

Paris, le 13 janvier 2020

---

**Avis du Défenseur des droits n°20-02**

---

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 ;

Sollicité par la rapporteure de la proposition de loi n°1432 examinée en commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, visant l'ouverture du marché du travail aux personnes atteintes de diabète, a transmis l'avis suivant le 13 janvier 2020.

Le Défenseur des droits,

Jacques TOUBON

Au titre de l'article 4 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011, le Défenseur des droits est chargé notamment de lutter contre les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France ainsi que de promouvoir l'égalité.

C'est dans ce cadre qu'il a été sollicité par la rapporteure de la commission des affaires sociales de l'Assemblée nationale, sur la proposition de loi n° 1432 visant l'ouverture du marché du travail aux personnes atteintes de diabète.

Par cette proposition de loi, les députés souhaitent la mise en place d'un comité interministériel « *d'évaluation des textes obsolètes réglementant l'accès au marché du travail (...)* » (article 1<sup>er</sup>) qui aurait notamment vocation à « *émettre des propositions quant à l'accès à certaines professions aux personnes souffrant de maladies chroniques.* » (Article 3).

Le texte prévoit aussi d'abroger « *les listes interdisant a priori l'accès des personnes diabétiques aux professions réglementées* » et de rappeler que « *l'accès des personnes atteintes de diabète à ces métiers se fait par le biais d'une évaluation au cas par cas par le médecin inspecteur du travail territorialement compétent* » (article 2).

Le Défenseur des droits ne peut que saluer cette proposition de loi qui tend à l'inclusion dans le marché du travail de personnes atteintes de diabète et de pathologies chroniques, d'autant qu'elle s'inscrit dans le droit fil de ses prises de position régulières liées aux discriminations que subissent, notamment, les agents publics atteints de maladies évolutives ou chroniques (diabète, sida, cancer...).

Les premiers critères de discrimination sur lesquels le Défenseur des droits est saisi, tant dans l'emploi public que dans l'emploi privé, sont, lorsqu'ils sont réunis, l'état de santé et le handicap<sup>1</sup>.

Le Défenseur des droits est ainsi régulièrement saisi par des militaires ou des policiers confrontés lors de leur recrutement, ou au cours de leur carrière, à des normes d'aptitude physique qui, bien que légitimes, peuvent parfois apparaître comme très restrictives.

En effet, s'il est vrai que, s'agissant des agents publics, l'accès à la qualité de fonctionnaire ou de militaire suppose, pour tout candidat de remplir les conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice des fonctions postulées<sup>2</sup>, le Défenseur des droits veille à ce que ces appréciations n'aboutissent pas à des discriminations en lien avec l'état de santé ou le handicap.

---

<sup>1</sup> En 2018, sur 95 836 réclamations reçues, la lutte contre les discriminations représente le 2<sup>ème</sup> domaine de saisine (5 631 dossiers). La moitié de ces saisines « discriminations » concernent l'emploi public et privé (8,2% reposent sur le critère du handicap et 7,5% reposent sur le critère de l'état de santé).

<sup>2</sup> Des conditions d'aptitudes physiques particulières peuvent être exigées pour l'accès à certains corps de fonctionnaires « *lorsque la nature des fonctions exercées (...) le requiert (et) à titre exceptionnel (...)* » ou de militaires (article L. 4132-1 du code de la défense : « *Nul ne peut être militaire : (...) 3° s'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction (...)* »). Cette dernière disposition est reprise à l'article 1<sup>er</sup> de l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination et au contrôle de l'aptitude médicale à servir du personnel militaire.

## ***I- Nécessité de modifier les textes interdisant a priori l'accès aux professions règlementées aux personnes diabétiques et d'élargir cette modification aux personnes souffrant d'autres pathologies chroniques ou évolutives.***

La rédaction de l'article 2 de la proposition de loi n°1432 semble réserver l'abrogation des listes interdisant l'accès aux professions règlementées aux seules personnes diabétiques alors que les difficultés rencontrées par les personnes souffrant d'autres pathologies chroniques ou porteuses d'un handicap sont comparables.

