

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R Ê T

n° 219.505 du 25 mai 2012

A. 200.216/VIII-7967

En cause : **BOURGEOIS** Pascal,
avenue Albert I^{er} 55
7170 Manage,

contre :

l'État belge, représenté par
le Ministre de la Défense.

LE CONSEIL D'ÉTAT, VIII^e CHAMBRE,

Vu la requête introduite le 17 mai 2011 par Pascal BOURGEOIS qui demande l'annulation de "l'article 204 du Règlement «TMAP et appréciation des qualités physiques des candidats»";

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. HERBIGNAT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, rédigé sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure;

Vu la notification du rapport aux parties et le dernier mémoire de la partie requérante;

Vu l'ordonnance du 12 avril 2012, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience publique du 25 mai 2012;

Entendu, en son rapport, M. GEUS, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, M^e Monique DETRY, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M. Valéry DE SAEDELEER, Capitaine-Commandant, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. HERBIGNAT, premier auditeur chef de section;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen du recours se présentent comme suit :

1. Le requérant est volontaire de carrière et est revêtu du grade de premier caporal-chef.

2. Chaque année, le requérant passe les tests militaires d'aptitude physique (TMAP).

3. Les TMAP étaient régis, jusqu'au 22 mars 2011, par le règlement ACOT-REG-PHYTEST-TCPT-001 Ed 001/Rév 001 du 14 décembre 2007.

Le paragraphe 204 litigieux du règlement précité était formulé de la manière suivante :

- " a. L'évaluation de santé périodique («médecine du travail») permet de constater si le militaire concerné est apte à pratiquer un sport et à participer aux TMAP.
- b. Le conseiller en prévention-médecin du travail en charge de l'unité doit soumettre le militaire à un examen de physiologie sportive s'il constate la présence de facteurs de risque importants sur le plan cardio-vasculaire (tabagisme, poids excessif, diabète, hypertension, antécédents familiaux de maladie cardiaque, etc).
- c. Cette aptitude est valable jusqu'à l'évaluation de santé périodique suivante, sauf décision autre du conseiller en prévention-médecin du travail en charge de l'unité ou du spécialiste consulté.
- d. L'entraînement physique militaire est en outre maintenu sous surveillance médicale permanente, comme prévu par l'OG-J/209".

4. Le 13 septembre 2010, la révision du point a du paragraphe 204 du règlement précité est soumise à l'ordre du jour du Haut comité de concertation du personnel militaire.

À l'issue des discussions, la délégation de l'autorité propose le texte suivant :

- " Toute évaluation de santé exécutée par un conseiller en prévention-médecin du travail permet de constater si le militaire concerné est apte à participer aux TMAP. Quand il n'y a pas de conseiller en prévention-médecin du travail en fonction dans la cellule AMT concernée, quand le conseiller en prévention-

médecin du travail compétent est temporairement indisponible et dans le cas où le conseiller en prévention-médecin du travail compétent est surchargé, il peut être fait appel à un médecin curatif de la Composante Médicale".

Les délégations syndicales rendent un avis défavorable sur le projet de règlement soumis.

5. Le 24 décembre 2010, le Ministre de la Défense décide d'approuver le projet de règlement qui a été soumis au Haut comité de concertation.

6. Le 16 février 2011, l'argumentation des adaptations du paragraphe 204 du règlement précité est inscrite à l'ordre du jour du Haut comité de concertation.

Le résumé succinct des discussions est formulé de la manière suivante :

- " a. En exécution de l'Art 60 de Ref 1 et en raison d'une divergence quant à l'avis motivé émis lors de la concertation du 13 septembre 2010, il y a lieu de motiver la raison pour laquelle on exécutera néanmoins les modifications au règlement ACOT-REG-PHYTEST-TCPT-001 «TMAP et appréciation des qualités physiques des candidats».
- b. La raison de la modification (ajout du médecin curatif) est la prise de mesures préventives en vue de permettre aux militaires de passer les TMAP (également lorsqu'il n'y a aucun médecin du travail pour les déclarer aptes pour ce faire).
- c. Les TMAP sont des tests de base portant sur la condition physique qui consistent en deux épreuves anaérobies : l'épreuve push-up (épreuve de la musculature du tronc supérieur) et l'épreuve sit-up (une épreuve de la combinaison des muscles abdominaux et fléchisseurs des hanches) et en une épreuve aérobie (épreuve de course à pied sur 2.400 m). Ils sont passés annuellement et ont pour objectif de détecter les militaires susceptibles d'avoir des problèmes physiques, pour ensuite, par un encadrement spécialisé et au moyen de l'entraînement de la condition physique de base, les amener à un niveau physique acceptable ou le conserver.
- d. En l'absence d'un médecin du travail, le militaire peut être déclaré médicalement apte à passer les TMAP par un médecin curatif, étant donné que les tests ne relèvent pas du champ d'application de la base légale invoquée par les syndicats pour émettre un avis négatif (AR du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs, Art 2, 3°). L'activité peut, en effet, comporter un certain risque (blessure sportive), mais il ne saurait être question des risques mentionnés dans l'AR. Lors de la passation annuelle de ces trois épreuves en maximum deux heures, avec un échauffement libre préalable et une pause de 10 minutes au moins entre chaque épreuve, il ne saurait être question d'une exposition à des contraintes à caractère ergonomique (travail sur écran de visualisation, manutention de charges, contraintes à caractère répétitif), ni d'une exposition à des contraintes liées à la pénibilité du travail ou au travail monotone et répétitif, ni d'un risque identifiable de charge physique ou mentale de travail pour le travailleur".

