

La singularité militaire : retour sur la question du temps de « travail » des militaires

Daniel Mainguy, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne

1. L'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) du 15 juillet 2021(1) a soulevé, c'est le moins qu'on puisse en dire, un tollé dans les milieux politiques et militaires.

Il s'agissait, en effet, d'une question touchant à l'application aux militaires de la réglementation européenne sur le temps de travail (Dir. 2003/88/CE du 4 nov. 2003, concernant certains aspects du temps de travail).

Or l'article 4, § 2, du TUE (V. *infra*, n° 2) pose le principe que l'Union européenne « respecte » les règles relatives à l'identité nationale, à la sécurité nationale ou les fonctions essentielles de l'État. Jusqu'alors, ce respect était entendu comme une forme d'application de la règle de la subsidiarité, comme en avait témoigné l'arrêt *Dory* en 2003 à propos de l'interprétation d'une directive de 1976 concernant l'égalité hommes/femmes quant à l'accès à l'emploi, à la formation professionnelle ou aux conditions de travail(2). La Cour avait alors considéré, formulant quelques réserves sur les règles des États membres relatives à la défense nationale, que si celles-ci ne sont pas soustraites par principe au droit communautaire, il n'en résultait pas pour autant que « le droit communautaire régi[rait] les choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ou de leurs intérêts essentiels » (pt 35) (...) « Il appartient en effet aux États membres, qui ont à arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, de prendre les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées » (pt 36). On aurait pu penser qu'il en irait de même s'agissant du temps de travail.

L'arrêt de 2021 remet en cause cet équilibre, dans un domaine extrêmement sensible, notamment pour la France. Il a été rendu en réponse à une question préjudicielle posée par un juge slovène à propos d'un litige concernant le paiement d'heures supplémentaires, s'agissant de l'interprétation de l'article 2 de la directive de 2003. Celui-ci considère comme temps de travail « toute période durant laquelle le travailleur est au travail, à la disposition de l'employeur et dans l'exercice de son activité ou de ses fonctions, conformément aux législations et/ou pratiques nationales (...) ». Par ailleurs, l'article 2 de la directive n° 89/391/CEE précisait qu'elle n'était pas *applicable lorsque des particularités inhérentes à certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police, ou à certaines activités spécifiques dans les services de protection civile s'y opposent de manière contraignante* (nous soulignons).

Était en jeu, sur le fond, la compatibilité de règles du droit slovène concernant les « gardes », durant vingt-quatre heures sur sept jours, les temps de garde ne dépassant pas douze heures, le reste étant considéré comme de l'astreinte, et considérées comme « une mission de combat en temps de paix », alors que les règles sur l'astreinte des agents publics imposent un complément de salaire de 20 % dans les situations d'astreinte. Un militaire avait reçu un complément de 20 % pour huit heures par jour, et réclamait un complément, en raison de ce que la garde était, dans son entier, une astreinte.

Débouté par le juge, en première instance et en appel, sur le fondement des articles 2 de la directive de 1989 et 1^{er}, § 3, de la directive de 2003, il formait un « recours en révision » devant la Cour suprême de Slovénie qui, à son tour, posait la question préjudicielle visant à vérifier si l'article 2, § 2, de la directive de 1989 peut être invoquée pour un militaire en temps de paix et, en l'espèce, si l'activité de garde est exclue du champ de la directive.

2. Après un raisonnement dont chacun appréciera le degré de juridisme, la Cour considère finalement « qu'une activité de garde exercée par un militaire est exclue du champ d'application de cette directive :

- soit lorsque cette activité intervient dans le cadre de sa formation initiale, d'un entraînement opérationnel ou d'une opération militaire proprement dite,

- soit lorsqu'elle constitue une activité à ce point particulière qu'elle ne se prête pas à un système de rotation des effectifs permettant d'assurer le respect des exigences de ladite directive,
- soit lorsqu'il apparaît, au vu de l'ensemble des circonstances pertinentes, que cette activité est exécutée dans le cadre d'événements exceptionnels, dont la gravité et l'ampleur nécessitent l'adoption de mesures indispensables à la protection de la vie, de la santé ainsi que de la sécurité de la collectivité et dont la bonne exécution serait compromise si l'ensemble des règles énoncées par ladite directive devaient être respectées,
- soit lorsque l'application de ladite directive à une telle activité, en imposant aux autorités concernées de mettre en place un système de rotation ou de planification du temps de travail, ne pourrait se faire qu'au détriment du bon accomplissement des opérations militaires proprement dites ».

