

Paris, le 22 décembre 2017

Décision du Défenseur des droits n°2017-308

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 le code de la défense ;

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 ;

Vu l'arrêté du 30 mars 2012 modifié fixant les conditions physiques et médicales d'aptitude exigées des personnels militaires de la gendarmerie nationale et des candidats à l'admission en gendarmerie ;

Vu l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination et au contrôle de l'aptitude médicale à servir du personnel militaire ;

Vu l'instruction n° 10500-DEF/GEND/RH/RF/REC du 20 février 2003 relative au recrutement des volontaires de la gendarmerie ;

Saisi par M. X ayant la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé qui se plaint du rejet de sa candidature sur un poste de gendarme adjoint volontaire – emploi particulier (aide cuisinier) qu'il estime discriminatoire en raison de son handicap ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe de recommander au Ministre B de réexaminer la situation de l'intéressé au regard de sa possibilité d'accéder au statut de gendarme adjoint volontaire (aide cuisinier).

Le Défenseur des droits demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Jacques TOUBON

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

▪ Rappel des faits :

Le Défenseur des droits a été saisi par M. X ayant la reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé qui se plaint du rejet de sa candidature sur un poste de gendarme adjoint volontaire – emploi particulier (aide cuisinier), alors qu'il a réussi les tests liés à ce recrutement et pour lequel il dispose de la formation requise.

Cette décision résulte, aux termes du courrier adressé à M. X le 14 janvier 2016 par le ministère B, de son « *inaptitude physique définitive au service de la gendarmerie* ».

M. X, atteint de dysphasie¹, se plaint ainsi d'une appréciation discriminatoire de sa candidature eu égard à son handicap dans la mesure où son aptitude réelle à exercer les fonctions postulées n'aurait pas été prise en compte.

Il convient de rappeler que la procédure de recrutement des volontaires dans la gendarmerie prévoit 2 phases : une phase de tests psychotechniques, puis un examen médical d'aptitude.

Les tests psychotechniques sont des tests de personnalité employés pour mesurer certaines des aptitudes intellectuelles.

« Ces tests ont pour vocation d'évaluer plusieurs aspects de la personne. Tout d'abord, ils démontrent les capacités de rapidité et de maîtrise de soi, le fait de retenir de nombreux détails, de comprendre la signification des mots, l'aptitude à résoudre un problème et la capacité à dégager des relations entre différentes données. »²

En l'espèce, après un premier échec, M. X a été informé par courrier du 6 janvier 2016 qu'il avait réussi les tests psychotechniques, que sa candidature était agréée et qu'il allait bientôt être convoqué à l'examen médical de sélection.

Cet examen a été réalisé le 14 janvier 2016 et le médecin de la gendarmerie a constaté l'inaptitude définitive au service de M. X. Il en a été informé par décision du même jour.

Suite à sa demande, l'intéressé a bénéficié d'une contre-expertise, réalisée par le médecin-chef du centre d'expertise médicale initiale de E, qui a confirmé son inaptitude définitive au service de la gendarmerie. Une décision confirmative lui a ainsi été envoyée le 19 mai 2016.

Par courriers du 19 septembre 2016, des 25 juillet et 15 septembre 2017, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès du Ministre B qui y a répondu par courrier reçu le 1^{er} août et le 9 novembre 2017.

▪ Discussion :

Il convient de rappeler que l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 prévoit, que « *tous les citoyens (...) sont également admissibles à toutes*

¹ Qui constitue un trouble lié au « *développement du langage oral et [qui peut] toucher les aspects réceptifs (décoder le langage reçu) et/ou expressifs (phonologiques, lexicaux, syntaxiques...)* » Fédération Française des DYS, « Dysphasie | Fédération Française des Dys », sur www.ffdys.com

² <http://prepa-concours-gendarmerie.fr/tests-psychotechniques>

dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans aucune distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

En outre, l'article 1^{er} et 2 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, prohibe les discriminations en lien avec le handicap dans l'emploi public.

S'agissant de l'aptitude physique exigée des militaires – les gendarmes volontaires ayant le statut de militaire –, 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 (...)* ». Cette disposition est reprise à l'article 1^{er} de l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination et au contrôle de l'aptitude médicale à servir du personnel militaire.

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 précisé par l'arrêté du 30 mars 2012 modifié susvisé.

Ce « *profil médical* » est défini par sept sigles : SIGYCOP, auxquels sont attribués des coefficients³. En l'espèce, le service de santé des armées a considéré que le profil médical de M. X ne correspondait pas au profil médical minimum requis des gendarmes adjoints volontaires. Il a été classé en G=5, alors que le profil minimum requis était de G=2.

La jurisprudence administrative relative à l'aptitude physique a cependant évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes atteintes d'une pathologie pouvant par exemple donner lieu à un congé de longue maladie.

En effet, de même que l'ex-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).

Cette jurisprudence 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.

Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat a également 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*

³ 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.

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).

En outre, par délibération n° 2008-216 du 29 septembre 2008, l'ex-Halde avait 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 présentait une affection pouvant ouvrir droit à un congé de longue maladie, constituait une discrimination. Elle 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 l'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. ».*

Par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707482-0802292), confirmant de fait les observations de l'ex-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 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 ».*

De même, dans une affaire où le Défenseur des droits avait produit ses observations (décision n° MLD-2012-78 du 26 juin 2012), le tribunal administratif (TA d'Orléans, 23 octobre 2012, n° 1000346) avait considéré comme illégal le refus de recruter un gendarme sous contrat, dans un corps de militaire de carrière, au seul motif tiré de la maladie évolutive dont il est atteint, alors qu'il n'avait pas été tenu compte de sa capacité réelle à exercer les missions postulées au moment de l'examen de son admission dans le corps.

Le juge administratif a ainsi étendu aux militaires, la jurisprudence selon laquelle seule l'aptitude réelle à exercer les missions au moment de l'admission doit être retenue dans le cadre d'une procédure de recrutement.

Par suite, il résulte de cette jurisprudence que l'appréciation des conditions particulières d'aptitude 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 ;
- 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.

En l'espèce, la capacité réelle à exercer les fonctions de l'intéressé n'a pas été prise en compte et sa déclaration d'inaptitude totale et définitive à toutes les fonctions au sein de la gendarmerie confirmée le 19 mai 2016 apparaît disproportionnée.

En effet, non seulement l'intéressé postulait sur des fonctions d'aide cuisinier pour lesquelles les sujétions inhérentes à l'état de militaire sont de moindre portée, mais en plus

M. X avait réussi la phase des tests psychotechniques dans le cadre de la procédure de recrutement, ce qui préjugait favorablement de son aptitude à servir.

Ainsi, le fait que le ministère B indique que dans des circonstances particulières, un gendarme adjoint volontaire – emploi particulier « *doit être à même de passer des ordres radios, de renseigner la population ou de rendre compte en situation de stress opérationnel, par exemple à l'occasion de la sécurisation de l'accès à un périmètre interdit au public à la suite d'un attentat ou d'une catastrophe naturelle, etc... autant de techniques qui font d'ailleurs partie de la formation dispensée aux gendarmes adjoints volontaires – emploi particulier et qui sont évaluées à ce titre* », ne paraît pas suffisant pour regarder la décision critiquée comme proportionnée. En effet, l'évaluation au cours de la formation devrait à elle seule permettre de juger de l'aptitude du candidat à exercer les missions postulées. Une telle appréciation ne devrait pas intervenir *a priori* avant toute évaluation *in concreto*.

Ainsi, il apparaît que, sans lien avec les fonctions postulées, seul l'avis rendu par le service de santé des armées, fondé exclusivement sur le SYGICOP sans tenir compte de la capacité réelle à exercer les fonctions, a conduit à la déclaration d'inaptitude de M. X.

Aussi, sa pathologie, la dysphasie, qui constitue un trouble du langage, qui ne devrait avoir aucune répercussion dans l'exercice de l'emploi postulé d'aide cuisinier, n'apparaît en tout état de cause et *a priori* ni incompatible avec cet emploi, ni *a fortiori* avec le caractère opérationnel auquel doivent répondre les forces armées.

Enfin, le fait que l'inaptitude à servir ne concerne que le statut de militaire et qu'elle ne fasse pas échec à une candidature sur un poste de personnel civil sous contrat en gendarmerie n'apparaît pas suffisant pour ôter le caractère discriminatoire de la décision contestée.

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, le Conseil d'Etat a considéré, lorsque le moyen tiré de la violation du principe de non-discrimination est soulevé par le demandeur, « *que, s'il appartient au requérant qui s'estime lésé par une telle mesure (discriminatoire) de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de faire présumer une atteinte à ce dernier principe, il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir que la décision attaquée repose sur des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* » (CE, Ass., 30 octobre 2009, Mme PERREUX, n° 298348 ; CE, 7 juillet 2010, n° 322636 ; CE, 10 janvier 2011, n° 325268).

Un tel dispositif, proche de celui de l'aménagement de la charge de la preuve posé, notamment, à l'article 4 de la loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 précitée, fait peser sur la personne mise en cause la charge de montrer que la situation contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Par suite, en application du principe de l'aménagement de la charge de la preuve, il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que M. X doit être considéré comme victime d'une discrimination prohibée en lien avec son handicap en méconnaissance notamment des articles 1 et 2 de la loi précitée du 27 mai 2008.

Aussi, le Défenseur des droits décide, en vue de régler la situation exposée de recommander au Ministre B de réexaminer la situation de l'intéressé au regard de sa possibilité d'accéder au statut de gendarme adjoint volontaire (aide cuisinier).

Le Défenseur des droits demande également à être tenu informé des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Jacques TOUBON