7. Le 22 mars 2011 est publiée, sur le site intranet de la Défense, l'adaptation du paragraphe 204 du règlement ACOT-REG-PHYTEST-TCPT-001 :

- " a. Toute évaluation de santé exécutée par un conseiller en prévention-médecin du travail permet de constater si le militaire concerné est apte à participer aux TMAP. Quand il n'y a pas de conseiller en prévention-médecin du travail en

fonction dans la cellule AMT concernée, quand le conseiller en prévention-médecin du travail compétent est temporairement indisponible et dans le cas où le conseiller en prévention-médecin du travail compétent est surchargé, il peut être fait appel à un médecin curatif de la Composante Médicale.

b. Le conseiller en prévention-médecin du travail en charge de l'unité ou le médecin militaire curatif peut soumettre le militaire à un examen de physiologie sportive s'il constate la présence de facteurs de risque importants sur le plan cardio-vasculaire (tabagisme, surcharge pondérale, diabète, hypertension, antécédents familiaux de maladies cardiaques, etc).

c. Cette aptitude est valable jusqu'à l'évaluation de santé périodique suivante, sauf décision autre du conseiller en prévention-médecin du travail en charge de l'unité, du médecin militaire curatif ou du spécialiste consulté.

d. L'entraînement physique militaire est en outre maintenu sous surveillance médicale permanente, comme prévu par l'OG-J/209".

Il s'agit de l'article attaqué dans le présent recours;

Considérant que le requérant prend un moyen unique de la violation de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et particulièrement de son article 33, § 2, de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs et particulièrement de sa section 3, et de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au Service interne pour la Prévention et la Protection au Travail; qu'il développe comme suit ce moyen :

" En ce que,

L'acte attaqué permet au médecin curatif de la Composante médicale de la Défense, de se substituer au conseiller en prévention-médecin du travail dans ses missions de surveillance de la santé des travailleurs,

Alors que,

la surveillance de la santé du travailleur, telle que définie par l'arrêté royal du 28 mai 2003 invoqué ci-dessus, en exécution de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, est réservée aux conseillers en prévention-médecins du travail, dont la position est fixée par l'arrêté royal du 27 mars 1998 mieux qualifié ci-dessus, à l'exclusion de tout autre intervenant médical.

(...)

La loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail, dispose en son article 4 :

«§ 1. Le Roi peut imposer aux employeurs et aux travailleurs toutes les mesures nécessaires au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail.

Le bien-être est recherché par des mesures qui ont trait à :

- 1° la sécurité du travail;
- 2° la protection de la santé du travailleur au travail;
- 3° (...)"

L'article 5 de la même loi impose à l'employeur de prendre les mesures nécessaires afin de promouvoir le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail et énonce les principes généraux de prévention qui doivent le guider dans la prise de ces mesures tandis que son article 33 lui impose de créer un Service interne de Prévention et de Protection au travail comprenant au moins un conseiller en prévention «qui assiste l'employeur et les travailleurs lors de l'application des mesures visées aux articles 4 à 32, en ce qu'elles ont trait au bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail».

Cet article 33, précise en son § 2 : «Si le service interne visé au § 1^{er} ne peut pas exécuter lui-même toutes les missions qui lui ont été confiées en vertu de la présente loi et de ses arrêtés d'exécution, l'employeur doit faire appel, en complément, à un service externe agréé de prévention et de protection au travail».

L'article 33, § 3 de la loi disposant que «le Roi fixe les modalités de fonctionnement, les compétences requises et les missions du Service interne de Prévention et de Protection au travail», son article 43 dispose que «Les conseillers en prévention remplissent leur mission en toute indépendance vis-à-vis de l'employeur et des travailleurs».

