

Paris, le 26 mai 2023

Décision du Défenseur des droits n°2023-116

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 l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 ;

Vu la loi n° 2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées ;

Vu les articles 1er, 2-2° et 4 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 ;

Vu l'article 2 de la loi n° 2021-1575 du 6 décembre 2021 relative aux restrictions d'accès à certaines professions en raison de l'état de santé ;

Vu l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles ;

Vu l'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 ;

Vu l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitude physique particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires ;

Vu l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale ;

Vu l'arrêté du 12 septembre 2016 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 10 juillet 2017 relatif aux normes d'aptitude applicables aux commissaires des armées, aux aumôniers militaires et au personnel militaire rattaché au corps des commissaires des armées, devenu en cours d'instruction l'arrêté du 30 novembre 2021 relatif aux normes médicales d'aptitude applicables aux commissaires des armées, aux aumôniers militaires et au personnel militaire rattaché au corps des commissaires des armées ;

Vu l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale applicable aux militaires dont font partie les gendarmes ;

Vu l'arrêté du 25 novembre 2022 relatif à l'appréciation des conditions de santé particulières exigées pour l'exercice des fonctions relevant des corps de fonctionnaires actifs des services de la police nationale ;

Vu l'arrêté du 9 mai 2023 modifiant l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale

Vu l'instruction n° 2100/DEF/DCSSA/AST/AME du 1er octobre 2003 relative à la détermination de l'aptitude médicale à servir.

Saisie par plusieurs associations de lutte contre les discriminations LGBTphobes, représentées par leur conseil, d'une réclamation par laquelle elles font état de ce que les réglementations relatives à l'appréciation de l'aptitude à servir dans les emplois au sein de l'armée, de la gendarmerie nationale, des sapeurs-pompiers et de la police nationale excluent de manière quasi-systématique de l'accès à ces emplois les personnes atteintes de VIH et constituent une discrimination fondée sur l'état de santé et le handicap ;

Décide de présenter les observations suivantes devant le Conseil d'État saisi par les associations.

Claire HÉDON

Observations en application de l'article 33 de la loi organique n° 2011-333

▪ Faits et procédures :

Le Défenseur des droits a été saisi par plusieurs associations de lutte contre les discriminations LGBTphobes représentées par leur conseil, d'une réclamation concernant les réglementations relatives à l'appréciation de l'aptitude à servir dans les emplois au sein de l'armée, la gendarmerie nationale, des sapeurs-pompiers et de la police nationale. Elles estiment que l'application de ces règles amène à l'exclusion de manière quasi-systématique les personnes atteintes de VIH de l'accès aux emplois précités et constituent de ce fait une discrimination fondée sur l'état de santé et le handicap.

Ces associations ont également saisi le Conseil d'État en vue de l'annulation des décisions ayant rejeté leurs demandes d'abrogation de ces textes.

Les réglementations concernées sont :

- l'instruction n° 2100/DEF/DCSSA/AST/AME du 1^{er} octobre 2003 relative à la détermination de l'aptitude médicale à servir ;
- l'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 ;
- l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitude physique particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires (dont les policiers) ;
- l'arrêté du 20 décembre 2012 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale, devenu en cours d'instruction arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale ;
- l'arrêté du 12 septembre 2016 fixant les conditions physiques et médicales d'aptitude exigées des personnels militaires de la gendarmerie nationale et des candidats à l'admission en gendarmerie.
- ainsi que l'arrêté du 10 juillet 2017 relatif aux normes d'aptitude applicables aux commissaires des armées, aux aumôniers militaires et au personnel militaire rattaché au corps des commissaires des armées, devenu en cours d'instruction arrêté du 30 novembre 2021 relatif aux normes médicales d'aptitude applicables aux commissaires des armées, aux aumôniers militaires et au personnel militaire rattaché au corps des commissaires des armées.

L'ensemble de ces textes détermine les conditions d'aptitude physiques particulières exigées pour exercer les emplois relevant du statut des militaires, des sapeurs-pompiers et de la police nationale. Dans la pratique, ces conditions d'aptitudes physiques particulières sont

plus connues sous les termes de référentiel d'aptitude dit « SIGYCOP », visant à définir le profil médical du candidat au recrutement.

Chaque lettre correspond à une région du corps ou à un état général et psychique qui font l'objet d'un examen. Ainsi, la lettre « S » correspond à la ceinture scapulaire et aux membres supérieurs, le « I » correspond à la ceinture pelvienne et aux membres inférieurs, le « G » correspond à l'état général, le « Y » correspond aux yeux et à la vision (sens chromatique exclu), le « C » correspond au sens chromatique, le « O » correspond aux oreilles et à l'audition et le « P » correspond au psychisme. À chaque lettre est attribué un coefficient pouvant varier de 1 à 6 pour les critères S, I, G, Y et O ; de 1 à 5 pour le sigle C ; et de 0 à 5 pour le critère P.