La Cour fait toutefois précéder cette conclusion d'une formule particulièrement ambiguë, sur le fondement de l'article 4, § 2, du TUE, qui dispose que l'Union respecte « les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale » et que « la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre ». Ce qui n'empêche pas la Cour d'ajouter qu'il n'en résulte pas que « les décisions des États membres relatives à l'organisation de leurs forces armées échapperaient au champ d'application du droit de l'Union, en particulier lorsque sont en cause des règles relatives à l'aménagement du temps de travail » et que : « bien qu'il appartienne aux seuls États membres de définir leurs intérêts essentiels de sécurité et d'arrêter les mesures propres à assurer leur sécurité intérieure et extérieure, y compris les décisions relatives à l'organisation de leurs forces armées, le seul fait qu'une mesure nationale a été prise aux fins de la protection de la sécurité nationale ne saurait entraîner l'inapplicabilité du droit de l'Union et dispenser les États membres du respect nécessaire de ce droit [...]. Il doit en aller de même des mesures nationales adoptées aux fins de la protection de l'intégrité territoriale d'un État membre » (pts 39 et 40).

3. L'Union européenne, par la voix de la grande chambre de la CJUE, respecte donc l'autonomie de « l'organisation de la sécurité nationale et des fonctions essentielles de l'État », mais cette autonomie est soumise au droit européen, par exemple en matière de droit du travail.

De là à conclure que le droit européen l'emporte sur les exigences nationales de sécurité ou les fonctions essentielles de l'État, que l'Union européenne ne respecterait donc plus, il n'y a qu'un pas, allègrement franchi d'ailleurs, même si la Cour ajoute que l'article 4, § 2, du TUE « requiert que l'application aux militaires des règles du droit de l'Union (...) ne soit pas de nature à entraver le bon accomplissement de ces fonctions essentielles (...) [et] ne sauraient être interprétées d'une manière telle qu'elles empêcheraient les forces armées d'accomplir leurs missions et qu'elles porteraient atteinte, par voie de conséquence, aux fonctions essentielles de l'État que sont la préservation de son intégrité territoriale et la sauvegarde de la sécurité nationale » (pt 43) avec un petit clin d'oeil à la France du fait de ses « responsabilités internationales particulières » (pt 44).

4. On pourrait penser que rien d'extraordinaire n'est apporté au quotidien des militaires, bien au contraire. Il ne s'agit pas, en effet, pour la CJUE, d'imposer les trente-cinq heures dans la mesure où la durée maximale prévue dans la directive est de quarante-huit heures par semaine, avec dérogations possibles. Mieux, il s'agirait de garantir le droit au repos, la santé et la sécurité des militaires(3).

5. Toutefois, la France et l'Espagne plaident pour une exclusion globale des militaires de la directive de 2003 et, de ce point de vue, c'est un échec dont il leur faudra maîtriser les enjeux et les conséquences : après tout, une interprétation ultérieure de la Cour pourrait retrancher tel ou tel point des exceptions qu'elle pose dans cet arrêt puisque le principe de la soumission de l'emploi des personnes dans la réalisation des fonctions essentielles de l'État est désormais soumis au droit de l'Union, ici le droit européen du travail : temps de travail, droit au repos, à la sécurité, à l'organisation syndicale, à des représentations professionnelles, droit de retrait pourquoi pas, etc., les idées pouvant surgir ne manquent pas.

6. Ce qui est sous-jacent dans l'arrêt tient au fait, en effet, que les militaires, et, par extension, l'agent assurant les fonctions essentielles de l'État, sont des travailleurs comme les autres. Il suffirait d'ailleurs de pointer la spécificité des policiers ou des pompiers (hors la Brigade des sapeurs-pompiers de Paris [BSPP], les Marins pompiers de Marseille ou les unités d'instruction et d'intervention de la sécurité civile [UISC]) pour considérer qu'en France des distinctions sont déjà opérées entre les « agents assurant des fonctions essentielles de l'État », selon qu'ils relèvent ou non du statut militaire, pour considérer que les militaires devraient être considérés

comme de tels agents, sauf à faire basculer tous les policiers dans le régime juridique, militaire, de la gendarmerie nationale et tous les pompiers dans le corps de la BSPP, ce qui ne manquerait pas de provoquer de sérieux mouvements d'humeur, preuve que la distinction entre ces catégories est, du point de vue de l'application du droit européen, une difficulté sérieuse.

