

Délibération n°2010-16 du 25 janvier 2010

Emploi public – orientation sexuelle - Observations

La haute autorité a été saisie par un militaire de carrière, partenaire d'un pacte civil de solidarité avec une personne de même sexe, qui s'est vu refuser par le ministère de la Défense, le bénéfice de l'indemnité pour charge militaire et ses compléments, au taux reconnu aux militaires mariés, ainsi que l'indemnité d'installation Outre-mer, la prise en charge du déménagement du partenaire et le bénéfice immédiat d'un logement de fonction correspondant à leur situation du couple. Le Collège considère que les textes régissant ces avantages instaurent des différences de traitement entre personnel marié et personnel pacsé non conformes à la directive 2000/78/CE garantissant le principe de non discrimination à raison de l'orientation sexuelle. Il en déduit que les décisions individuelles opposées au réclamant sur le fondement de ces textes sont discriminatoires. Il décide de présenter des observations en ce sens devant le tribunal administratif saisi.

Le Collège,

Vu la directive 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,

Vu la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires,

Vu la loi n° 2004-1486 modifiée portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité,

Vu le décret n° 50-1258 du 6 octobre 1950 modifié fixant à compter du 1^{er} janvier 1950, le régime de solde et d'indemnités des militaires entretenus au compte du budget de la France outre-mer dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion,

Vu le décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 fixant le régime de l'indemnité pour charges militaires,

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 l'instruction n° 4161/DEF/DAG/DE/LOG du 20 juillet 1992 relative au logement du personnel du ministère de la défense dans les départements et territoires d'Outre-mer,

Vu la note n°001175/DEF/EMA/OL.3/NP du 14 juin 2004 du ministère de la défense,

Vu la délibération n° 2007-156 du 18 juin 2007 du Collège de la haute autorité,

Sur proposition du Président,

Décide :

Madame X, militaire de carrière, a saisi la haute autorité par courrier du 10 juin 2008, d'une réclamation relative à des refus de versement de l'indemnité pour charges militaires au taux

particulier et ses compléments, ainsi que de l'indemnité d'installation Outre-mer, au motif qu'en tant que partenaire d'un PACS depuis le 29 juin 2004, elle ne peut bénéficier des droits reconnus aux militaires mariés. La réclamante allègue que ces refus sont discriminatoires car fondés sur son orientation sexuelle.

En outre, la réclamante fait valoir que malgré les démarches effectuées auprès de son administration pour bénéficier de la prise en charge du déménagement de sa compagne Outre-mer lors de sa mutation en juin 2006 et d'un logement de fonction correspondant à leur situation de couple, elle a essuyé des refus. Appuyée par sa hiérarchie, elle s'est néanmoins vue attribuer un logement en 2007, trois ans après la conclusion de son PACS. Enfin, la réclamante informe la haute autorité qu'elle a tenté de déclarer la conclusion de son PACS dès 2004, mais que son administration n'a enregistré sa déclaration qu'en février 2008.

Le 12 décembre 2008, la réclamante a saisi le tribunal administratif de A d'une demande d'annulation des décisions de refus.

Une instruction a été menée auprès du ministère de la Défense par courriers des 19 décembre 2008 et 27 mars 2009. Au vu des éléments recueillis, la haute autorité a adressé le 1^{er} novembre 2009 une notification des charges. Le ministère y a fait suite le 27 novembre 2009, en maintenant ses arguments.

Le chapitre 1^{er} du titre 1^{er} de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires régit l'exercice de leurs droits civils et politiques. L'article 7 prévoit que « *la liberté de résidence des militaires peut être limitée dans l'intérêt du service* ». L'indemnité pour charges militaires et ses accessoires prévus par le décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 sont le corollaire de cette dernière restriction.

Selon l'article 1^{er} du décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 fixant le régime de l'indemnité pour charges militaires, l'indemnité est attribuée « *pour tenir compte des diverses sujétions spécifiquement militaires, et notamment de la fréquence des mutations d'office.* ». Elle « *varie en fonction du grade, de la situation de famille et des conditions de logement des militaires.* ». Ces modalités sont précisées aux articles 3, 5 bis, 5 ter et 5 quater du décret de 1959. Il en résulte que le dispositif actuellement applicable réserve le bénéfice de ces prestations liées à la limitation de la liberté de résidence aux personnes vivant en couple sous le régime du mariage ou ayant enfant ou mère veuve à charge.

