

Délibération n° 2007-156 du 18 juin 2007

Emploi public – Orientation sexuelle

Au regard de l'absence de transposition de 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, dans le statut général des militaires et au regard des conséquences envisageables sur les couples de même sexe de l'extension de l'indemnité pour charges militaires aux couples pacsés, le Collège de la haute autorité recommande la transposition de la directive 2000/78/CE dans le statut général des militaires et l'alignement des conditions d'attribution de l'indemnité pour charges militaires et ses accessoires prévues pour le personnel marié au personnel pacsé.

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° 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 la délibération n° 2007-155 du 18 juin 2007 du Collège de la haute autorité,

Vu la saisine d'office du 3 décembre 2006,

Sur proposition du Président,

Décide :

Par courrier du 4 octobre 2006, une note interne au ministère de la Défense a été portée à la connaissance de la haute autorité. Elle a pour objet le « *recensement des militaires en situation de partenariat civil de solidarité* » et les « *modalités de reconnaissance de la situation d'un militaire partenaire d'un pacte civil de solidarité* » au regard des indemnités pour charges militaires.

Le statut des militaires résulte de la loi n° 2005-270 du 24 mars 2005 portant statut général. Ce texte s'applique tant aux militaires de carrière qu'aux agents non-titulaires (article 2). Ce nouveau cadre appelle l'adoption de textes d'application. C'est ainsi que le ministère de la Défense a indiqué le 2 mai 2007 préparer une modification du décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 afin d'étendre le bénéfice de la majoration de l'indemnité pour charges militaires au personnel militaire pacsé depuis plus de trois ans et sans enfant à charge. En

effet, le décret du 13 octobre 1959 reconnaît déjà le bénéfice de ces prestations aux militaires mariés et aux militaires célibataires (pacsés ou non) ayant un ou plusieurs enfants à charge ou une mère veuve à charge.

Une saisine d'office de la haute autorité, ayant pour objet la note interne mentionnée ci-dessus relative à l'extension du bénéfice des prestations liées au changement de résidence des militaires aux personnels pacsés, a été signée par le Président le 3 décembre 2006. Un courrier d'instruction a été adressé, le 1^{er} mars 2007, au Ministre de la Défense, qui a répondu par courrier du 2 mai 2007.

Il ressort de l'instruction que le ministère de la Défense a procédé au recensement des personnels militaires pacsés, en demandant la production du certificat délivré par le greffe du tribunal d'instance. Ce ministère précise que la présentation du certificat a « *pour unique objectif de fiabiliser les données issues du recensement. Ce certificat était indispensable pour fournir la preuve de la conclusion d'un PACS et a permis d'avoir la confirmation de la date de sa signature.* ». La production de ce document est donc envisagée comme preuve de l'existence d'un pacte civil de solidarité.

Néanmoins, le Collège relève que la procédure de recensement n'est ni nécessaire, ni proportionnée à la mise en œuvre de cette mesure.

En outre, l'administration prévoit de limiter l'attribution de ces indemnités aux partenaires de pacte conclu depuis plus de trois ans, aux motifs que « *l'attribution de la majoration de l'indemnité pour charges militaires vise à compenser les difficultés particulières de logement liées à la situation de famille. C'est précisément la stabilité de cette situation familiale qui, obligeant le militaire à faire déménager sa famille avec lui, va engendrer des coûts supplémentaires que l'indemnité a pour objet de compenser pour partie. L'instauration d'une condition de durée du PACS est donc conforme à l'esprit de la réglementation.* ». Le ministère se fonde sur le principe traditionnel d'égalité, et non sur le principe de non discrimination, pour arguer que ce principe « *n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'étendre à l'identique les avantages des mariés aux pacsés* ».

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.* ».

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.

