

Paris, le 21 février 2018

Décision du Défenseur des droits n°2018-078

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

Saisi par Monsieur X, militaire de la marine nationale affecté à Z à la date des faits, qui se plaint de discrimination en lien avec son état de santé eu égard à l'inaptitude au service en mer qui lui a été opposée par le service de santé des armées ;

Décide, en vue de régler la situation exposée dans la note ci-jointe :

- de recommander à la Ministre Y d'indemniser Monsieur X des préjudices subis, après que ce dernier lui ait adressé une demande indemnitaire préalable ;

- de recommander à la Ministre Y d'adresser une note au service de santé des armées en rappelant que lors de l'examen de l'aptitude médicale en cours de carrière, l'appréciation des conditions particulières d'aptitude des candidats doit se faire au regard de la capacité réelle à exercer les fonctions et non pas *in abstracto* sans lien avec ces dernières, une maladie évolutive, à l'instar du VIH, ne devant pas ainsi *de facto* conduire à une déclaration d'inaptitude ;

- 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 Monsieur X, militaire de la marine nationale affecté à Z à la date des faits, faisant partie du Commandement C en tant que sous-officier (maître) de marine et détenteur d'une spécialité de comptable logisticien, qui se plaint de discrimination en lien avec son état de santé eu égard à l'inaptitude au service en mer qui lui a été opposée par le service de santé des armées.

Il souligne, en effet, que depuis l'annonce à sa hiérarchie en juillet 2016, du VIH dont il est atteint, il a fait l'objet de refus successifs réguliers à l'embarquement en mer sur les navires.

Monsieur X rappelle toutefois, certificats médicaux de ses médecins traitants à l'appui, qu'il dispose de la capacité réelle à exercer ses missions et que, par suite, les restrictions de missions qui lui sont opposées sont discriminatoires et illégales.

Ainsi, il ressort d'un dernier certificat médical d'un de ses médecins traitants du 1er août 2017, que : « *ce patient est en parfait état général et il ne nécessite pas d'arrêt de travail. Son état de santé actuel est tout à fait compatible avec une activité professionnelle* ».

Le 17 janvier 2017, le conseil régional de santé de la direction régionale du service de santé des armées de Y a cependant émis l'avis suivant : « *inapte au service à la mer, inapte aux opérations extérieures et missions de courte durée, apte à servir sans restriction dans sa spécialité C, apte à l'entraînement physique militaire et sportif* ».

Le réclamant a ainsi été muté au Groupement de Soutien de la Base de Défense (GSBDD) de W à compter du 25 septembre 2017.

Par courriers des 21 décembre 2016, 24 mars et 15 septembre 2017, une instruction a été menée par le Défenseur des droits auprès du Ministère Y, qui y a répondu par courriers des 13 avril et 26 décembre 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 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 l'état de santé dans l'emploi public.

S'agissant de l'aptitude physique exigée des militaires, 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 (...)* ». 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 conformément à l'arrêté précité du 20 décembre 2012.

Ce « *profil médical* » est défini par sept sigles : SIGYCOP, auxquels sont attribués des coefficients¹. L'affection de VIH impacte le coefficient permettant d'évaluer le critère « état général » qui correspond au sigle G et qui doit être de G=2 pour tout le personnel de la marine nationale, ce qui n'a pas été le cas de Monsieur X.

La jurisprudence administrative relative à l'aptitude physique a cependant évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes ayant une maladie évolutive, à l'instar du VIH, pouvant donner lieu à 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 traduite dans 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'immunodéficiência 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).

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 présente 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*

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.

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 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* ».

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, les restrictions à l'embarquement opposées à l'intéressé apparaissent toutefois dépourvues de lien avec sa capacité réelle à exercer ses fonctions, mais plutôt fondées sur des craintes de sa hiérarchie, liées à la maladie dont il est atteint.

S'il y a bien eu un examen particulier de la situation de l'intéressé, celui-ci ne permet pas de démontrer l'inaptitude au service en mer de l'intéressé.

C'est ainsi que le ministère explique dans sa réponse adressée au Défenseur des droits le 13 avril 2017, que : « *l'inaptitude au service à la mer (...) procède (...) d'une mesure nécessaire compte tenu de ce service, impliquant en particulier des difficultés possibles d'approvisionnement ou de conservation, notamment des médicaments, qui peuvent nuire à l'observance des traitements et la promiscuité induite par les conditions de vie* ».

