelle des candidats présente un caractère discriminatoire à raison de l'apparence physique et recommande au gouvernement sa suppression.*

Le Collège :

Vu la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment ses articles 11 et 14 ;

Vu le décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires

Vu le décret n°2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité et notamment l'article 9 ;

Vu l'arrêté du 26 septembre 2006 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 ;

Sur proposition du Président,

Décide :

La haute autorité a été saisie d'une réclamation de Madame Y. J qui conteste l'article 2 alinéa 2-3° de l'arrêté du 12 octobre 2004 relatif aux conditions d'aptitude physique pour l'admission dans le corps des chefs de service pénitentiaire et dans le corps des gradés et surveillants de l'administration pénitentiaire aux termes duquel, outre les conditions d'aptitude physique exigées pour l'admission aux emplois publics, les candidats doivent « Avoir un indice de masse corporelle (...) compris entre 21 et 30, bornes incluses ».

La réclamante estime que cette condition conduit à établir une différence de traitement entre les candidats en raison de leur apparence physique.

Elle a été admise au concours et déclarée physiquement apte aux fonctions de surveillante de l'administration pénitentiaire mais le chef du bureau de la gestion des personnels de la direction de l'administration lui a notifié l'impossibilité de prononcer sa nomination au motif de l'indice de sa masse corporelle évalué à 18.5.

Il convient cependant de préciser que l'arrêté du 12 octobre 2004 litigieux a été abrogé par celui du 26 septembre 2006 précité. Désormais, l'indice de masse corporelle doit être « compatible avec les différentes missions confiées au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire ». Aussi, par l'effet combiné de la suppression du bornage de l'indice de la masse corporelle et de l'épuisement des voies de droits la réclamation est devenue sans objet.

Toutefois, la disposition en vigueur relative à l'appréciation de la compatibilité de l'indice de masse corporelle avec les différentes missions confiées au personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire peut faire l'objet d'un examen.

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 ses 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 ».

Cependant, l'article 22 du décret n°86-442 du 14 mars 1986 relatif (...) aux conditions d'aptitude physique pour l'admission aux emplois publics et au régime de congés de maladie des fonctionnaires, dispose que « lorsque la nature des fonctions exercées par les membres de certains corps de fonctionnaires le requiert, l'admission dans ces corps peut, à titre exceptionnel, être subordonnée à des conditions d'aptitude physique particulières ».

Si des dérogations au principe de non discrimination sont permises, c'est à la condition qu'elles poursuivent un but légitime. En effet, en raison du caractère constitutionnel du principe d'égalité, les dérogations, même légales, ne sont admissibles que dans la mesure où la nature des emplois et les conditions de leur exercice l'exigent de façon absolue. En l'espèce, la mesure dérogatoire mise en œuvre ne sera proportionnée qu'à la condition que seules soient exclues des emplois visés les personnes ne possédant pas les capacités requises.

Il s'agit donc pour la haute autorité de s'assurer que les conditions requises sont justifiées par des données objectives. En l'espèce, les spécificités des missions dévolues aux personnels de l'administration pénitentiaire justifient l'existence de conditions spécifiques d'aptitude physique.

Cependant, la référence particulière à la masse corporelle laisse penser que cette caractéristique serait une condition supplémentaire par rapport à l'exigence d'aptitude physique. Si cela devait être le cas, l'administration devrait avoir à préciser, par exemple, dans quelle(s) hypothèse(s) un candidat pourrait être apte physiquement tout en ayant une masse corporelle incompatible avec les fonctions postulées.

C'est pourquoi, la haute autorité doit s'assurer que la procédure permettant de vérifier l'adéquation entre l'aptitude physique de l'agent et la fonction postulée ne conduise pas à exclure certains agents non pas en considération de leur inaptitude à exercer les fonctions postulées mais en raison de leur apparence physique.

Selon l'administration, l'appréciation de l'aptitude des candidats à l'exercice de la fonction de surveillant et à la présentation des épreuves physiques du concours est confiée à des médecins généralistes agréés.

Si le « dossier médical », renseigné par le médecin agréé, comporte la mention pré-remplie par l'administration des fonctions qui pourront être exercées par le candidat ainsi que les compétences requises, les conditions d'aptitude physique mentionnées dans l'arrêté du 26 septembre 2006, il n'apporte aucune précision sur les modalités d'appréciation de la compatibilité de l'indice de masse corporelle avec l'exercice des missions.

C'est donc l'avis non motivé et non susceptible de recours du médecin qui emporte décision.

S'il n'appartient pas à la haute autorité de remettre en cause le principe de la détermination de l'aptitude physique à l'occasion d'un examen médical, la référence à l'indice de masse corporelle combinée à l'absence de précision concernant les modalités de détermination de sa compatibilité avec l'exercice des fonctions postulées paraît critiquable.

Les épreuves physiques d'aptitudes qui, elles, renvoient à des critères objectifs paraissent proportionnées et adaptées à l'objectif poursuivi dans la mesure où elles devraient permettre d'apprécier les capacités physiques des candidats à exercer les différentes missions du personnel de surveillance, sans qu'intervienne la notion de masse corporelle.

Ainsi, le candidat ayant démontré, par la réussite aux épreuves, qu'il disposait des capacités physiques ne devrait plus se voir opposer l'indice de masse corporelle de manière dirimante.

En conséquence, la haute autorité, conformément aux articles 11 et 15 de la loi portant création de la haute autorité, recommande aux ministres de la justice et de la fonction publique de supprimer des 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, toute référence à l'indice de masse corporelle des candidats.

*Le Président*

Louis SCHWEITZER