

Délibération n°2010-15 du 25 janvier 2010

Emploi public – orientation sexuelle - Recommandations

La haute autorité a été saisie de quatre dossiers relatifs aux prestations liées aux changements de résidence des militaires partenaires de pacte civil de solidarité (PACS), notamment par trois militaires de carrière, partenaires d'un pacte civil de solidarité avec une personne de même sexe, qui se sont 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 de couple. Le Collège considère que les textes régissant ces avantages instaurent des différences de traitement entre personnels mariés et pacsés, non conformes à la directive 2000/78/CE garantissant le principe de non discrimination à raison de l'orientation sexuelle. Il recommande la suppression de ces différences concernant 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 de couple. Par ailleurs, il relève que le projet de réforme de l'indemnité pour charge militaire et ses compléments pourrait mettre fin à la discrimination constatée. Il appelle néanmoins l'attention du ministère sur le fait que si l'exigence d'une imposition commune apparaît justifiée dans le but de s'assurer de la stabilité de l'union, l'introduction d'une exigence de durée minimale de cette imposition, non exigée des personnels mariés, pourrait être discriminatoire.

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,

Vu la saisine d'office du 3 décembre 2006,

Sur proposition du Président,

Décide :

Quatre dossiers relatifs aux prestations liés aux changements de résidence des militaires partenaires de pacte civil de solidarité (PACS) ont été portés à la connaissance de la haute autorité. Les militaires peuvent bénéficier de différents avantages selon leur situation de famille et leur résidence, l'indemnité pour charges militaires correspondant à la limitation de liberté de résidence, diverses indemnités en cas d'installation Outre-mer, la mise à disposition de logement.

Suite à un courrier anonyme, la haute autorité s'est saisie le 3 décembre 2006 de cette question de l'extension du bénéfice des prestations liées au changement de résidence des militaires aux personnels pacsés. Par délibération n° 2007-156 du 18 juin 2007, le Collège a considéré que le projet d'extension des prestations liées à la situation de famille et aux changements de résidence aux militaires pacsés, uniquement sous condition de durée pour ces derniers, serait discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle, au regard de la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000. Le Collège, considérant que cette condition de durée n'est pas justifiée au regard de l'objet de la mesure, a recommandé que la modification du décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 ouvre l'indemnité pour charges militaires aux personnels partenaires d'un pacte civil de solidarité sans condition de durée.

Cependant, cette recommandation n'a pas été suivie d'effet. Le ministère n'a pas mis en œuvre son projet d'extension aux partenaires de pacte, du bénéfice de l'indemnité pour charges militaires au même taux que celui accordé aux personnes mariées et a continué à opposer des refus de bénéfice de ces prestations aux personnels pacsés.

La haute autorité a alors été saisie de deux réclamations individuelles présentées en 2008 et 2009 par des personnels militaires partenaires de PACS qui se sont vu opposer des refus de versement de l'indemnité pour charges militaires et de sa majoration, au même taux que celui appliqué aux personnels mariés ou ayant un enfant à charge. Les réclamants allèguent que cette différence de traitement est discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle. Il s'agit de Madame X, marin maître, et Monsieur Y, sergent. En outre, par courrier du 18 février 2009, le tribunal administratif de A a saisi d'office la haute autorité en lui transmettant la requête de Monsieur Z, major, partenaire d'un PACS, s'étant également vu refuser le versement de l'indemnité pour charges militaires et de sa majoration au taux particulier. Le tribunal a invité la haute autorité à présenter des observations dans le litige qui oppose l'intéressé au ministre de la Défense.

Ces trois militaires se sont vus refuser le bénéfice de l'indemnité pour charges militaires au taux n°2 et de sa majoration, au motif que les personnes partenaires d'un PACS ne remplissent pas les conditions fixées par le décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 fixant le régime de l'indemnité pour charges militaires, dès lors qu'elles ne sont pas mariées ou n'ont pas d'enfant à charge.

En outre, à l'occasion d'une mutation Outre-mer, Madame X a demandé la prise en charge des frais de déménagement engagés par sa partenaire pacsée depuis le 29 juin 2004, la

majoration de l'indemnité d'installation Outre-mer et l'attribution d'un logement de fonction correspondant à sa situation de famille. Cependant, son partenariat n'a pas été pris en considération lors de sa mutation Outre-mer, elle a fait l'objet du même traitement qu'un militaire célibataire. Néanmoins, appuyée par sa hiérarchie, elle a finalement obtenu un logement de fonction correspondant à sa situation, mais seulement à la date anniversaire des trois ans du pacte civil de solidarité qu'elle a contracté.

Monsieur Z allègue devant le tribunal qu'il a contracté un pacte civil de solidarité le 19 mai 2006 auprès du tribunal d'instance de B et précise que: « *cet acte mûrement réfléchi [le] lie à [son] partenaire pour les actes de la vie courante et c'est en pleine conscience [qu'il] en accepte les devoirs et les droits qu'il peut conférer, le mariage n'étant pas possible en ce qui [le] concerne* ». Sa demande d'indemnités a été rejetée le 17 avril 2008. Après qu'il a exercé les recours administratifs préalables, le ministère lui a opposé un refus définitif le 9 décembre 2008.

