

## Projet de délibération n° 2011-100 du 18 avril 2011

### ***Emploi public – Non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière – Etat de santé-Handicap-Recommandations.***

*La haute autorité a été saisie par un ancien sous-officier sous contrat, d'une réclamation relative à sa non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière, en raison d'un avis d'inaptitude médicale lié à la maladie évolutive dont il est atteint. Le réclamant estime qu'il s'agit d'une appréciation discriminatoire de son aptitude physique. L'enquête menée par la haute autorité permet de considérer qu'il a 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'a pas été tenu compte de sa réussite aux épreuves d'aptitude physique et sportive, de l'absence d'évolution de sa pathologie depuis plus de trois ans, du fait qu'il s'agisse d'une pathologie asymptomatique, de ce que son état ne justifie d'aucun traitement médical, de son excellente condition physique et des ses très bonnes évaluations. Ainsi, le Collège recommande au Ministre de la défense et des anciens combattants de réexaminer la situation professionnelle de l'intéressé, en vue de son admission dans le corps des sous-officiers de carrière. A défaut, il lui recommande de l'indemniser des préjudices matériels et moraux nécessairement subis par sa non-admission dans ce corps. Enfin, le Collège se réserve la possibilité de présenter des observations devant la juridiction administrative si le réclamant décide d'introduire un recours de plein contentieux.*

Le Collège :

Vu la Constitution du 4 octobre 1958 et son préambule ;

Vu la Directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, notamment ses articles 1 et 3 ;

Vu la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, notamment son article 11 ;

Vu la loi du 25 mars 2005 portant statut général des militaires, notamment son article 20 ;

Vu le décret n° 2005-215 du 4 mars 2005 relatif à la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité ;

Vu le décret n° 2008-952 du 12 décembre 2008 portant statut particulier des corps de sous-officier de gendarmerie, notamment son article 21.

Sur proposition du Président :

1. La haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a été saisie le 20 janvier 2010, d'une réclamation de M. X, ancien sous-officier sous contrat, affecté en qualité de gendarme, de novembre 2004 à février 2011, à l'escadron de gendarmerie mobile, qui s'estime victime de discrimination à raison de son état de santé (sclérose en plaques, diagnostiquée en janvier 2007).
2. Par une décision du 28 mai 2009, le Ministre de la défense, l'a radié des contrôles de la gendarmerie nationale le 3 février 2010, à l'issue de son contrat d'engagement de six ans, au

motif de son inaptitude médicale au recrutement dans le corps des sous-officiers de carrière (SOC).

3. Toutefois, suite à un recours de l'intéressé devant la Commission des recours des militaires, cette décision a été annulée par décision du 27 janvier 2010 du Ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, et M. X a été autorisé à servir une année supplémentaire, par dérogation à la norme médicale d'aptitude, jusqu'au 2 février 2011, date à laquelle il a été mis un terme à son contrat prorogé.
4. En effet, le conseil supérieur de santé qui s'est réuni le 11 février 2010 a confirmé l'inaptitude médicale de M. X à intégrer le corps des SOC.
5. Le réclamant, qui n'est pas reconnu travailleur handicapé, estime que cet avis constitue une appréciation discriminatoire de son aptitude physique, et que l'administration a présumé d'une situation de handicap.
6. Les 12 juin et 3 décembre 2010 une instruction a été menée auprès du Ministre de la défense, qui a transmis ses observations par courriers reçus les 22 octobre 2010, 24 novembre 2010 et le 31 mars 2011.
7. S'agissant de l'aptitude physique exigée des militaires, il convient de rappeler que 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 (...)* ».
8. L'article 21 du décret n° 2008-952 du 12 décembre 2008 portant statut particulier des corps de sous-officier de gendarmerie, prévoit que : « *les sous-officiers de gendarmerie de carrière sont recrutés au choix parmi les sous-officiers de gendarmerie engagés, qui ont demandé leur admission à l'état de sous-officier de carrière. Ils doivent réunir les conditions suivantes : (...) 3° et être titulaires du certificat d'aptitude technique délivré selon les modalités dictées par un arrêté du ministre de l'intérieur* ».
9. Les modalités d'admission dans le corps des sous-officiers de carrière en gendarmerie sont précisées dans la circulaire n° 21000/DEF/GEND/RH/P/PSOCA, du 27 mai 1998, relative à l'admission ou à la non-admission dans le corps des sous-officiers de carrière de gendarmerie autre que les majors, qui prévoit que l'inaptitude physique est un critère de rejet de la demande.
10. 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.
11. Ce « *profil médical* » est défini par sept sigles : SIGYCOP, auxquels sont attribués des coefficients qui sont définis par l'instruction du 13 février 2008 susmentionnée. Ainsi, tous les candidats à un emploi de militaire doivent satisfaire à un profil médical minimum déterminé par le SIGYCOP.
12. Concernant l'admission dans le corps des SOC, le sigle G correspond à l'état général et doit être égal à 2 (un bon état général).