Le Défenseur des droits est, notamment, régulièrement saisi par des personnes atteintes du VIH qui se voient exclues du monde du travail ou dont l'accès à ce dernier est limité.

Il a, ainsi, adopté une décision n° 2018-078 du 21 février 2018, suite à la déclaration d'inaptitude à l'exercice de certaines fonctions opposée, par le service de santé des armées, à un militaire de la marine nationale atteint de VIH sans que sa capacité réelle à exercer les missions ait été prise en compte. Dans cette affaire, un recours est pendu devant le tribunal administratif de Paris.

Dans une autre affaire, le Défenseur des droits a été saisi par un ancien sous-officier sous contrat, d'une réclamation relative à sa non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière de la gendarmerie (statut de militaire), en raison d'un avis d'inaptitude médicale, lié à la maladie évolutive dont il était atteint. Le réclamant estimait qu'il s'agissait d'une appréciation discriminatoire de son aptitude physique. L'enquête menée par les services du Défenseur des droits a permis de considérer que le réclamant avait été victime d'une discrimination prohibée fondée sur le handicap, dès lors qu'au moment de l'appréciation de son admission dans le corps des sous-officiers de carrière, il n'avait pas été tenu compte de son aptitude réelle à exercer les missions sur lesquelles il postulait (décision n° MLD-2012-78 du 26 juin 2012). Or, celle-ci était démontrée par sa réussite aux épreuves d'aptitude physique et sportive, par l'absence d'évolution de sa pathologie depuis plus de trois ans, par le fait qu'il s'agissait d'une pathologie asymptomatique, et que son état de santé ne justifiait d'aucun traitement médical.

Suivant les observations du Défenseur des droits, le tribunal administratif saisi (TA d'Orléans, 23 octobre 2012, n° 1000346) a considéré comme illégal le refus de recruter ce gendarme sous-contrat, dans un corps de militaire de carrière au seul motif tiré de la maladie évolutive dont il était 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.

Enfin, il convient de mentionner une décision n° 2017-308 du 22 décembre 2017 relative au rejet, par le ministère de l'intérieur, de la candidature d'un réclamant atteint de dysphasie, sur des fonctions de gendarme adjoint volontaire (aide cuisinier), sans que sa capacité réelle à exercer les missions ait été prise en compte<sup>3</sup>.

De telles affaires démontrent qu'au-delà du diabète, un toilettage de l'intégralité des textes prévoyant de fermer ou de limiter l'accès à certains emplois règlementés du secteur public et privé à une liste de pathologies chroniques ou handicaps serait nécessaire.

**La proposition de loi devrait, ainsi, prévoir une modification d'envergure des textes en prônant l'ouverture du marché du travail par principe à l'ensemble de ces personnes.**

---

<sup>3</sup> L'administration n'a, cependant, pas souhaité suivre la recommandation du Défenseur des droits tendant au réexamen de la situation de l'intéressé au regard de sa possibilité d'accéder au statut de gendarme adjoint volontaire en qualité d'aide cuisinier.

Il pourrait être ainsi prévu de réviser la réglementation SIGYCOP, qui détermine l'aptitude à exercer un emploi dans l'armée<sup>4</sup>, dans la police nationale<sup>5</sup> ou auprès des sapeurs-pompiers professionnels<sup>6</sup>, afin de prendre en compte, comme l'ont rappelé le juge administratif (CE, 6 juin 2008, n° 299943, *cf. infra*) et le Défenseur des droits, l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer l'évolution des pathologies chroniques ou évolutives.

C'est dans ce sens, que s'agissant des militaires, la Commission de défense nationale et des forces armées de l'Assemblée nationale a constitué, le 16 mai 2018, une mission d'information sur l'évaluation des dispositifs de lutte contre les discriminations au sein des forces armées, qui a publié un rapport le 29 mars 2019, dans lequel il est, notamment, préconisé une révision des coefficients associés au VIH dans le référentiel d'aptitude (proposition n° 12).

Ainsi, l'exclusion *a priori* de certains emplois de personnes atteintes d'une maladie chronique ou évolutive pouvant donner lieu à congé de longue maladie, n'a plus lieu d'être et il conviendrait de ne pas limiter, par principe, la protection aux seules personnes atteintes de diabète.