Le coefficient 1 signifie "une aptitude à tous les emplois de l'armée, même les plus pénibles, les plus contraignants ou les plus stressants". Le coefficient 6 entraîne "une inaptitude totale". À la suite de l'examen médical, un coefficient est attribué à chacun des sigles. Et c'est ce résultat qui définit le "profil médical". Ce profil est ensuite comparé aux profils d'aptitudes minimales requis pour les différents emplois. Ceux-ci sont fixés par des textes réglementaires spécifiques à chaque corps.

Les associations soutiennent que les réglementations précitées concernant l'intégration au sein des emplois des policiers en service actif, de l'armée, de la gendarmerie et des sapeurs-pompiers conduiraient à traiter différemment une personne séronégative et une personne séropositive asymptomatique avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante traitée, dont l'espérance de vie est normale, et n'entraînant aucun risque de transmission du VIH. Cette différence de traitement serait constitutive d'une discrimination en raison de l'état de santé.

Elles soutiennent également, s'agissant de la discrimination en lien avec le handicap, qu'une personne atteinte de VIH symptomatique ou présentant une immunité cellulaire perturbée devrait être considérée comme souffrant d'un handicap en application de l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles¹.

Elles estiment également que l'administration devrait prendre en compte la situation concrète de chaque personne atteinte du VIH pour l'accès à l'emploi et le maintien en poste et aurait l'obligation de fournir les moyens de compenser le handicap induit par le VIH, notamment dans le cadre du recrutement.

Enfin, elles font valoir que les réglementations litigieuses se borneraient à exclure arbitrairement les personnes atteintes de VIH symptomatique qui devraient pourtant, selon elles, être considérées comme handicapées.

C'est dans ce cadre que, par des courriers des 22 novembre 2021 et 13 septembre 2022, une instruction a été menée par les services du Défenseur des droits auprès du ministère de l'intérieur. Une instruction a également été menée par un courrier du 22 novembre 2021 auprès du ministère des armées.

Par courrier reçu le 23 mai 2022, la direction des affaires juridiques du ministère des armées a transmis les éléments sollicités et a indiqué que les dispositions précitées n'étaient pas constitutives d'une discrimination en raison du handicap ou de l'état de santé.

Le ministère de l'intérieur n'a pas répondu aux demandes de la Défenseure des droits.

¹ Cet article dispose que : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de santé invalidant. »

Les services du Défenseur des droits ont par ailleurs été auditionnés le 25 janvier 2021 par une mission conjointe d'inspections du ministère de l'intérieur sur l'accès des personnes séropositives à certains métiers de ce ministère et sur le caractère discriminatoire de certaines de ces restrictions.

Par ailleurs, au cours de l'instruction du dossier, le référentiel d'aptitude SIGYCOP a été abrogé pour l'appréciation de l'aptitude physique des policiers en service actif par un arrêté du 25 novembre 2022 relatif à l'appréciation des conditions de santé particulières exigées pour l'exercice des fonctions relevant des corps de fonctionnaires actifs des services de la police nationale².

Ainsi, les personnes atteintes de VIH peuvent désormais intégrer les emplois au sein de la police nationale sous réserve de la déclaration de leur aptitude.

Par un arrêté du 9 mai 2023, le ministère des armées a modifié les dispositions litigieuses de l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale qui avaient pour effet d'empêcher le recrutement des personnes atteintes de VIH.

Toutefois, l'arrêté du 6 mai 2000 fixant les conditions d'aptitude médicale des sapeurs-pompier professionnels et volontaires et les conditions d'exercice de la médecine professionnelle et préventive au sein des services départementaux d'incendie et de secours n'a pas été modifié en ce sens et la même restriction d'emploi pour les personnes atteintes de VIH est toujours en vigueur concernant l'accès au corps des sapeurs-pompier non militaires.

▪ **Discussion :**

Tout d'abord, la Défenseure des droits relève que la fin de l'application du SIGYCOP aux policiers en service actif tend à démontrer que son application aux autres emplois concernés, qui, comme au sein de la police, requièrent un ascendant physique important, n'est plus justifiée.

C'est ainsi d'ailleurs que le médiateur interne de la police nationale³ l'a estimé : « *alors que la grande majorité des personnes séropositives suivent un traitement qui leur permet de mener une vie personnelle et professionnelle tout à fait normale, sans risque pour elles-mêmes ou pour autrui en étant non-contaminantes, il apparaît nécessaire que l'administration affiche clairement que la séropositivité au VIH n'est pas systématiquement incompatible avec l'aptitude à exercer des missions de police (...). La situation actuelle qui voit cohabiter des sources réglementaires périmées et des pratiques variables au sein des services médicaux de la police nationale n'est pas satisfaisante* ».