Monsieur Y a contracté un pacte civil de solidarité le 8 octobre 2008 et a demandé, dès le 19 novembre suivant, le bénéfice de la majoration de l'indemnité précitée. Sa demande a été rejetée par une décision du 23 décembre 2008 au motif qu'il ne remplissait pas les conditions pour percevoir à un taux particulier de cette indemnité. Après avoir exercé les recours administratifs préalables, il a saisi le tribunal administratif d'une demande d'annulation du refus définitif qui lui a été opposé.

Les réclamants, en couple avec une personne de même sexe et pour lesquels le mariage est interdit, ont contracté un pacte civil de solidarité, seule voie juridique d'organisation de leur vie commune en droit français. Ils estiment ainsi que la seule prise en considération du mariage comme mode d'union afin de pouvoir bénéficier de certaines prestations liées à la situation de famille est discriminatoire à raison de l'orientation sexuelle.

Une notification des charges a été adressée au ministère de la Défense, le 1^{er} novembre 2009. Il y a répondu par courrier daté du 27 novembre 2009. Le ministère maintient son analyse selon laquelle en l'état du droit les personnels militaires liés par un PACS ne peuvent pas bénéficier des indemnités liées à la situation de famille et logement de fonction dans les mêmes conditions que les personnels visés par les textes.

Il ajoute qu' « *après examen des dossiers des trois personnes citées par votre courrier, il apparaît qu'aucune d'entre elles n'a d'enfant à charge. Dans ces conditions, il ne pouvait en aucun cas leur être fait application du taux n°2.* » Or, il est relevé d'emblée que les réclamants soulèvent la différence de traitement entre personnels mariés et personnels pacsés, situations comparables. En outre, le mariage et la charge d'enfants sont des conditions alternatives et non pas cumulatives pour le bénéfice du taux particulier de l'indemnité pour charge militaire. Par conséquent, si le ministère souligne à bon droit que les réclamants n'ont pas d'enfant à charge, cet argument n'est pas pertinent au regard de la question posée.

Néanmoins, le ministère rappelle être « *conscient de la nécessité de prendre en compte les évolutions de la société* » et avoir « *entamé une réforme de la réglementation* ». Il précise que « *un projet d'évolution du texte, ouvrant aux militaires ayant conclu un PACS l'accès aux primes et indemnités liées aux spécificités de l'état militaire accordées aux militaires mariés, a été présenté aux instances militaires en juin 2009. Ces droits devraient être ouverts aux partenaires d'un pacte civil de solidarité, sous la condition d'une imposition fiscale commune*

pour une année civile complète. En cours de préparation, ces mesures devraient, par conséquent, prochainement mettre fin à la discrimination alléguée. ».

Il convient donc d'examiner l'état actuel du droit, puis la proposition de modification évoquée par le ministère de la Défense.

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 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*

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.

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 (CJCE, gde ch., 1er avril 2008, aff. C-267/06), 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.

Par conséquent, concernant la majoration de l'indemnité d'installation Outre-mer, l'attribution d'un logement de fonction correspondant à la situation de famille et la prise en charge des frais de déménagement engagés par le partenaire, le Collège renouvelle sa recommandation au ministre de la Défense d'étendre aux personnels liés par un PACS le bénéfice de ces avantages sans condition de durée du pacte.

Concernant le bénéfice des indemnités pour charges militaires au taux particulier et de leur majoration, le Collège relève que l'extension de ces prestations aux partenaires de PACS pourrait mettre fin à la discrimination constatée.

Selon les indications données par le ministère dans son courrier du 27 novembre 2009, il semble que cette extension soit prévue sous condition d'une imposition fiscale commune pour une année civile complète. Or, si les personnels mariés sont soumis à une imposition commune, aucune condition de durée n'est exigée concernant leur union. Par conséquent, cette proposition introduit une nouvelle différence de traitement dont il faut examiner si elle serait discriminatoire.

Les arguments avancés par le ministère concernant le précédent projet ayant fait l'objet de la délibération du Collège n° 2007-156, montrent que le but poursuivi par une telle mesure est de s'assurer de la stabilité du PACS. Si ce but est légitime au regard de l'objet des indemnités en question, il faut examiner si la condition envisagée est nécessaire et suffisante.

Depuis, la loi de finance pour 2005, les partenaires de pacte civil de solidarité peuvent faire une déclaration commune de leurs revenus dès la première année de PACS. Ils sont alors solidaires du paiement de cet impôt. Les partenaires ayant le choix de procéder ou non à cette déclaration commune, un tel engagement peut donc être interprété comme un gage de stabilité du couple et être considéré comme nécessaire et suffisant.

Néanmoins, le ministère ajoute que l'imposition fiscale doit être commune pour une année civile complète, condition de durée non exigée des personnels mariés. Le Collège considère l'introduction d'une nouvelle condition de durée comme discriminatoire. Il recommande donc au ministre de la Défense de modifier le décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 en veillant à ce que les nouvelles dispositions envisagées soient exemptes de toute discrimination et d'en rendre compte dans un délai de quatre mois à compter de la notification de la présente.

Au surplus, concernant les indemnités pour charges militaires, le Collège relève que la prise en considération des mères veuves à charge et non des pères veufs à charge revêt un caractère discriminatoire et recommande également au ministre de la Défense de prendre les dispositions nécessaires et d'en rendre compte dans un délai de quatre mois.

Le Président

Louis SCHWEITZER