En cas de mutation Outre-mer, l'article 7 du décret n° 50-1258 du 6 octobre 1950¹ dispose que « *les militaires à solde mensuelle (...) affectés dans l'un des départements d'Outre-mer peuvent prétendre à l'indemnité d'installation et le cas échéant aux majorations familiales de cette indemnité dans les mêmes conditions et au même taux que les fonctionnaires civils de l'Etat recevant à la même date, une affectation dans l'un des départements considérés.* »

Ce dispositif d'indemnisation est complété par la mise à disposition de logements, telle que prévue par l'instruction n°4161/DEF/DAG/DE/LOG du 20 juillet 1992 relative au logement du personnel du ministère de la défense dans les départements et territoires d'Outre-mer. Ce

¹ Décret n° 50-1258 du 6 octobre 1950 modifié fixant à compter du 1^{er} janvier 1950, le régime de solde et d'indemnités des militaires entretenus au compte du budget de la France outre-mer dans les départements de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique et de la Réunion.

texte fixe les règles et rappelle, en son point 14, que les militaires peuvent demander l'attribution d'un logement lors de leur affectation dans un DOM, à l'exclusion des militaires du rang, célibataires, et du personnel militaire sous-officier célibataire sans enfant. Dans une note n°001175/DEF/EMA/OL.3/NP du 14 juin 2004, l'Etat-major des armées invite néanmoins les services à considérer comme ayant-droits « *les co-contractants d'un pacte civil de solidarité conclu depuis trois années* » dans l'attente d'une nouvelle rédaction de l'instruction « *notamment pour prendre en compte les évolutions sociales et juridiques telles que le pacte civil de solidarité (PACS)* ».

Il ressort de ces textes des différences de traitement entre personnels mariés et personnels partenaires d'un pacte civil de solidarité.

Concernant le droit des discriminations, l'article 1^{er} de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 énonce qu'elle « *a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée sur (...) l'orientation sexuelle, en ce qui concerne l'emploi et le travail, en vue de mettre en œuvre, dans les Etats membres, le principe de l'égalité de traitement* ». L'article 2 définit le principe de l'égalité de traitement comme « *l'absence de toute discrimination directe ou indirecte, fondée sur un des motifs visés à l'article 1^{er}.* » Au même article, il est précisé qu'« *une discrimination indirecte se produit lorsqu'une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre est susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour des personnes d'une (...) orientation sexuelle donnée, par rapport à d'autres personnes, à moins que cette disposition, ce critère ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires.* ».

Or, les différences de traitement relevées entre militaires mariés et militaires partenaires de pacte civil de solidarité défavorisent d'autant plus les couples homosexuels que le mariage leur est interdit, les couples de même sexe ne pouvant donner un cadre juridique à leur union que par le biais du PACS.

En outre, au regard de l'objet poursuivi par les mesures contestées, militaires mariés et pacsés se trouvent dans des situations comparables. En effet, ces différentes mesures ont pour objet de compenser les conséquences, sur la vie commune, des contraintes inhérentes au statut de militaire, permettant de nombreuses mutations.

Or l'article 515-1 du code civil dispose qu'« *un pacte civil de solidarité est un contrat conclu par deux personnes physiques majeures, de sexe différent ou de même sexe, pour organiser leur vie commune.* ». De surcroît, la communauté de vie est un des devoirs réciproques prévu par l'article 515-4 du code civil : « *Les partenaires liés par un pacte civil de solidarité s'engagent à une vie commune, ainsi qu'à une aide matérielle et une assistance réciproques. Si les partenaires n'en disposent autrement, l'aide matérielle est proportionnelle à leurs facultés respectives. Les partenaires sont tenus solidairement à l'égard des tiers des dettes contractées par l'un d'eux pour les besoins de la vie courante. Toutefois, cette solidarité n'a pas lieu pour les dépenses manifestement excessives.* »

Selon une jurisprudence constante, le Conseil d'Etat considère qu'« *eu égard à l'objet poursuivi par le décret du 13 octobre 1959, le ministre de la Défense était tenu de tirer les conséquences réglementaires de la loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité dans un délai raisonnable, qu'à la date de la demande (du requérant), les dispositions du deuxième alinéa de l'article 3 du décret du 13 octobre 1959, qui n'avaient pas*

été modifiées en application de la loi étaient devenues illégales ; que par suite le ministre de la Défense a commis une erreur de droit en opposant ce texte (au requérant). » (arrêts du Conseil d'Etat du 25 juillet 2007 (n° 297653), du 7 décembre 2007 (n° 300590), du 3 septembre 2008 (n°304047) et du 25 mars 2009 (n° 313433)).

De surcroît, La Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt du 1^{er} avril 2008, Tadao Maruko c/ Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen, a reconnu que le fait de réserver le bénéfice des pensions de réversion aux seuls conjoints survivants, à l'exclusion des partenaires liés par un « partenariat de vie » (équivalent allemand du PACS français), constitue une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle, dans la mesure où, d'une part, le statut de conjoint n'était pas accessible aux couples de même sexe en Allemagne et, d'autre part, le statut juridique allemand des conjoints et celui des partenaires étaient comparables au regard de l'objet de la pension.

Ainsi, en l'état actuel du droit de telles différences de traitement ne sont pas conformes au principe de non discrimination à raison de l'orientation sexuelle, tel que défini par la directive 2000/78. Les décisions individuelles contestées par Madame X sont donc discriminatoires.

Par conséquent, le Collège décide, conformément à l'article 13 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, de présenter des observations devant la juridiction administrative saisie des litiges, cette audition étant de droit.

Le Président

Louis SCHWEITZER