

Délibération n°2007-155 du 18 juin 2007

Emploi public- Statut des militaires- Non transposition des directives 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE –Recommandation.

Dans le cadre de l'examen de la réclamation, la haute autorité a pu mettre en évidence l'absence de cadre juridique général prohibant les discriminations dans le statut général des militaires. Le Collège de la haute autorité recommande au ministre de la défense, conformément aux articles 1^{er} et 2 de la Convention de partenariat signée entre la haute autorité et le ministère de la défense le 3 mai 2007, de réexaminer le statut général des militaires afin de fixer un cadre général pour lutter contre les discriminations en matière d'emploi et de travail tel que prévu par les directives européennes 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE et demande à être consulté sur le réexamen du statut général des militaires et sur les limites éventuellement apportées au principe de non discrimination telles que permises par les directives précitées.

Vu la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique,

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 directive 2002/73/CE du parlement et du conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail,

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,

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

Sur proposition du Président,

Décide :

1. La haute autorité a été saisie le 20 août 2005 d'une réclamation de Monsieur W. relative au rejet de sa demande d'admission en qualité de sous-officier de gendarmerie par la Direction Générale de la Gendarmerie Nationale (DGGN).
2. Le rejet de sa candidature, le 5 février 2004, est fondé sur une inaptitude physique, jugée incompatible avec la fonction visée.

3. S'estimant victime d'une discrimination fondée sur son état de santé, Monsieur W. a saisi le Tribunal administratif de Paris.
4. La situation de Monsieur W. a requis une enquête longue et complexe. Sa situation sera prochainement soumise à l'examen du Collège.
5. Néanmoins, ce dossier a révélé une lacune importante dans le dispositif législatif portant statut général des militaires.
6. En effet, s'il apparaît que les directives européennes 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et 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 ont été transposées, s'agissant du secteur privé, dans le code du travail (article L. 122-45 et suivants) et s'agissant du secteur public, dans le code de la fonction publique (articles 5 à 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires), elles ne l'ont pas été dans la loi n°2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires (introduite dans le code de la défense le 30 mars 2007), qui vise les militaires de carrière et agents non titulaires.
7. Or, le code de la fonction publique exclut les militaires de son champ d'application. En effet, l'article 2 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires dispose que la présente loi s'applique aux fonctionnaires civils des administrations de l'Etat, des régions, des départements, des communes et de leurs établissements publics [...].
8. La haute autorité a donc interrogé le ministère de la défense sur cette situation.
9. S'agissant de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, le ministère de la défense indique, par courrier en date du 26 février 2007, qu'elle n'a pas fait l'objet d'un texte de transposition spécifique aux militaires. Or, le délai de transposition de cette directive a expiré le 19 juillet 2003.
10. Concernant la directive 2000/78/CE, le ministère de la défense précise qu'elle a été transposée de manière plus spécifique par la loi n°2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général des militaires, notamment, en ses articles 3, 37, 38, 45, 86-2, 88, 98-1, et 101.
11. Ces articles visent la liberté d'opinion ou de croyances, notamment philosophiques, religieuses ou politiques des militaires et ses limites notamment au regard du principe de neutralité. D'autres renvoient à la progression de carrière des militaires (ancienneté, avancement), au mariage ou au pacte civil de solidarité, pour les militaires servant « à titre étranger », au détachement, aux victimes de guerre et à l'invalidité.
12. Si ces articles renvoient au principe d'égalité, aucun d'entre eux, ne répond aux exigences de la directive 2000/78/CE visant à fixer un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de travail, dont le délai de transposition a expiré le 2 décembre 2003.