L'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs exécute cette loi dans ses aspects médicaux liés au bien-être au travail tandis que l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif au Service interne pour la Prévention et la Protection au Travail, fixent la position des conseillers en prévention et, en particulier, des conseillers en prévention-médecins du travail.

Les articles 4 et 5 de l'arrêté royal du 28 mai 2003 réservent au conseiller en prévention-médecin du travail, la compétence d'assurer la surveillance de la santé des travailleurs.

L'article 204 du règlement «TMAP et appréciation des qualités physiques des candidats», qui fait l'objet du présent recours, s'inscrit par nature dans la notion de surveillance de la santé des travailleurs, dès lors que son objet vise à vérifier, avant que le membre du personnel se soumette à un effort physique important qui lui est imposé dans le cadre de son activité professionnelle, qu'il n'y ait pas de contre-indication médicale pour sa santé, qu'il s'y soumette.

Dans sa version antérieure à la modification qui fait l'objet du présent recours, il y était expressément précisé qu'il s'inscrivait dans une logique de «médecine du travail».

La modification contestée ne modifie pas son objet fondamental qui demeure avant tout d'assurer la surveillance de la santé des travailleurs de la Défense.

En vertu des dispositions invoquées ci-dessus, la compétence en la matière revient exclusivement à un conseiller en prévention-médecin du travail, à l'exclusion de tout autre médecin et, en particulier, de tout médecin qui dispose de compétences administratives à l'égard de l'agent.

En permettant à un «médecin curatif de la Composante médicale» de la Défense d'assurer ces missions, la partie adverse contrevient à ces dispositions";

Considérant que, dans son mémoire en réplique, il ajoute ce qui suit :

- " La partie adverse soutient que les TMAP ne relèveraient pas du champ d'application de l'arrêté royal du 28 mai 2003 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs parce qu'ils ne correspondraient pas à une activité à risque défini au sens de cet arrêté.

Le requérant soutient que cette réponse est hors propos, dans la mesure où l'acte attaqué ne porte pas sur les mesures à prendre en cas d'accident médical éventuel au cours du passage des TMAP mais bien de la surveillance générale de l'aptitude médicale des militaires et sur leur aptitude générale à passer ces tests.

Par ailleurs, s'il fallait se limiter à rattacher le contenu de l'article 204 du règlement qui fait l'objet du recours, à la notion de «facteurs à risques» contenue dans l'arrêté royal du 27 mars 1998, le requérant soulignerait que l'acte attaqué expose que le médecin qui surveille l'état de santé du militaire peut «le soumettre à un examen de physiologie sportive s'il constate la présence de facteurs de risque importants sur le plan cardio-vasculaire (tabagisme, surcharge pondérale, diabète, hypertension, antécédents familiaux de maladies cardiaques, etc)».

Ainsi, le dispositif qui fait l'objet du recours identifie-t-il le risque surveillé par le médecin à «un risque identifiable pour la santé du travailleur dû à l'exposition à un agent physique» au sens de l'article 2, 3°, de l'arrêté royal du 28 mai 2003 : le risque cardio-vasculaire lié au passage du TMAP.

La réponse de la partie adverse n'est donc nullement pertinente.

La partie adverse, dans son mémoire en réponse, admet d'ailleurs qu'un risque physique existe à passer les TMAP et confère, au conseiller en prévention-médecin du travail, le soin de surveiller l'état de santé du travailleur afin qu'il n'y soit soumis.

On se trouve donc bien dans le champ d'application de la loi du 4 août 1996 relative au bien-être des travailleurs, lors de l'exécution de leur travail, et de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la surveillance de la santé des travailleurs qui réserve au médecin du travail la prérogative de surveillance de la santé des travailleurs.

Dès lors que ces dispositions sont exclusives de toutes autres, en matière d'attribution de compétences aux médecins, les prérogatives de médecine du travail ne peuvent être attribuées à un médecin «curatif»;

Considérant que la question posée par le recours est celle de savoir si les TMAP entrent dans le champ d'application de la surveillance médicale obligatoire des travailleurs au titre d'activité à risque défini; que la réglementation en la matière est fondée sur la loi du 4 août 1996, précitée, que son article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 1°, a), rend applicable aux personnes qui, autrement qu'en vertu d'un contrat de travail, exécutent des prestations de travail sous l'autorité d'une autre personne; que l'arrêté royal du 28 mai 2003, précité, prévoit en son article 4, § 1^{er}, que :

" L'employeur prend les mesures nécessaires pour que les travailleurs qui occupent un poste de sécurité, un poste de vigilance ou qui exercent une activité à risque défini ou une activité liée aux denrées alimentaires, soient soumis obligatoirement à la surveillance de santé et pour que l'exécution de cette surveillance de santé se déroule conformément aux prescriptions du présent arrêté";

que, selon l'article 2 du même arrêté, l'activité à risque défini est :