13. La jurisprudence relative à l'aptitude physique a évolué et a remis notamment en question l'exclusion des personnes ayant une maladie évolutive pouvant donner lieu à congé de longue maladie. En effet, conformément aux observations de la haute autorité (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).
14. Cette jurisprudence, à laquelle se réfère l'administration militaire dans ce dossier en indiquant qu'elle s'y est conformée, a été concrétisée par l'arrêté du 2 août 2010 relatif aux conditions d'aptitudes physiques particulières pour l'accès aux emplois de certains corps de fonctionnaires. Elle peut être étendue à l'ensemble du secteur public et notamment aux militaires dont les exigences d'aptitude physique peuvent être comparées à celles auxquelles sont soumises certains fonctionnaires, tels que les surveillants pénitentiaires, ou les policiers en service actif.
15. Dans une autre espèce, 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).
16. De même, par un jugement du 30 décembre 2009 (n° 0707482-0802292), rendu conformément aux observations de la haute autorité (délibération n° 2008-216 du 29 septembre 2008), 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* ».
17. En l'espèce, le ministère de la défense indique avoir mis en œuvre les recommandations du Collège issue de sa délibération n° 2008-225 du 27 octobre 2008 relative à un gardien de la paix (fonctionnaire), dans laquelle il avait considéré que « *l'aptitude physique du réclamant doit (...) s'apprécier in concreto, eu égard aux tâches susceptibles d'être confiées* ».
18. Il convient de rappeler, qu'eu égard à sa pathologie, M. X a été classé en G=4, puis de manière plus favorable en G=3, mais n'a pas été classé en G=2 requis. Ainsi, l'administration précise que conformément aux avis successifs des instances médicales compétentes, il a été mis un terme au contrat de l'intéressé le 2 février 2011.
19. Elle fait valoir que cela est dû à l'évolution « *vraisemblable* » et « *prévisible* » de son état de santé, eu égard aux tâches qui lui seront confiées en tant que SOC (activités opérationnelles). Le ministère de la défense ajoute « *qu'il n'est pas raisonnable de titulariser un militaire dont*

*on sait qu'il a déjà développé les symptômes d'une maladie ne lui permettant pas de faire face à ses missions quotidiennes, et qu'il développera vraisemblablement de nouveau ».*

20. Toutefois, en contradiction avec ces affirmations sur le caractère prévisible de la maladie de M. X, l'administration poursuit en indiquant que *« son état étant stable », « s'il est certain que l'évolution de la sclérose en plaques est imprévisible et que chaque cas est unique, il ressort néanmoins des pièces du dossier (...) que le gendarme X est atteint d'une sclérose en plaque cyclique « rémittente », c'est-à-dire que la maladie dont il souffre se manifeste par des poussées suivies de rémissions plus ou moins longues. »*. Pour ce faire, elle s'appuie sur des statistiques, et indique notamment que selon les experts, 80 % des personnes souffrant de la forme cyclique rémittente souffriront d'une forme progressive dans les 15 ans qui suivent le diagnostic, à savoir une évolution lente mais continue de la maladie, malgré les traitements qui peuvent être prescrits pour freiner cette évolution.
21. Or, 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).
22. En l'espèce, en se bornant à l'application d'une norme médicale sans lien manifeste avec les fonctions postulées, contrairement à ce qu'elle affirme, l'administration n'a pas tenu compte de la situation particulière de M. X, en méconnaissance notamment de la jurisprudence administrative précitée sur l'aptitude physique des candidats à des fonctions publiques.
23. En effet, il n'a pas été pris en compte au moment de l'admission dans le corps des SOC, de sa réussite, au début de l'année 2010, aux épreuves d'aptitude physique et sportive dans le cadre du contrôle de la condition physique du militaire (CCPM), de l'absence d'évolution de sa sclérose en plaques depuis plus de trois ans, du fait qu'il s'agisse d'un cas de sclérose asymptomatique, de ce que son état ne justifie d'aucun traitement médical, de son excellente condition physique et de ses très bonnes évaluations.
24. En premier lieu, il convient de rappeler, que par décision du 27 janvier 2010 du Ministre de l'intérieur, M. X a été autorisé à servir, par dérogation à la norme médicale d'aptitude, jusqu'au 2 février 2011, mais que le conseil supérieur de santé qui s'est réuni le 11 février 2010 a confirmé l'inaptitude médicale de M. X à intégrer le corps des SOC.
25. Or, conformément à la jurisprudence précitée du Conseil d'Etat (CE, 6 juin 2008, n° 299943), c'est au moment de l'admission dans le corps concerné que les capacités du candidat à exercer ses fonctions doivent être appréciées.
26. Ainsi, en l'espèce, une telle appréciation aurait dû intervenir au terme de son contrat prorogé, en février 2011, et non pas un an plus tôt.
27. En outre, les épreuves d'aptitude physique et sportive présentées dans le cadre du CCPM auraient dû permettre d'apprécier les capacités physiques de M. X à exercer les différentes missions des SOC.
28. En second lieu, s'agissant de la manière de servir de M. X, ce dernier donne pleinement satisfaction, depuis la révélation en 2007 de sa pathologie notamment, dans l'exercice de ses fonctions, qui sont celles d'un SOC sur le terrain.