S'agissant de la promiscuité induite par les conditions de vie, le Défenseur des droits tient à rappeler que c'est un argument qui ne peut, en tout état de cause, pas permettre de fonder une déclaration d'inaptitude.

Le ministère de la défense rappelle également dans son dernier courrier du 26 décembre 2017 que : *« c'est à bon droit que l'autorité militaire a pu tirer les conséquences fonctionnelles de cette situation en écartant Monsieur X d'un cadre opérationnel dans lequel sa sécurité et sa santé auraient été exposées à un niveau de risque imprévisible et donc non acceptable »*.

Le ministère ajoute dans ce dernier courrier que : *« les conditions d'exercice de l'emploi des personnels de la marine nationale à bord des bâtiments sur lesquels ils sont embarqués comportent plusieurs spécificités susceptibles de comporter des incidences médicales : l'imprévisibilité de la mission, du fait notamment de circonstances extérieures conduisant à prolonger celle-ci pour une durée indéterminée, et de provoquer ainsi, par exemple, des ruptures d'approvisionnement d'ordre sanitaire ; l'éloignement et les difficultés d'évacuation médicale qui peuvent en résulter en cas de besoin ; et les limitations capacitaires internes d'ordre médical (certains bâtiments disposent d'un infirmier, mais non d'un médecin). »*

Les objections apportées par le ministère se résument à des questions d'approvisionnement en cas d'allongement de la durée d'une mission.

Si les spécificités évoquées par le ministère ne peuvent être ignorées, il n'est pas démontré en quoi elles ne permettraient pas, en l'espèce, à un comptable logisticien d'exercer ses fonctions en mer conduisant ainsi à son inaptitude à tout service en mer.

En effet, le réclamant rappelle que son traitement consiste simplement en la prise d'un comprimé tous les jours dont il s'approvisionne par avance auprès de l'hôpital, à raison de 5 boîtes à la fois et si besoin de plus de 5 boîtes, et qu'il ne présente aucun effet secondaire depuis le début de ce traitement.

Le réclamant confirme la possibilité pour lui de partir en mer avec une réserve supplémentaire de médicaments de nature à pallier un prolongement imprévu de toute mission.

En outre, en cas d'allongement de mission, l'approvisionnement du bâtiment pourra intégrer une réserve de médicaments pour le réclamant.

Par suite, contrairement à ce que souligne l'administration, ce traitement ne devrait pas être considéré comme une difficulté pour lui à servir en mer alors, au demeurant, que tous les bâtiments disposent d'un personnel médical ou paramédical. Il apparaît ainsi que sa capacité réelle à exercer les missions n'a pas été prise en compte.

Ainsi, comme il a été dit, il ressort d'un dernier certificat médical d'un de ses médecins traitants du 1er août 2017, que : *« ce patient est en parfait état général et il ne nécessite pas d'arrêt de travail. Son état de santé actuel est tout à fait compatible avec une activité professionnelle »*.

S'il est vrai que s'agissant d'une attestation d'un médecin civil, elle n'a en principe pas d'incidence juridique sur l'aptitude à servir à bord, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un élément sérieux d'appréciation de l'état de santé du réclamant sur lequel repose l'évaluation de son aptitude.

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.

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

Or, conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif tel une discrimination a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (par exemple, Cass. Soc, 23 novembre 2005, n° 03-40 826 ; CE, 11 juillet 2011, n° 321225) permettant de la replacer dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si le comportement dommageable n'était pas intervenu.

En l'espèce, les préjudices, principalement moraux, subis par Monsieur X suite à la décision contestée doivent être intégralement réparés.

Aussi, le Défenseur des droits décide, en vue de régler la situation :

- de recommander à la Ministre Y d'indemniser Monsieur X des préjudices subis, après que ce dernier lui ait adressé une demande indemnitaire préalable ;

- de recommander à la Ministre Y d'adresser une note au service de santé des armées en rappelant que lors de l'examen de l'aptitude médicale en cours de carrière, l'appréciation des conditions particulières d'aptitude des candidats doit se faire au regard de la capacité réelle à exercer les fonctions et non pas *in abstracto* sans lien avec ces dernières, une maladie évolutive, à l'instar du VIH, ne devant pas ainsi *de facto* conduire à une déclaration d'inaptitude ;

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