

Paris, le 15 avril 2021

Décision du Défenseur des droits n°2021-092

La Défenseure 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 la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ;

Vu le code de la défense ;

Vu le code de la sécurité sociale ;

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 ;

Saisie par Monsieur X dont la demande d'engagement à servir auprès de la réserve opérationnelle de la gendarmerie de Y n'a pas été agréée en raison de son inaptitude physique ;

Décide de recommander au ministère de l'Intérieur :

- d'examiner la demande d'engagement à servir au sein de la gendarmerie de W présentée par Monsieur X, en tenant compte de sa capacité réelle à exercer les fonctions de réserviste ;

- de l'indemniser des préjudices subis, dès lors que celui-ci lui aura adressé une demande préalable indemnitaire ;
- d'adresser une note de service au service de santé des armées en rappelant que lors de l'examen de l'aptitude médicale d'un candidat, l'appréciation des conditions particulières d'aptitude doit se faire au regard de la capacité réelle à exercer les fonctions et non pas *in abstracto* sans lien avec ces dernières.

La Défenseure des droits demande au ministère de l'Intérieur de rendre compte des suites données à ces recommandations dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision.

Claire HÉDON

<p align="center">Recommandations dans le cadre de l'article 25 de la loi organique n°2011-333 du 29 mars 2011</p>

Le Défenseur des droits a été saisi d'une réclamation par Monsieur X dont la demande d'engagement à servir au sein de la réserve opérationnelle de la gendarmerie de Y n'a pas été agréée en raison de son inaptitude physique. L'intéressé, atteint d'un diabète de type 2 non insulino-dépendant, estime que ce refus constitue une discrimination fondée sur son état de santé prohibée par la loi.

FAITS ET PROCEDURE

Par une lettre de candidature du 19 juin 2018, Monsieur X a sollicité un engagement à servir au sein de la réserve opérationnelle de la gendarmerie de de Y.

Après avoir réussi les tests psychotechniques, il s'est présenté au service de santé des armées de A, chargé de déterminer son « profil médical ». Monsieur X a précisé qu'il était atteint d'un diabète de type 2 non insulino-dépendant. Monsieur X s'est soumis à des examens complémentaires (bilan ophtalmologique, analyses de sang, épreuves d'effort) qui n'ont révélé aucune anomalie.

Le chef du service d'endocrinologie de l'hôpital d'instruction des armées a néanmoins considéré, le 9 septembre 2019, que l'état de santé général de Monsieur X relevait d'un classement « G=3 ». Or, seuls les personnes classées en-dessous de ce seuil sont admises pour intégrer la réserve opérationnelle.

Par un certificat médico-administratif du 17 septembre 2019, Monsieur X a été déclaré inapte à titre définitif à l'exercice des fonctions de réserviste.

Le 18 septembre 2019, le commandant du groupement de la gendarmerie départementale de de Y a refusé d'agréer sa demande d'engagement à servir, considérant qu'il ne présentait pas les aptitudes requises.

L'intéressé a contesté cette décision à l'occasion d'un recours gracieux, rejeté par un courrier du 5 décembre 2019.

Par une requête enregistrée le 4 février 2020, Monsieur X a demandé au tribunal administratif de Z d'annuler ces décisions et d'enjoindre à l'État de l'intégrer au sein de la réserve opérationnelle de W.

Dans ce contexte, Monsieur X a saisi le Défenseur des droits.

Interrogé par les services du Défenseur des droits le 10 novembre 2020, le ministère de l'Intérieur a produit ses observations dans un courrier reçu le 19 mars 2021.

ANALYSE JURIDIQUE

Sur le cadre juridique

Aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 : « *Tous les Citoyens (...) 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* ».

Les articles 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 prohibent les discriminations fondées sur l'état de santé dans l'accès aux emplois publics.

Le principe de non-discrimination ne saurait pour autant imposer aux employeurs de recruter des agents qui ne satisfont pas aux conditions d'aptitude requises pour l'exercice des fonctions postulées. Des conditions relatives à l'aptitude des candidats peuvent ainsi être exigées pour l'exercice de certaines fonctions.

Aux termes de l'article 4132-1 du code de la défense : « *Nul ne peut être militaire : (...) 3° S'il ne présente pas les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction (...)* »

L'article L. 4121-1 du même code précise que « *le réserviste doit posséder l'ensemble des aptitudes requises pour servir dans la réserve opérationnelle* ».

Les modalités de vérification des conditions d'aptitude des gendarmes volontaires sont définies par l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination et au contrôle de l'aptitude médicale à servir du personnel militaire.