De même, la modification réglementaire intervenue par l'arrêté précité du 9 mai 2023 concernant l'armée, la gendarmerie et les sapeurs-pompier militaires constitue un indice supplémentaire du caractère injustifié d'écarter systématiquement les personnes atteintes d'un VIH asymptomatique avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante des emplois en question.

À la lumière de ces évolutions, la Défenseure des droits souhaite développer l'analyse suivante s'agissant de l'accès des personnes atteintes de VIH aux emplois de l'armée, de la gendarmerie et des sapeurs-pompier.

² Le SIGYCOP ne s'appliquait pas aux policiers en service non actif.

³ Rapport du médiateur interne de la police nationale 2018-2019.

I. Sur les différences de traitement existant entre les personnes séronégatives et les personnes séropositives:

a. S'agissant de l'accès à la gendarmerie, au corps des sapeurs-pompiers de Paris et des marins-pompiers de Marseille et à l'ensemble des forces armées :

- La réglementation applicable jusqu'à l'arrêté du 9 mai 2023

L'article 3 de l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale applicable aux militaires, dans sa version précédemment en vigueur, prévoyait que :

« Le coefficient à attribuer à l'un des sigles du profil médical est choisi en fonction de la gravité de l'affection ou de l'importance des séquelles sans prendre en considération la catégorie de personnel à laquelle appartient le sujet examiné, son emploi, son ancienneté de service ou son grade. L'éventail de ces coefficients couvre les différents degrés allant de la normalité, qui traduit l'aptitude sans restriction, jusqu'à l'affection grave ou l'impotence fonctionnelle majeure, qui commande l'inaptitude totale. De ce fait, les résultats d'un bilan médical se trouvent transposés en niveaux qui permettent d'émettre un avis sur l'aptitude médicale du personnel à servir ou à la spécialité, à partir de critères ou normes définis par le commandement.

Les sigles S, I, G, Y, O peuvent varier de 1 à 6, le sigle C de 1 à 5 et le sigle P de 0 à 5. Les coefficients proposés correspondent aux niveaux d'aptitude indiqués ci-après. (...) /

Coefficient 3 :

— attribué à l'un des sigles S, I ou G, il entraîne une restriction significative dans l'entraînement (notamment l'entraînement physique au combat) et limite l'éventail des emplois (en particulier ceux de combattants placés en première ligne) ; (...)

Coefficient 4 :

- attribué à l'un des sigles S, I ou G, il exempte de tout entraînement physique au combat et impose des restrictions importantes d'activité, précisées par le médecin ; (...).

Coefficient 5 :

(...) - attribué à l'un des sigles S, I, G ou O, il impose des restrictions majeures d'activité, précisées par le médecin et entraîne une inaptitude à la conduite des véhicules du groupe II »

L'annexe II de ce même arrêté prévoyait un coefficient par type de pathologie. Pour les VIH, les coefficients suivants étaient attribués :

« 2.2.2. Infection par le virus de l'immunodéficience humaine (index 55)

1. Infection au virus de l'immunodéficience humaine (VIH) asymptomatique, sans traitement, avec une immunité cellulaire satisfaisante et selon avis spécialisé.	G	3
2. Infection au VIH asymptomatique, sans traitement, avec une immunité cellulaire perturbée (inférieur à 500 CD4/mm3).	G	4
3. Infection au VIH asymptomatique, traitée, charge virale indétectable et immunité cellulaire satisfaisante (supérieure à 500 CD4/mm3).	G	3 à 4
4. Infection au VIH traitée avec charge virale détectable et/ou immunité	G	4

cellulaire perturbée (inférieure à 500 CD4/mm3).		
5. Infection au VIH symptomatique.	G	5 »

Il résultait ainsi de ces dispositions que les personnes ayant un VIH symptomatique ou ayant une immunité cellulaire perturbée se voyaient imposer des restrictions importantes ou majeures d'activité.

En outre, s'agissant des personnes séropositives asymptomatiques sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante et une charge virale indétectable, elles ne pouvaient pas non plus accéder à tous les postes au sein de la gendarmerie, des sapeurs-pompiers de Paris et de Marseille, et de l'ensemble des forces armées.

Le texte précédemment en vigueur induisait donc une différence de traitement entre les personnes séronégatives et les personnes séropositives asymptomatiques sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante et une charge virale indétectable, alors que sur un plan médical ces personnes sont dans la même situation (cf. *infra*, II. b.).