Néanmoins, cette loi ne transpose pas 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. Si la directive 2000/78/CE a pour objet d'établir un cadre général pour lutter contre la discrimination fondée, notamment, sur l'orientation sexuelle dans les conditions d'emploi et de travail, son article 3-4 dispose que les Etats membres peuvent prévoir que cette directive ne s'applique pas aux forces armées, seulement en ce qui concerne les discriminations fondées sur le handicap et l'âge. Par conséquent, le principe de non discrimination à raison de l'orientation sexuelle dans l'emploi doit être transposé aux forces armées. En outre, l'article 3-1 de la directive prohibe les discriminations concernant les conditions de rémunération. L'article 141 du Traité définit cette notion : « *on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier* ». Or, le délai de transposition de cette directive a expiré le 2 décembre 2003. Le Collège confirme donc la recommandation de transposition de la directive 2000/78/CE au statut général des militaires décidée par la délibération n° 2007-155 du 18 juin 2007.

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 des enfants ou une mère veuve à charge.

L'extension du dispositif d'indemnisation aux personnes partenaires d'un pacte civil de solidarité permettrait donc de mettre fin à une différence de traitement à leur égard. Néanmoins, les modalités de mise en œuvre présentées par le ministère de la Défense soulèvent une difficulté, au regard de la soumission du bénéfice des indemnités à une condition de durée.

Le ministère prévoit de réserver le bénéfice de l'indemnité pour charges militaires et ses accessoires au personnel marié (sans condition de durée du mariage), ayant des enfants ou une mère veuve à charge, ou partenaire d'un pacte civil de solidarité depuis plus de trois ans.

Or, une telle condition de durée du pacte introduit une différence de traitement entre les partenaires de pacte et les personnes mariées, qui défavorise nécessairement les couples homosexuels. En effet, les couples de même sexe ne peuvent donner un cadre juridique à leur couple que par le biais du PACS. L'effet différé leur serait systématiquement opposable, alors que les couples de sexe différent peuvent se marier et écarter cette restriction.

Ainsi, l'introduction d'une condition de durée, uniquement à l'égard des partenaires de pacte civil de solidarité, constitue une discrimination indirecte en raison de l'orientation sexuelle, à l'égard des partenaires de même sexe, qui n'apparaît pas justifiable en droit, dans la mesure, notamment, où la loi de finances pour 2005 du 30 décembre 2004 n° 2004-1484 a abrogé toute condition de durée du pacte pour le bénéfice des droits sociaux qu'il ouvre.

En effet, l'indemnité pour charges militaires a pour but de compenser les charges qui résultent de la limitation apportée à la liberté d'aller et venir des militaires (limitation du choix du lieu

de mutation et du lieu de résidence). L'indemnité a donc pour vocation de compenser l'élément d'instabilité introduit dans le foyer par l'obligation de mutation.

En outre, cette indemnité et ses accessoires entrent dans le champ de la directive 2000/78/CE, car se sont des rémunérations au sens de ce texte, s'agissant d'avantages payés en espèce en raison de l'emploi.

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.* ». Dès sa conclusion, le pacte a donc pour objet d'organiser la vie commune des partenaires.

Cependant, le changement de résidence ou la mutation d'un des partenaires par l'administration militaire affecte l'organisation de cette vie commune, quelle que soit la date à laquelle a été conclu le pacte. Ainsi, l'indemnité pour charges militaires ayant pour objet de compenser le coût du changement de résidence du foyer, la condition de durée du pacte civil de solidarité n'apparaît pas justifiée par rapport à l'objectif poursuivi.

Ainsi, au regard du caractère discriminatoire d'une condition de durée imposée aux seuls partenaires de pacte civil de solidarité et conformément à l'article 11 de la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, le Collège de la haute autorité recommande que la modification du décret n° 59-1193 du 13 octobre 1959 prévoit les mêmes conditions d'attribution des prestations concernées aux personnels mariés et aux personnels partenaires d'un pacte civil de solidarité et demande à être informé des suites données à cette délibération dans un délai de trois mois à compter de la notification.

Le Président

Louis SCHWEITZER