Tout candidat à un engagement à servir dans la gendarmerie doit être déclaré apte, notamment après une visite médicale réalisée par un médecin des armées, conformément aux dispositions de l'article L. 713-12 du code de la sécurité sociale¹.

Cette visite médicale a pour objet de déterminer le « profil médical » des candidats, selon les critères définis par l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale. Ce « profil médical » est défini par sept sigles (SIGYCOP²), auxquels sont attribués des coefficients variables de 0 à 6. L'éventail de ces coefficients couvre les différents degrés allant de l'absence de toute anomalie, entraînant l'aptitude médicale sans restriction, jusqu'à l'affection grave ou l'impotence fonctionnelle majeure, provoquant l'inaptitude totale.

Le juge administratif a précisé les modalités d'appréciation de la condition d'aptitude des candidats aux emplois publics.

Dans un arrêt du 28 juin 2006, 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).

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

¹ Aux termes desquelles : « *Lorsqu'une décision entraînant des conséquences statutaires ou disciplinaires pour un militaire doit être prise après avis d'un médecin, cet avis ne peut être émis que par un médecin des armées relevant des dispositions de l'article L. 4138-2 ou de l'article L. 4211-1 du code de la défense. / Les dispositions de l'alinéa précédent sont applicables aux décisions d'admission à un état militaire ou à servir en vertu d'un contrat.* »

² 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.

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 appliquée aux personnels militaires. Ainsi, dans un jugement du 23 octobre 2012, le tribunal administratif d'Orléans, saisi par un candidat au recrutement dans le corps des sous-officiers de carrière dont la candidature avait été rejetée car il était atteint de sclérose en plaques, a considéré qu'« *en fondant sa décision sur la seule circonstance que M. B présentait une sclérose en plaques sans rechercher s'il était ou non apte à l'exercice des fonctions de sous-officier de carrière ou sans rechercher si son affection était entrée dans une phase évolutive* », le ministre de la Défense a commis une erreur de droit.

Il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'appréciation des conditions particulières d'aptitude des candidats à des fonctions publiques, dont les emplois militaires, 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.

À défaut, le fait d'exclure de certains emplois des personnes atteintes d'une maladie chronique ou évolutive, du seul fait de cette maladie, serait constitutif d'une discrimination.

Sur le défaut d'appréciation de l'aptitude réelle de l'intéressé à exercer les fonctions postulées

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 définit l'aptitude médicale comme « *la compatibilité de l'état de santé d'un individu avec les exigences du statut général des militaires et celles propres à (...) la gendarmerie nationale* ».

Il prévoit que le médecin des armées est responsable de la détermination de l'aptitude médicale et qu'il peut décider d'une inaptitude en fondant ses conclusions sur les éléments objectifs du bilan médical et sur l'estimation d'un risque pour l'individu ou la collectivité, basée sur sa connaissance des pathologies mais aussi sur celle du milieu militaire et des contraintes liées aux activités et situations d'exception imposées par ce statut.

En l'espèce, pour refuser d'agréer la demande d'engagement à servir de Monsieur X, le commandant du groupement de gendarmerie de Y a estimé que l'intéressé ne présentait pas les aptitudes requises.

Interrogé par les services de la Défenseure des droits, le ministère de l'Intérieur fait valoir que les conditions de travail des réservistes seraient « *incompatibles avec une maladie chronique telle que le diabète* ».

Il rappelle que les réservistes sont susceptibles de participer à toutes les missions de la gendarmerie, telles que la lutte contre la délinquance, la sécurité routière ou la protection, dans des conditions de travail qui seraient incompatibles avec les habitudes de vie nécessaires aux personnes diabétiques pour stabiliser leur glycémie, eu égard notamment à la variation des emplois du temps, à la rusticité des conditions de travail, et au stress.

Dans ces conditions, il apparaît que la situation de Monsieur X a bien été examinée avant que soit rejetée sa demande d'engagement à servir dans la réserve opérationnelle de la gendarmerie de Y.

Néanmoins, ce seul examen ne permet pas de démontrer l'inaptitude de l'intéressé aux fonctions postulées.

En effet, s'il est constant que les réservistes mobilisés pour les opérations de la gendarmerie sont soumis à des contraintes physiques, psychologiques et matérielles telles qu'ils doivent présenter une condition physique optimale, il n'est pas démontré que le diabète du réclamant ferait obstacle à sa participation à ces opérations.

Il ressort des pièces versées au dossier que l'intéressé est atteint d'un diabète de type 2 non insulino-dépendant bien équilibré qui ne présente aucune complication.