## ***II- La nécessité de prévoir une appréciation de l'aptitude in concreto en tenant compte des évolutions thérapeutiques et technologiques permettant de pallier l'ensemble des pathologies chroniques ou évolutives et/ou de compenser les déficiences.***

L'article 2 de la proposition de loi n°1432 le mentionne en faveur des personnes diabétiques. Le Défenseur des droits a eu l'occasion de souligner l'importance d'apprécier *in concreto* l'aptitude d'une candidate à un emploi public au vu des évolutions thérapeutiques dont elle bénéficiait. Dans cette affaire qui concernait une adjointe administrative de la police nationale atteinte d'un diabète insulino-dépendant, il a considéré que le refus opposé à sa participation à un concours externe fondé 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 prohibée<sup>7</sup>.

Suivant les observations du Défenseur des droits, par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707482-0802292), le tribunal administratif de Lyon a annulé la décision de refus de la candidature de la réclamante et a condamné l'État à l'indemniser à hauteur de 10 000 euros en raison des préjudices subis du fait de la décision discriminatoire. Le tribunal a 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 dont il n'est pas soutenu qu'elles impliqueraient des contraintes inhabituelles incompatibles avec cet état de santé, alors, en outre, que des traitements appropriés à ce type de diabète*

---

<sup>4</sup> 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 coefficients. Ainsi, s'agissant, par exemple du VIH, cette affection impacte le coefficient permettant d'évaluer le critère « état général » qui correspond au sigle G et qui doit être, par exemple, de G=2 pour tout le personnel de la marine nationale, ce qui peut conduire à des situations discriminatoires.

<sup>5</sup> Arrêté du 10 juin 2015 modifiant l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires.

<sup>6</sup> Arrêté du 6 mai 2000 fixant les conditions d'aptitude médicale des sapeurs-pompiers professionnels et volontaires et les conditions d'exercice de la médecine professionnelle et préventive au sein des services départementaux d'incendie et de secours.

<sup>7</sup> Décisions n° 2008-215 et 2008-2016 du 29 septembre 2008.

*permettent dans le cadre d'une prise en charge totalement autonome par le patient, de bloquer durablement l'évolution de la maladie ».*

Le Défenseur des droits regrette cependant que, dans la proposition de loi, cette appréciation au cas par cas de la prise en compte des évolutions thérapeutiques et technologiques ne soit pas prévue au profit de l'ensemble des personnes atteintes de pathologies chroniques ou évolutives et/ou déficiences.

Tant le Défenseur des droits que la jurisprudence administrative<sup>8</sup> insistent régulièrement sur le fait que, s'agissant de toutes les maladies chroniques ou évolutives, l'appréciation des conditions d'aptitude particulières 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 chronique ou 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.

Ce mode opératoire relatif à l'analyse des situations, qui devrait également s'appliquer aux emplois concernés du secteur privé, a d'ailleurs été retenu par l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitude physique particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires (tels que, les policiers en service actif ou le personnel de surveillance de l'administration pénitentiaire).

Son article 2 prévoit notamment, que : « *L'appréciation des conditions d'aptitude physique particulières pour l'accès aux corps de fonctionnaires visés à l'annexe I 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. (...)* ».

A défaut de procéder ainsi, cela pourrait conduire à des situations discriminatoires prohibées par les articles 1 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, qui interdit les discriminations en lien avec le handicap ou l'état de santé dans l'emploi.

**La proposition de loi devrait affirmer la nécessité d'adopter ce mode opératoire issu de la jurisprudence en l'étendant à l'ensemble des pathologies chroniques ou évolutives et à tous les métiers concernés par ces exclusions. Il s'agirait là d'une véritable avancée.**

---

<sup>8</sup> La jurisprudence relative à l'aptitude physique a évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes ayant une maladie évolutive pouvant par exemple donner lieu à congé de longue maladie.

Ainsi, conformément aux observations de la Halde (délibération du 24 mai 2007, n°2007-135), le Conseil d'Etat avait considéré en 2008, 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).

Dans une autre espèce, le Conseil d'Etat avait considéré en 2006 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). Par ailleurs, 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).