Une différence de traitement existait aussi à l'égard des personnes ayant un VIH symptomatique.

➤ *La nouvelle réglementation applicable à compter de l'arrêté du 9 mai 2023 :*

L'article 1^{er} de l'arrêté du 9 mai 2023 modifiant l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale a modifié les coefficients relatifs à la pathologie du VIH comme suit :

« *Le tableau du 2.2.2. de l'annexe II de l'arrêté du 29 mars 2021 susvisé est remplacé par le tableau suivant :* ».

1. Infection au virus de l'immunodéficience humaine (VIH) asymptomatique, non traitée, selon le taux de lymphocytes T CD4 + et la valeur de la charge virale VIH	G	3T à 5T
2. Infection au VIH asymptomatique, traitée depuis moins de 12 mois, selon la valeur de la charge virale VIH, des lymphocytes T CD4 +, et de la tolérance au traitement	G	3T à 4T
3. Infection au VIH asymptomatique, traitée depuis plus de 12 mois, avec charge virale inférieure à 50 copies/ mL et lymphocytes T CD4 + supérieurs à 500/ mm3, selon la tolérance au traitement	G	2 à 3
4. Infection au VIH asymptomatique, traitée depuis plus de 12 mois, avec charge virale supérieure à 50 copies/ mL et/ ou lymphocytes T CD4 + inférieurs à 500/ mm3	G	3T à 5T
5. Infection au VIH symptomatique	G	4T à 5T

L'article 3 de l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale applicable aux personnels sous statut militaire toujours en vigueur, prévoit que l'attribution d'un coefficient 2 sur un sigle G « *autorise la plupart des emplois militaires* ».

Le nouveau référentiel permet ainsi désormais aux personnes atteintes d'un VIH asymptomatique et traitées depuis plus de douze mois (point 3 du tableau) d'être recrutées sur la plupart des emplois militaires. Toutefois, cette aptitude est appréciée selon la tolérance au traitement, ce qui n'était pas le cas dans le précédent référentiel, et certaines catégories d'emploi leur reste fermée. En effet, seule l'attribution d'un coefficient 1 sur un sigle G « traduit l'aptitude à tous les emplois des armées, même les plus pénibles, les plus contraignants ou les plus stressants ».

Pour ce qui est des personnes atteintes d'un VIH symptomatique (point 5 du tableau) ou ayant une immunité cellulaire perturbée (points 4, 1 et 2 du tableau), le nouveau référentiel leur attribue désormais un coefficient de 3 à 5 ce qui continue à les exclure de certains postes au sein de l'armée. Ce nouveau référentiel prévoit toutefois, de prendre en compte le taux de lymphocytes et la charge virale, ce qui n'était pas le cas auparavant.

Ces nouvelles dispositions traduisent donc toujours une différence de traitement entre les personnes séronégatives et les personnes séropositives asymptomatiques sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante et une charge virale indétectable, alors que sur un plan médical ces personnes sont dans la même situation (cf. *infra*, II. b.).

Une différence de traitement continue, par ailleurs, d'exister également pour les personnes symptomatiques ou ayant une charge virale perturbée.

b. Concernant les sapeurs-pompiers professionnels et volontaires :

Selon l'article 9 de l'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 :

« Pour être déclaré apte à un premier emploi de sapeur-pompier professionnel ou à un premier contrat de sapeur-pompier volontaire du service civil, le candidat doit remplir les conditions médicales correspondant au minimum à un profil B. ».

L'article 4 de ce même arrêté prévoit que :

« L'évaluation médicale en s'aidant de la cotation des sigles S, I, G, Y, C, O et P permet la détermination d'un profil médical individuel.

Les missions confiées aux sapeurs-pompiers prennent en compte l'âge et sont exercées sur la base des profils suivants :

	S	I	G	Y	C	O	P
Profil A	2	2	2	2	0	2	2
Profil B	2	2	2	3	0	3	2
Profil C	3	3	3	3	0	4	2
Profil D	3	3	3	4	0	4	2
Profil E	4	4	4	4	0	5	2

L'article 28 de l'instruction n°2100/DEF/DCSSA/AST/AME précitée, applicable aux sapeurs-pompiers, prévoit un coefficient de 3 minimum à 5 pour les personnes séropositives selon leur charge virale.

Cet article crée 4 groupes :

- Infection à VIH asymptomatique, sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante selon avis spécialisé (G=3)
- Infection à VIH asymptomatique, sans traitement avec une immunité cellulaire perturbée (G=4)
- Infection à VIH asymptomatique traitée (G=4)
- Infection à VIH symptomatique (G=5).