" toute activité ou tout poste de travail pour lesquels les résultats de l'analyse des risques, font apparaître l'existence :

a) d'un risque identifiable pour la santé du travailleur dû à l'exposition à un agent physique, à un agent biologique, ou à un agent chimique;

- b) d'un lien entre l'exposition à des contraintes à caractère ergonomique ou liées à la pénibilité du travail ou liées au travail monotone et répétitif, et un risque identifiable de charge physique ou mentale de travail pour le travailleur;
- c) d'un lien entre l'activité et un risque identifiable de charge psycho-sociale pour le travailleur";

que l'analyse des risques qui y est évoquée est l'objet de l'article 8 de l'arrêté royal du 27 mars 1998 relatif à la politique du bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail :

" L'analyse des risques s'opère au niveau de l'organisation dans son ensemble, au niveau de chaque groupe de postes de travail ou de fonctions et au niveau de l'individu.

Elle se compose successivement de :

- 1° l'identification des dangers pour le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail;
- 2° la définition et la détermination des risques pour le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail;
- 3° l'évaluation des risques pour le bien-être des travailleurs lors de l'exécution de leur travail";

que l'article 9 du même arrêté détermine les suites à donner à l'analyse des risques :

" Les mesures de prévention qui doivent être prises sur base de l'analyse des risques visée à l'article 8, sont prises au niveau de l'organisation dans son ensemble, au niveau de chaque groupe de postes de travail ou de fonctions et au niveau de l'individu, compte tenu de l'ordre suivant :

- 1° mesures de prévention dont l'objectif est d'éviter des risques;
- 2° mesures de prévention dont l'objectif est d'éviter des dommages;
- 3° mesures de prévention dont l'objectif est de limiter les dommages.

L'employeur examine, pour chaque groupe de mesures de prévention, l'influence de celles-ci sur le risque et si elles ne constituent pas par elles-mêmes des risques, de manière à devoir soit appliquer un autre groupe de mesures de prévention, soit prendre des mesures de prévention supplémentaires d'un autre groupe.

Les mesures de prévention ont notamment trait à :

(...)

8° la surveillance de la santé des travailleurs, en ce compris les examens médicaux;

(...)"

Considérant que le règlement des litiges ressortit, selon l'article 4 de l'arrêté royal du 28 mai 2003, précité, à la compétence du médecin-inspecteur du travail de l'Inspection médicale du travail, qui, dispose comme suit :

" § 1^{er}. L'employeur prend les mesures nécessaires pour que les travailleurs qui occupent un poste de sécurité, un poste de vigilance ou qui exercent une activité à risque défini ou une activité liée aux denrées alimentaires, soient soumis obligatoirement à la surveillance de santé et pour que l'exécution de cette surveillance de santé se déroule conformément aux prescriptions du présent arrêté.

- § 2. La surveillance de santé des travailleurs n'est pas obligatoire lorsque les résultats de l'analyse des risques, qui est exécutée en collaboration avec le conseiller en prévention-médecin du travail, et qui a été soumise à l'avis préalable du Comité, en démontrent l'inutilité.
- § 3. Les litiges pouvant résulter de l'application des dispositions visées aux § 1^{er} et § 2 seront tranchés par le médecin-inspecteur du travail de l'Inspection médicale du travail";

Considérant que le moyen soulevé par le requérant ne soutient ni qu'il aurait été procédé à une analyse des risques dont aurait découlé l'obligation pour la partie adverse de faire appel exclusivement au conseiller en prévention-médecin du travail, ni que les résultats d'une telle analyse auraient été méconnus; qu'en outre, l'article 4, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 28 mai 2003, précité, vise des activités à risque accomplies en permanence au contraire des TMAP qui prennent une demi-journée par an et dont la surveillance médicale a une finalité très différente; que les TMAP échappent donc aux prévisions dudit arrêté; qu'en outre, le remplacement d'un conseiller en prévention-médecin du travail, en cas d'absence de celui-ci, par un médecin curatif constitue de la part de la partie adverse une mesure élémentaire de prudence visant à restreindre les risques courus par les militaires lors des TMAP; que le moyen n'est pas fondé,

D É C I D E :

Article 1^{er}

La requête est rejetée.

Article 2

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIII^e chambre, le vingt-cinq mai deux mille douze par :

M. GEUS,	président de chambre,
M ^{me} VANDERNACHT,	conseiller d'État,
M ^{me} DÉOM,	conseiller d'État,
M. DELANNAY,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Gr. DELANNAY.

J.-Cl. GEUS.