Or les militaires, gendarmes, pompiers militaires, ne sont pas des « salariés » ou des « travailleurs » comme les autres, ni même des citoyens comme les autres. Ils ne sont pas titulaires d'une mission individuelle mais participent d'une organisation collective qui les dépasse, une organisation militaire dont la fonction est, précisément, d'assurer la continuité de l'efficacité de l'État et de ses citoyens en cas de conflit. Le militaire ne se découvre pas militaire du seul fait qu'une guerre se déclenche ou qu'il est envoyé sur un théâtre d'opérations. Pis, bien des militaires sont ou ont été militaires et aptes à assurer leur mission en temps de guerre sans jamais avoir participé au moindre acte de guerre : c'est même là tout l'enjeu de la formation et de la préparation, par ailleurs récemment « durcies » par le chef d'état-major de l'armée de terre en vue de l'éventualité de conflits de « haute intensité » qui bouscule d'ailleurs toute l'organisation des armées.

Formations initiale et continue, entraînements opérationnels, participation à des missions de guerre véritable, mises en alerte, à des missions de guerre en temps de paix, comme en font par exemple la démonstration des opérations Harpie, Sentinelle, des gardes armées des aviateurs ou des marins des forces sous-marines océaniques, etc., les cas de figure sont nombreux dans lesquels le militaire est en situation de disponibilité totale sans être dans une situation opérationnelle permanente.

7. L'arrêt du 15 juillet 2021 semble figer de manière abstraite ces cas de figure : il y aurait, d'une part, les militaires en formation, en préparation opérationnelle et en opération, auxquels la directive de 2003 ne s'applique pas, et, d'autre part, les autres situations, imposant d'appliquer les règles du droit européen, ici du travail. La distinction est catégorique : « certaines activités susceptibles d'être exercées par les membres des forces armées, comme celles liées notamment à des services d'administration, d'entretien, de réparation, de santé, de maintien de l'ordre ou de poursuite des infractions, ne sauraient être exclues, dans leur intégralité, du champ d'application de la directive 2003/88/CE » (pt 69). Pourquoi ? Parce qu'il « est constant que de telles activités relèvent, en principe, du champ d'application de cette directive lorsqu'elles sont exercées, dans des conditions similaires, par des travailleurs de la fonction publique n'ayant pas le statut de militaire » (pt 70).

Voilà donc la raison : parce qu'il *serait* évident que certaines activités exercées par des militaires pourraient être réalisées par des non-militaires, soumis à la directive de 2003. C'est un raisonnement de type concurrentiel, économique, posé en termes de substituabilité des fonctions. Or, cette analyse fait l'impasse sur la réalité profonde de la condition militaire, non concurrentielle. De ce point de vue, l'analyse proposée est inexacte. Un militaire est militaire, peu important son affectation qui peut être provisoire. Par exemple, les « services » d'une compagnie de commandement et de services, les militaires d'un état-major, les commissaires aux armées, les instructeurs, les militaires des écoles, etc., sont-ils en formation, en préparation opérationnelle, ou en opération ? Il faudrait distinguer donc selon que leurs fonctions pourraient être réalisées par des personnels non militaires. Le chauffeur du chef de corps, par exemple, ou son secrétariat, ce qui n'a aucun sens dès lors que leurs fonctions s'effectuent aussi bien en caserne que sur le terrain ou en opération. Que dire des membres du service de santé des armées, les régiments du matériel ou du service de fourniture de l'énergie, voire du train ou du génie ? Il existe bien des chauffeurs routiers, des conducteurs d'engins divers, des médecins et des infirmiers, des réparateurs et logisticiens en tous genres, etc. À bien des égards d'ailleurs, même les fonctions militaires proprement dites, celles des compagnies de combat, peuvent être réalisées par des « non-militaires ». La longue histoire des lettres de marque ou des mercenaires en témoigne. Tout cela n'a aucun sens : tous les militaires sont, quelle que soit leur fonction, des soldats, subissant des tests médicaux et sportifs réguliers et susceptibles d'affronter l'ennemi et la mort comme les plus aguerris : tout soldat, quel qu'il soit, est d'abord un soldat. Il est saisissant, par exemple, que, au Mali, les soldats comptant parmi les plus exposés aux engins explosifs improvisés (IED), subissant mort ou blessures graves, soient souvent les personnels des régiments du train ou du service de l'énergie opérationnelle, ou encore les infirmiers.