Ainsi, un profil B (G=2) étant exigé pour intégrer le corps des sapeurs-pompiers, une personne séropositive asymptomatique sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante sera écartée.

De même, une personne ayant un VIH symptomatique ou une immunité cellulaire perturbée se verra attribuer un coefficient de 4 à 5 au sigle G, ce qui conduira à l'écartier du métier de sapeur-pompier.

Par suite, les textes précités instituent bien des différences de traitement entre les personnes séronégatives et celles atteintes d'un VIH asymptomatique sans traitement avec une immunité cellulaire satisfaisante.

II. Sur le caractère discriminatoire de ces différences de traitement :

a. 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 aucune distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents* ».

Concernant la discrimination fondée sur l'état de santé, l'article 1^{er} 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, applicable à l'accès à l'emploi public (article 2), dispose que : « *Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de (...) son état de santé, (...) de son handicap (...) une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable.* ».

Son article 2-2° dispose également que : « *Ce principe ne fait pas obstacle aux différences de traitement fondées sur les motifs visés à l'alinéa précédent lorsqu'elles répondent à une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; (...)* ».

S'agissant des modalités d'administration de la preuve, l'article 4 de cette loi dispose que : « *Toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.* ». Ainsi, il appartient à la personne mise en cause de montrer que la mesure contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

Le principe de non-discrimination ne saurait toutefois 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 donc être exigées pour l'exercice de certaines fonctions.

Cependant, l'exigence de conditions relatives à l'aptitude des candidats pour l'accès aux emplois concernés ne doit pas conduire à des appréciations discriminatoires, sans que soit prise en compte la capacité réelle des candidats à exercer les missions postulées.

Ainsi, le juge administratif a précisé les modalités d'appréciation des conditions d'aptitude des candidats aux emplois publics, militaires inclus, en posant le principe selon lequel seule la capacité réelle à exercer les missions postulées au moment de l'admission dans le corps doit être retenue dans le cadre d'une procédure de recrutement, les exclusions *a priori* de personnes affectées notamment d'une maladie évolutive pouvant donner lieu à un congé de maladie étant ainsi proscrites.

En effet, à la suite de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (Halde) (délibération du 24 mai 2007, n°2007-135), le Conseil d'État 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).

Dans une autre espèce, le Conseil d'État 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).

Plus récemment, le Défenseur des droits a considéré comme discriminatoire 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 (décision n° 2018-078 du 21 février 2018). À la suite des recommandations formulées dans cette décision, le réclamant a été déclaré apte à servir en mer sans restriction.

Par ailleurs, dans un arrêt n°18BX01665 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 et annulé pour erreur d'appréciation une décision fondée sur l'application stricte du référentiel SIGYCOP. La cour a confirmé le jugement rendu le 26 février 2018 par le tribunal administratif de Bordeaux, lequel avait 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 du référentiel SIGYCOP, ce qui le rendait 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'[était] pas tenu de suivre l'avis médical, a[vait] entaché sa décision d'erreur d'appréciation* ».

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.

Cette exigence a été reprise par la loi n° 2021-1575 du 6 décembre 2021 relative aux restrictions d'accès à certaines professions en raison de l'état de santé, dont l'article 2 dispose que : « I. - *Lorsque, conformément à des stipulations internationales, à des normes européennes, au code du travail, aux articles 5 et 5 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires et à l'article L. 4132-1 du code de la défense, l'accès d'une personne à un emploi ou à une formation requiert de satisfaire à des conditions de santé particulières, ces conditions sont proportionnées aux risques particuliers pour la santé et la sécurité de la personne ou des tiers dans l'exercice des fonctions accessibles. L'appréciation médicale de ces conditions de santé particulières prévue par des dispositions législatives ou réglementaires est réalisée de manière individuelle et tient compte des possibilités de traitement et de compensation du handicap.* »

b. Application en l'espèce :

1. Sur la discrimination fondée sur l'état de santé

Il résulte de l'analyse exposée au I qu'il existe toujours une différence de traitement dans l'accès aux emplois de la gendarmerie, des sapeurs-pompiers et de l'armée entre les personnes séronégatives et les personnes séropositives asymptomatiques avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante. Cette différence de traitement entre des catégories de personnes placées dans une situation comparable n'est pas justifiée par des moyens proportionnés pour atteindre des objectifs légitimes.

À titre liminaire, le ministère de l'intérieur soutient devant le Conseil d'État qu'une personne séronégative et une personne séropositive asymptomatique avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante ne seraient pas dans une situation identique car l'absence de détectabilité de la charge virale n'intervient qu'après 6 mois de traitement continu et ne se poursuit qu'en cas de prise correcte du traitement. Il indique ainsi que « *le maintien d'une charge virale indétectable n'est donc jamais certain, même en cas de poursuite assidue du traitement* ».