13. Le ministère de la défense a également été interrogé sur la transposition de l'article 3 paragraphe 4 de la directive 2000/78/CE autorisant des restrictions au principe de non-discrimination en matière de handicap et d'âge dans les forces armées, dont le délai de transposition supplémentaire a expiré le 3 décembre 2006.
14. Cet article prévoit, en effet, que : « *Les Etats membres peuvent prévoir que la présente directive ne s'applique pas aux forces armées pour ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge* ».
15. Les considérants 18 et 19 de la directive 2000/78/CE en précisent la portée :
- « 18) *La présente directive ne saurait, notamment avoir pour effet d'astreindre les forces armées ainsi que les services de police, pénitentiaires ou de secours à embaucher ou à maintenir dans leur emploi des personnes ne possédant pas les capacités requises pour remplir l'ensemble des fonctions qu'elles peuvent être appelées à exercer au regard de l'objectif légitime de maintenir le caractère opérationnel de ces services.*
- 19) *En outre, pour que les États membres puissent continuer à maintenir la capacité de leurs forces armées, ils peuvent choisir de ne pas appliquer les dispositions de la présente directive relatives au handicap et à l'âge à tout ou partie de leurs forces armées. Les États membres qui exercent ce choix doivent définir le champ d'application de cette dérogation* ».
16. Le ministère de la défense répond qu'aux cours des travaux préparatoires d'adoption de la loi portant statut général des militaires, il a été précisé que l'article 20 de cette loi procédait à la transposition de l'article 3 § 4 de la directive 2000/78/CE, en renvoyant, notamment, aux statuts particuliers des différents corps, le soin de spécifier les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction.
17. L'article 20 de la loi du 24 mars 2005 (codifié depuis le 30 mars 2007) porte sur les dispositions communes en matière de recrutement :
- « *Nul ne peut être militaire :*
- 1° *s'il ne possède pas la nationalité française, sous réserve des dispositions de l'article 26 ;*
- 2° *s'il est privé de ses droits civiques ;*
- 3° *s'il ne présente les aptitudes exigées pour l'exercice de la fonction ;*
- 4° *s'il n'est pas âgé de dix-sept ans au moins, ou de seize ans pour recevoir une formation générale et professionnelle en qualité de volontaire dans les armées ou en qualité d'engagé dans une école militaire.*
- Le mineur non émancipé doit être pourvu du consentement de son représentant légal ».*
18. Ainsi rédigé, le 3° de l'article 20 confirme que le principe de non-discrimination fondé sur le handicap n'a pas été transposé puisqu'il ne précise pas les possibilités de compensation du handicap (à l'instar par exemple, de l'article 5 de la loi portant statut des fonctionnaires). Si l'article 3 § 4 permet aux Etats de ne pas appliquer ce principe, les Etats ont en revanche l'obligation de définir le champ d'application de cette dérogation. Or, le 3° de l'article 20 est muet sur ce point.
19. Il ne peut donc être considéré que l'article 20, comme le soutient le ministère de la défense procède à la transposition effective de l'article 3 §4 de la directive 2000/78/CE.

20. D'autant que l'article 20 de la loi du 24 mars 2005 ne porte que sur les conditions de recrutement. Or, les directives communautaires visent également la formation professionnelle, les conditions d'emploi et le maintien dans l'emploi, y compris les conditions de licenciement et de rémunération.
21. Par surcroît, dans sa réponse relative à la transposition générale de la directive 2000/78/CE, le ministère de la défense souligne que « *l'ensemble des statuts particuliers n'a pour le moment pas encore été entièrement finalisé et ce sont donc les anciens statuts particuliers qui continuent de s'appliquer* ».
22. Le ministère de la défense semble ainsi confirmer qu'à ce jour, les dispositions découlant des directives précitées relatives au principe de non- discrimination n'ont pas été transposées dans les statuts particuliers des différents corps de l'armée.
23. Enfin, même si la haute autorité observe que des statuts particuliers autorisent le recrutement de femmes dans certains corps de l'armée, elle constate néanmoins que le statut général des militaires ne fixe pas de cadre général prohibant les discriminations fondées sur le sexe, tel que prévu dans la directive 2002/73/CE du parlement et du conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail, et dont le délai de transposition a expiré le 5 octobre 2005.
24. Il ressort donc des éléments de l'enquête qu'il n'existe aucun cadre juridique général pour lutter contre la discrimination dans le statut général des militaires, équivalent à celui prévu pour les fonctionnaires civils, notamment les articles 5 à 6 sexies de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.
25. Les directives communautaires précitées exigent des Etats membres qu'ils introduisent en droit interne un cadre juridique afin d'interdire toute discrimination directe et indirecte, et tout harcèlement fondés sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle en matière d'accès à l'emploi mais également dans l'emploi.
26. Les dérogations au principe de non-discrimination autorisées par l'article 3 §4 de la directive 2000/78/CE doivent être expressément prévues par la loi et leur champ d'application doit en être précisé.
27. Ce cadre juridique doit prévoir également la mise en place des voies de recours afin de faire respecter les obligations découlant de ces directives, l'introduction, dans les procédures judiciaires, de l'aménagement de la charge de la preuve, et la protection des travailleurs contre les mesures de rétorsion.
28. En conséquence, le Collège de la haute autorité recommande au ministre de la défense, conformément aux articles 1^{er} et 2 de la Convention de partenariat signée entre la haute autorité et le ministère de la défense le 3 mai 2007, de réexaminer le statut général des militaires en matière législative et réglementaire pour lutter contre les discriminations en matière d'emploi et de travail tel que prévu par les directives européennes 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE et de le tenir informé de l'état d'avancement de ses travaux dans un délai de six mois.

29. Le Collège demande à être consulté sur le réexamen du statut général des militaires et sur les limites apportées au principe de non discrimination telles que permises par les directives précitées.

Le Président

Louis SCHWEITZER