29. Ainsi, ses supérieurs hiérarchiques bien qu'informés de sa déclaration d'inaptitude médicale ont continué à lui confier des missions en principe exercées par des SOC, et cela en prorogeant comme il a été rappelé son contrat, jusqu'en février 2011. Une telle prorogation, par dérogation à la norme médicale d'aptitude, paraissant d'ailleurs en contradiction avec son inaptitude constatée à exercer les missions y afférentes.
30. Outre les nombreuses missions de maintien de l'ordre auquel il a participé, en 2008 et 2009, il a été affecté au service de sécurité de la résidence du Premier Ministre, qui suppose des horaires d'astreinte y compris de nuit, qui ne peuvent en principe être effectués par un agent classé G=4 ou G=3. Il a également participé à des missions de renfort au profit des brigades départementales et du peloton de surveillance et d'intervention, et également aux convois de la Banque de France.
31. Dans sa fiche d'évaluation pour l'année 2009, ses supérieurs précisent que M. X est un sous-officier *« qui mène à bien les missions confiées grâce à sa motivation et sa rigueur. Cet exécutant de confiance, actif en toutes circonstances, se montre capable d'une bonne réaction face aux situations qui se présentent (...). En plus d'un entraînement physique sérieux et régulier, il est intégré et s'inscrit comme exécutant fiable qui ne se laisse pas dépasser par les difficultés de son niveau (...). Le gendarme X est un élément de valeur ».*
32. De même, dans son évaluation pour 2010, il est précisé *« viscéralement attaché à ce métier, il cultive une condition physique en conséquence et soigne l'élégance de sa tenue ainsi que son allure. / L'échéance début 2011 de son contrat de sous-officier, sans espoir fondé d'accès au statut de carrière, n'a en rien amoindri la détermination du gendarme X à exercer cette profession. Laissant voir des aptitudes prometteuses tant dans la rigueur apportée à son travail que dans sa pratique des relations humaines, ce sous-officier devra reporter sa motivation et son envie de s'investir dans d'autres activités ».*
33. Il a ainsi, notamment été destinataire, d'une lettre du 13 septembre 2010 de félicitations de son commandant de groupement, précisant que l'intéressé *« particulièrement discipliné et consciencieux qui, le 14 avril 2010, en service sur un poste de contrôle routier, a procédé dans le temps de la flagrance à l'interpellation de deux auteurs d'un vol à l'étalage. A fait preuve, en la circonstance, d'un sens de l'initiative et d'une perspicacité qui mérites d'être citées en exemple ».*
34. En troisième lieu, concernant son état de santé, depuis l'apparition de sa pathologie en 2007, aucun signe clinique d'évolution de sa maladie n'a été constaté et aucun traitement spécifique ne lui a été prescrit.
35. C'est ainsi que dans son courrier du 14 octobre 2010, l'administration reconnaît *« que son état de santé actuel est relativement satisfaisant »*, et que *« dès lors qu'il est avéré qu'il souffre d'une sclérose en plaque bénigne, non traitée, cinq ans minimum sans poussée, IRM sans rehaussement par gadolinium, avec score EDSS inférieur à 2, son état général justifie un classement en G égal à 3 ».*
36. En outre, il ressort des conclusions du neurologue civil qui suit M. X, le docteur G, que *« l'absence de lésion rehaussée par le gadolinium ne plaide pas en faveur d'une activité évolutive de sa maladie, donc de la survenue d'une prochaine rechute ».*