Toutefois, il convient de relever qu'au regard du principe de non-discrimination, la reconnaissance d'une discrimination nécessite notamment d'établir un traitement défavorable ou une différence de traitement entre des personnes placées dans une situation comparable et non pas identique, contrairement à ce qu'indique le ministère de l'intérieur.

En outre, et dans la mesure où aucun état de santé n'est définitif, celui-ci est apprécié par un médecin tout au long de la carrière. L'éviction initialement prévue et toujours en vigueur pour les sapeurs-pompiers non militaires dès le recrutement d'une personne séropositive asymptomatique avec une charge virale indétectable, au motif que cette charge pourrait ne pas se maintenir, ne paraît donc pas justifiée car, comme pour tout agent, si une telle évolution devait advenir, il y aurait lieu, dans le cadre du contrôle régulier de l'aptitude tel que prévu par les textes, de modifier les attributions de l'agent.

S'agissant de l'exigence professionnelle essentielle et déterminante qui pourrait être opposée aux candidats séropositifs asymptomatiques avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante, le ministère de l'intérieur fait valoir devant le Conseil d'État que les gendarmes et les sapeurs-pompiers doivent être dans un état de santé irréprochable et, pour les gendarmes, répondre aux nécessités opérationnelles et aux sujétions propres à l'état de militaire. Ainsi, selon le ministère, il est nécessaire que les

gendarmes disposent d'une « *formation adaptée* » comprenant notamment un « *aguerrissement physique et militaire* », l'ascendant physique étant important.

De même, le ministère des armées soutient qu'une telle différence de traitement est justifiée par la « *nécessité opérationnelle et les sujétions propres à l'état militaire* », notamment car les restrictions visent à « *garantir l'aptitude médicale à servir en tout temps* » et par la « *nécessité de protéger les personnes atteintes du VIH* » notamment pour ne pas leur faire « *prendre un risque sanitaire inconsidéré* ».

Si de tels objectifs apparaissent légitimes, il résulte toutefois d'études et avis récents qu'une personne asymptomatique sous traitement aurait non seulement une très bonne espérance de vie mais également un très bon état de santé général à l'instar d'une personne séronégative.

Les associations se réfèrent aux données officielles de l'Organisation Mondiale de la Santé (OMS)⁴ :

- « *Plusieurs études montrent que les personnes vivant avec le VIH qui ont une charge virale « indétectable » ne peuvent pas transmettre le VIH à d'autres personnes. (...) En préservant la vitalité de leur système immunitaire, le traitement antirétroviral permet aux personnes vivant avec le VIH de vivre longtemps et en bonne santé* ».

- « *Plusieurs études montrent que les personnes vivant avec le VIH qui ont une charge virale « indétectable » ne peuvent pas transmettre le VIH à d'autres personnes. Une personne est « indétectable » lorsque le traitement antirétroviral a ramené la quantité de virus dans son organisme à des niveaux si faibles que les méthodes classiques de mesure de la charge virale ne peuvent le détecter. Le contrôle de la charge virale et la confirmation d'une charge virale indétectable sont généralement effectués par un professionnel de la santé dans le cadre des soins médicaux couramment dispensés aux personnes vivant avec le VIH. Dans les pays à revenu faible ou intermédiaire, les tests de mesure de la charge virale ne sont pas toujours disponibles de manière régulière ou systématique, ce qui signifie que, bien souvent, les personnes indétectables ne bénéficient pas des avantages qu'il y a à le savoir. Elles peuvent néanmoins être certaines que le risque de transmission du VIH est considérablement réduit si elles observent leur traitement et que celui-ci est entamé le plus tôt possible.* » (VIH/Sida, 30 novembre 2022 : [VIH/sida \(who.int\)](https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids)).

- « *Le VIH est traité au moyen d'une thérapie antirétrovirale composée d'un ou plusieurs médicaments. Le TAR ne guérit pas le VIH, mais réduit sa réplication dans le sang, entraînant ainsi une baisse de la charge virale à un niveau indétectable. Il permet aux personnes atteintes de la maladie de mener une vie saine et active. Il s'agit également d'un outil de prévention efficace, réduisant le risque de transmission ultérieure de 96 %.* » (30 novembre 2022, [VIH et sida \(who.int\)](https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids)).