Monsieur X rappelle qu'il s'est soumis à divers examens médicaux qui n'ont révélé aucune anomalie. Il produit à cet égard un bilan ophtalmologique du 20 novembre 2018, les résultats des épreuves d'effort réalisées le 30 novembre 2018 et des analyses sanguines en date du 28 mars 2019.

Ces éléments sont corroborés par une attestation médicale établie par son médecin traitant le 23 juillet 2019, aux termes de laquelle le réclamant « *présente un diabète non insulino-dépendant bien équilibré* », « *ne présente aucune complication connue de son diabète* » et « *le traitement est bien toléré sans hypoglycémie a priori* ».

À cet égard, s'il est vrai que s'agissant d'une attestation d'un médecin civil, elle n'a pas d'incidence juridique sur l'aptitude à servir de l'intéressé, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit d'un élément sérieux d'appréciation de l'état de santé du réclamant qui doit être pris en considération dans l'évaluation de son aptitude à l'exercice de la fonction postulée.

Par ailleurs, les éléments recueillis attestent de la bonne condition physique du réclamant qui indique courir 15 kilomètres par semaine et avoir suivi une formation d'agent de protection rapprochée des personnes physiques (APRPP). Il produit en outre une copie de sa licence de tir.

Dans ces conditions, le rejet de la demande d'engagement à servir de Monsieur X apparaît fondé sur la seule circonstance qu'il ait obtenu un coefficient insuffisant, en application du référentiel « SIGYCOP », dès lors qu'il souffre d'un diabète de type 2.

Sur le caractère discriminatoire du rejet de candidature motivé par la seule circonstance que le candidat soit atteint d'un diabète de type 2

Monsieur X a été déclaré inapte à l'exercice des fonctions postulées dès lors que le coefficient attribué à son état général, par application de la classification « SIGYCOP », était inférieur au seuil exigé par les normes d'aptitude médicale requises des réservistes opérationnels de la gendarmerie nationale.

En effet, le chef du service d'endocrinologie de l'hôpital d'instruction des armées a estimé, dans un certificat du 9 septembre 2019, que l'état de santé général de l'intéressé relevait d'un classement « G=3 ».

La Défenseure des droits, qui n'est pas compétente pour remettre en cause cette appréciation médicale, relève toutefois que l'attribution de ce coefficient semble justifiée par la seule circonstance que l'intéressé est atteint d'un diabète de type 2, dès lors qu'aucun des examens auxquels s'est soumis Monsieur X n'a révélé d'anomalie dans son état de santé général.

Or, ce coefficient est déterminant dans l'appréciation de l'aptitude du candidat par l'autorité militaire. En effet, seuls les candidats s'étant vu attribuer un coefficient inférieur ou égal à 2 pour le sigle « G », correspondant à l'état général du candidat, sont considérés comme aptes à exercer les fonctions de réserviste.

L'attribution du coefficient « G=3 » a ainsi eu pour effet de rendre *de facto* Monsieur X inapte à servir au sein la réserve opérationnelle de la gendarmerie de de Y.

À cet égard, les services du ministère de l'Intérieur font état d'un répertoire analytique des pathologies annexé à l'arrêté du 20 décembre 2012 précité. Ce répertoire associe à chaque pathologie un coefficient correspondant à l'un des sigles du référentiel « SIGYCOP ». Il est ainsi conseillé, à titre indicatif, d'attribuer un coefficient « G » égal à « 5 ou 6 » aux personnes atteintes d'un diabète de type 1 ou 2.

En l'espèce, le coefficient attribué à l'état général de Monsieur X (« G=3 ») est inférieur aux valeurs de référence mentionnées dans ce répertoire, ce qui confirme qu'il a bien été procédé à un examen particulier de sa situation.

Toutefois, l'existence même de ce référentiel fait peser un risque de discrimination fondée sur l'état de santé à l'égard des candidats à des fonctions publiques atteints des pathologies référencées.

L'accès des personnes atteintes de diabète au marché du travail fait d'ailleurs l'objet d'une proposition de loi³ visant à abroger « *les listes interdisant a priori l'accès des personnes diabétiques aux professions réglementées* » et à 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).

Dans son avis n°20-02 du 13 janvier 2020 sur cette proposition de loi, le Défenseur des droits rappelle qu'il est régulièrement saisi par des militaires ou des policiers confrontés, lors de leur recrutement, à des normes d'aptitude physique qui, bien que légitimes, peuvent parfois apparaître comme très restrictives. Il veille alors à ce que l'appréciation des conditions d'aptitude physique exigées pour l'exercice des fonctions postulées n'aboutisse pas à des discriminations prohibées par la loi.