37. Dans un compte-rendu du 2 mars 2007, ce neurologue a indiqué : *« je l'encourage à reprendre une vie tout à fait normale, sans restriction aucune »*. Un an après l'apparition des symptômes de sa maladie, ce médecin précisait, le 28 mai 2008, que : *« M. X me demande de préciser son risque de nouvelle poussée et de handicap. / Je lui indique de façon très schématique que sur un plan statistique : - l'absence de lésion rehaussée par le gadolinium ne plaide pas en faveur d'une activité évolutive de sa maladie, donc de la survenue prochaine d'une rechute. – Les difficultés à la marche surviennent en moyenne après 8 années d'évolution (...). Cependant un tiers des patients ont une évolution qualifiée de « bénigne ». Pour M. X la présence de « seulement 4 hyper signaux sur l'IRM cérébral initial est un facteur de bon pronostic »*.
38. Presque trois ans après les faits, le 23 décembre 2009, ce même médecin confirmait, qu'il *« n'a pas présenté de nouvelle poussée évolutive depuis 3 ans. Il est asymptomatique avec une vie familiale, sociale et professionnelle normale. (...) absence d'activité de sa maladie (...) Les paramètres fonctionnels de KUTZKE et le score d'incapacité EDSS sont à 0 (c'est-à-dire normaux). Compte tenu du faible volume lésionnel IRM initial d'une part et de l'absence d'activité évolutive d'autre part, il n'y a pas d'indication à débiter un éventuel traitement de fond. Il n'est pas utile que je revoie M. X de façon systématique. Je lui redis de ne modifier en rien ses habitudes de vie, notamment sportives et professionnelles »*.
39. Dans le même sens, le Professeur R de l'hôpital d'instruction des armées du Val-de-Grâce, indiquait dans le certificat médico-administratif d'hospitalisation de 2007, que M. X souffre *« d'un syndrome cliniquement isolé avec évolutivité des lésions IRM. »*, et son adjoint, le docteur de G, constatait que *« le déficit s'est très progressivement amendé et il n'existe aujourd'hui plus de séquelle, ni motrice ni sensitive »*.
40. Si l'administration indique que le service de santé des armées a une compétence exclusive pour donner un avis sur les questions médicales au sein des armées, il n'en demeure pas moins que les avis d'un médecin civil intervenus avant la décision contestée, s'ils ne peuvent à eux seuls être regardés comme suffisants, peuvent constituer des indices permettant de caractériser une discrimination.
41. En l'espèce, il a été porté une appréciation discriminatoire de l'aptitude physique de M. X, en présumant d'une situation de handicap. En effet, l'appréciation de son aptitude physique, repose sur le seul fait qu'il soit atteint d'une pathologie susceptible de produire à terme un handicap, sans qu'il soit tenu compte de son aptitude réelle au moment de l'admission et des traitements susceptibles, le cas-échéant, de bloquer l'évolution de sa pathologie.
42. En conclusion, il résulte de tout ce qui précède, que le refus de titulariser M. X en tant que SOC pris en application de la décision d'inaptitude adoptée par le conseil supérieur de santé sans démontrer son incapacité à exercer les missions au moment de l'admission est discriminatoire, en méconnaissance des articles 1 et 3 de la Directive 2000/78 susvisée, alors que l'administration n'apporte pas d'éléments objectifs suffisants pour justifier sa décision conformément aux exigences liées à l'aménagement de la charge de la preuve lorsque le moyen tiré de la discrimination est soulevé.

Le Collège :

43. Recommande au Ministre de la défense et des anciens combattants de réexaminer la situation professionnelle de M. X, en vue de son admission dans le corps des sous-officiers de carrière ;

44. A défaut, de l'indemniser des préjudices matériels et moraux nécessairement subis par sa non-admission dans ce corps ;
45. Se réserve la possibilité de présenter des observations devant la juridiction administrative si le réclamant décide d'introduire un recours de plein contentieux ;
46. Devra être informé des mesures prises conformément à ses recommandations, dans un délai de quatre mois, à compter de la notification de la présente délibération.

*Le Président*

*Eric MOLINIÉ*