Pour le Programme commun des Nations Unies sur le VIH/Sida (Unaids) : « *Trois grandes études sur la transmission sexuelle du VIH entre des milliers de couples, dont un partenaire vivait avec le VIH et l'autre non, ont été réalisées entre 2007 et 2016. Dans le cadre de ces études, il n'y a pas eu un seul cas de transmission du VIH par voie sexuelle par une personne vivant avec le VIH ayant une charge virale indétectable à son partenaire séronégatif au VIH. Néanmoins, le document explicatif met en garde sur le fait qu'une personne ne peut savoir si sa charge virale est indétectable que si elle effectue un test de charge virale.* » - (20 juillet 2018, [Indétectable = non transmissible | ONUSIDA \(unaids.org\)](https://www.unaids.org/fr/fr/indetectable-non-transmissible))

Toujours selon l'Unaid⁵ : « *vingt ans d'expérience démontrent que le traitement du VIH est très efficace dans réduire la transmission du VIH. Les personnes vivant avec le VIH sous*

⁴ Site de l'OMS : VIH/Sida, Questions-réponses, novembre 2019.

thérapie antirétrovirale qui ont un niveau de VIH indétectable dans leur sang présentent un risque négligeable de transmettre le VIH par voie sexuelle ».

D'après le médiateur de la police nationale dans son rapport précité : « *Une étude britannique⁶ (...) a même démontré que les personnes répondant bien au traitement initial avaient une espérance de vie supérieure à la population générale* ». En outre, 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 pour lesquelles l'ascendant physique est également très important, 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). Cette commission a aussi recommandé que les voies de contestation d'une décision d'inaptitude soient mieux connues (proposition n° 13).

Ces éléments tendent à établir qu'un gendarme, un sapeur-pompier ou un militaire ayant un VIH asymptomatique et suivant un traitement, ou un candidat asymptomatique sous traitement à de telles fonctions, peut présenter un état de santé lui permettant parfaitement de répondre aux sujétions inhérentes à l'état de militaire.

Il convient par ailleurs de rappeler que, par un arrêté du 25 novembre 2022 relatif à l'appréciation des conditions de santé particulières exigées pour l'exercice des fonctions relevant des corps de fonctionnaires actifs des services de la police nationale, le référentiel d'aptitude SIGYCOP a été abrogé pour les policiers en service actif. Pourtant, l'arrêté du 2 août 2010, précédemment applicable aux policiers en service actif, prévoyait une note de 3 s'agissant de l'état de santé général en cas de VIH asymptomatique, ne permettant pas l'accès à l'ensemble des métiers concernés, au même titre que les textes applicables aux sapeurs-pompiers non militaires qui sont quant à eux cependant toujours en vigueur.

L'abrogation précitée constitue ainsi un indice supplémentaire permettant de retenir que l'exigence de ne pas être atteint de VIH au sein des autres emplois concernés, qui comme au sein de la police requièrent un ascendant physique important, n'est plus justifiée.

De plus, si la Défenseure des droits prend acte de la modification de l'arrêté du 29 mars 2021 relatif à la détermination du profil médical d'aptitude en cas de pathologie médicale ou chirurgicale par un arrêté du 9 mai 2023, elle considère toutefois que cette modification n'est pas complètement satisfaisante dès lors que la note de 2 prévue pour les personnes asymptomatiques sous traitement avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante ne les place toujours pas à égalité avec les personnes séronégatives qui se verront attribuer la note de 1.

Enfin, le ministère des armées soutient devant le Conseil d'État que « *les contraintes du suivi du traitement d'une maladie chronique* » justifie une telle différence de traitement car il est difficile, en opération, d'approvisionner les militaires en traitement car les « *kits d'urgence ESAR* » ne « *peuvent se substituer à un traitement chronique* ».

Cependant, les associations soutiennent sans être utilement contredites qu'un nouveau traitement qui consiste à s'injecter tous les deux mois le traitement a été mis sur le marché en décembre 2021.

De plus, le Défenseur des droits a déjà considéré dans sa décision n° 2018-78 du 21 février 2018 précitée que la possibilité pour le militaire de s'approvisionner de son traitement est envisageable pour les personnes séropositives. Ainsi, l'objectif de protection des personnes séropositives ne justifierait pas une différence de traitement dès lors que plusieurs solutions

⁵ Rapport de l'Unaids de 2018.

⁶ Etude de 2014 menée sur 20 000 personnes ayant commencé un traitement entre 2000 et 2010.
<https://www.aidsmap.com/about-hiv/life-expectancy-people-living-hiv>

peuvent être trouvées à l'approvisionnement du traitement des personnes séropositives en opération.

Au surplus, il convient de relever que le ministère de l'intérieur soutient devant le Conseil d'État qu'il n'existerait pas de discrimination au motif que l'arrêté du 6 mai 2000 toujours en vigueur prévoit que les médecins ne font que s'appuyer sur le SIGYCOP et peuvent attribuer aux personnes séropositives à l'issue de l'examen médical un score plus bas que celui énoncé par les textes permettant l'accès à l'ensemble des fonctions concernées prévu par la réglementation. Une telle pratique serait régulièrement utilisée par les médecins habilités des sapeurs-pompiers.