À ce titre, le Défenseur des droits a considéré, à plusieurs reprises, que l'application du référentiel « SIGYCOP » conduisait à des situations de discrimination lorsqu'elle n'était pas suivie d'une appréciation des capacités réelles du candidat à exercer les fonctions postulées.

Ont ainsi été regardés comme des discriminations prohibées par la loi :

- le rejet de la participation à un concours externe d'une adjointe administrative de la police nationale atteinte d'un diabète insulino-dépendant (décisions n°2008-215 et 2008-216 du 29 septembre 2008) ;
- la décision de non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière de la gendarmerie d'un ancien sous-officier sous contrat atteint d'une pathologie asymptomatique (décision n°MLD-2012-78 du 26 juin 2012) ;

³ 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.

- la déclaration d'inaptitude de servir en mer opposée par le service de santé des armées à un militaire de la marine nationale atteint de VIH (décision n°2018-078 du 21 février 2018).

Dans le cas de Monsieur X, l'instruction menée par les services du Défenseur des droits n'a pas permis de démontrer que l'application du référentiel SIGYCOP a été suivie d'une appréciation de ses capacités réelles à exercer les fonctions postulées.

Pourtant, dans un arrêt du 28 septembre 2020, la cour administrative d'appel de Bordeaux a rappelé que l'autorité administrative n'est pas liée par l'avis émis lors de la visite médicale (CAA de Bordeaux, 28 septembre 2020, 18BX01665).

Dans cette affaire, la Cour était saisie de l'appel du ministre de l'Intérieur contre le jugement du 26 février 2018 par lequel le tribunal administratif de Bordeaux a annulé le rejet de la candidature d'une personne atteinte de diabète au concours d'adjoint de sécurité de la police nationale pour inaptitude physique. L'intéressé s'était vu attribuer un coefficient 4 au sigle « G » (correspondant à l'état général) du référentiel « SIGYCOP », ce qui le rendait *de facto* inapte à intégrer la police nationale selon l'avis médical émis. Après avoir relevé que le requérant versait au dossier deux certificats médicaux attestant de la stabilité de son diabète, la Cour a considéré que le préfet de la zone de défense et de sécurité sud-ouest, « *qui n'est pas tenu de suivre l'avis médical, a entaché sa décision d'erreur d'appréciation* ».

En l'espèce, comme il a été démontré précédemment, il apparaît que le refus d'engagement à servir au sein de la réserve opérationnelle de Y opposé à Monsieur X est motivée par l'attribution d'un coefficient inférieur au seuil exigé par les normes d'aptitude médicale requises des réservistes opérationnels de la gendarmerie nationale, en application du référentiel « SIGYCOP », eu égard à son affection au diabète de type 2.

En application du principe d'aménagement de la charge de la preuve applicable aux agents publics estimant avoir fait l'objet d'une discrimination prohibée par la loi, la Défenseure des droits considère que les éléments produits par le ministère de l'Intérieur ne permettent pas de lever la présomption de discrimination à l'égard du réclamant.

Dans ces conditions, la Défenseure des droits considère que Monsieur X est victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, prohibée par les dispositions des articles 1^{er} et 2 de la loi n°2008-496 précitée.

Conformément à une jurisprudence constante, la victime d'un agissement fautif a droit, tant en matière civile qu'administrative, à une réparation intégrale des préjudices subis (voir par exemple CE, 11 juillet 2011, n°321225).

En l'espèce, les préjudices subis par Monsieur X en raison du refus d'agrément de sa demande d'engagement à servir doivent être intégralement réparés.

Aussi, la Défenseure des droits décide de recommander :

- d'examiner la demande d'engagement à servir au sein de la gendarmerie de W présentée par Monsieur X en tenant compte de sa capacité réelle à exercer les fonctions de réserviste ;
- de l'indemniser des préjudices subis, dès lors que celui-ci aura adressé une demande préalable indemnitaire ;

- d'adresser une note de service au service de santé des armées en rappelant que lors de l'examen de l'aptitude médicale d'un candidat, l'appréciation des conditions particulières d'aptitude doit se faire au regard de la capacité réelle à exercer les fonctions et non pas *in abstracto* sans lien avec ces dernières.

La Défenseure des droits demande également à être tenue informée des mesures prises conformément à ses recommandations dans un délai de trois mois.

Claire HÉDON