Toutefois, ainsi que l'a d'ailleurs souligné le médiateur de la police nationale dans son rapport mentionné précédemment, il convient de constater qu'en pratique, les médecins se fondent toujours sur le SIGYCOP et ne s'en départissent jamais. Or, une application systématique du SIGYCOP sans appréciation individuelle de la situation du candidat peut être constitutive d'une discrimination en raison de l'état de santé et méconnaître la loi du 6 décembre 2021 précitée.

Dès lors, l'exigence tenant notamment à ne pas être atteint d'un VIH asymptomatique avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante pour accéder aux emplois de la gendarmerie nationale, des sapeurs-pompiers et de l'armée ne constitue pas une exigence professionnelle essentielle, déterminante et proportionnée et conduit à une discrimination injustifiée en raison de l'état de santé.

2. Sur la discrimination en raison du handicap

Aux termes de la loi n° 2005-102 du 11 février 2005⁷ codifiée notamment à l'article L. 114 du code de l'action sociale et des familles : « *Constitue un handicap (...) toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement, par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives, psychiques, d'un polyhandicap ou d'un trouble de la santé invalidant* ».

Les associations soutiennent que les personnes séropositives atteintes d'un VIH symptomatique ou présentant une immunité cellulaire perturbée devrait être considérées comme souffrant d'un handicap au sens de l'article précité.

Le Conseil national du Sida et des hépatites virales a considéré en 2009 que : « *En intégrant l'ensemble des troubles invalidants, quelle qu'en soit l'origine, susceptibles d'entraîner une restriction d'activité ou de limiter la participation de la personne à la vie sociale, [la loi n°2005-102] ouvre l'opportunité de penser en termes de situation de handicap les conséquences de pathologies chroniques telles, entre autres, que l'infection à VIH* »⁸.

Ainsi, peuvent être considérées comme souffrant d'un handicap les personnes atteintes d'un VIH symptomatique ou présentant une immunité cellulaire perturbée dès lors que leur séropositivité a notamment pour effet de restreindre leur activité ou de limiter leur participation à la vie sociale.

En conséquence, les associations considèrent que l'exclusion systématique de ces personnes à certains métiers de la gendarmerie, de l'armée et des sapeurs-pompiers serait une discrimination fondée sur leur handicap.

⁷ Pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

⁸ CNS, 10 septembre 2009, « VIH, emploi et handicap : avis suivi de recommandations sur la prise en compte des personnes vivant avec le VIH dans les politiques du handicap »

En effet, à la lecture des différents arrêtés précités, les personnes atteintes d'un VIH symptomatique ou présentant une immunité cellulaire perturbée se voient systématiquement attribuer un coefficient minimal de 3 sur la lettre G correspondant à l'état général. Or, ce coefficient a pour effet de les exclure des emplois publics précités.

La Défenseure des droits rappelle, comme elle l'a fait dans plusieurs de ses décisions⁹, que le SIGYCOP n'est qu'un référentiel lors de l'examen de l'aptitude médicale d'un candidat, l'appréciation des conditions particulières d'aptitude devant se faire au regard de la capacité réelle à exercer les fonctions, et non pas *in abstracto* sans lien avec ces dernières, en tenant compte, d'une part, de l'existence de traitements permettant de guérir l'affection ou de bloquer son évolution, ou de l'absence de nécessité de tels traitements et, d'autre part, des possibilités de compensation du handicap.

Ainsi, exclure *de facto*, comme le font les réglementations en litige, les personnes atteintes d'un VIH symptomatique sans prise en compte du traitement éventuellement suivi par le candidat ou des possibilités de compensation du handicap est constitutif d'une discrimination en raison de ce critère qui n'apparaît pas proportionnée au regard des objectifs légitimes poursuivis tenant aux nécessités opérationnelles et aux sujétions propres à l'état de militaire.

Au terme de son instruction, la Défenseure des droits considère que les réglementations en litige, qui déterminent l'aptitude à servir pour accéder aux emplois de la gendarmerie nationale, des sapeurs-pompiers et de l'armée, établissent une discrimination injustifiée en raison de l'état de santé à l'égard des candidats atteints de VIH asymptomatique avec une charge virale indétectable et une immunité cellulaire satisfaisante et une discrimination en raison du handicap à l'égard des personnes ayant un VIH symptomatique ou une immunité cellulaire perturbée.

Telles sont les observations que la Défenseure des droits souhaite adresser au Conseil d'État.

Claire HÉDON

⁹ Voir notamment, décision du Défenseur des droits n°2022-110 du 20 mai 2022.