En aucun cas, le droit militaire ne pourrait être ramené à l'hypothèse d'une comparaison avec l'activité d'un non-militaire « dans des conditions similaires ». Il n'y a pas de situation similaire ou bien de manière très marginale, sauf à ignorer la spécificité de la condition militaire, du moins celle choisie par la France.

Cette spécificité militaire n'est aucunement prise en compte par la CJUE, de manière évidemment délibérée, voire méprisante, et on comprend assez bien la colère sourde des militaires et des autorités politiques en charge des questions de défense.

8. Emmanuel-Marie Peton définissait ainsi les éléments de la spécificité des militaires dans la revue *Inflexions*, en 2011(4). Si, juridiquement, la Constitution fait une distinction entre l'administration et l'armée, si, en outre, la « condition du militaire » fait l'objet de règles prévues dans le code de la défense, distincte du statut général des fonctionnaires, y compris pour assurer une protection juridique du militaire de tout grade, cette spécificité se trouve sans doute ailleurs, dans un certain nombre de signes, dont les traces peuvent être trouvées en observant les uniformes, qui le sont peu, bigarrés et différenciés par nombre de détails qui tous tendent à illustrer la formule de l'amiral Lanxade : « ce qui fonde la fonction militaire est l'acceptation par le soldat d'exposer délibérément sa vie dans des actions de combat pour la défense des intérêts majeurs de la Nation »(5). Le général Lecointre ajoutait, en outre, dans une interview, ce qui justifiait l'éthique particulière des militaires, que le militaire peut aussi bien recevoir que donner la mort, dans tous les compartiments de son activité, les actions de combat, de formation, ou d'entraînement. C'est sa condition et c'est ce qui justifie une doctrine éthique particulièrement exigeante.

9. L'action militaire n'est pas qu'un ensemble de traditions, de modes opératoires, de doctrines d'emploi ou d'exercice : elle est aussi l'objet d'un droit, le droit militaire, qui s'inscrit tout entier ou presque dans le code de la défense. Sans entrer dans les détails, l'article L. 1111-1 du code de la défense donne le ton : « La stratégie de sécurité nationale a pour objet d'identifier l'ensemble des menaces et des risques susceptibles d'affecter la vie de la Nation, notamment en ce qui concerne la protection de la population, l'intégrité du territoire et la permanence des institutions de la République, et de déterminer les réponses que les pouvoirs publics doivent y apporter ». Par ailleurs, les articles L. 4111-1 et suivants du code de la défense définissent le statut général des militaires, qui fonde le régime juridique de leur activité. Celle-ci se singularise par des pouvoirs exorbitants auxquelles correspondent des sujétions particulières. Ainsi, « l'état militaire exige en toute circonstance esprit de sacrifice, pouvant aller jusqu'au sacrifice suprême, discipline, disponibilité, loyalisme et neutralité. Les devoirs qu'il comporte et les sujétions qu'il implique méritent le respect des citoyens et la considération de la Nation » (C. défense, art. L. 4111-1), l'ensemble ne définissant pas un ordre juridique « autonome », mais soumis aux règles et procédures applicables à tous citoyens, quand bien même les militaires subiraient des sujétions ou des réserves particulières, dont le fameux « devoir de réserve » (C. défense, art. L. 4121-2). Cela étant, « l'esprit de sacrifice » est l'élément le plus singulier de la condition militaire. Il implique le respect des conditions d'entraînement, de préparation opérationnelle et surtout de l'engagement proprement dit, au feu, qui peut conduire le militaire, obéissant à un schéma plus vaste que lui, à ce que soit disposé de sa propre vie. Or cela vaut pour tous les militaires, les « militaires de carrière, aux militaires servant en vertu d'un contrat, aux militaires réservistes qui exercent une activité au titre d'un engagement à servir dans la réserve opérationnelle ou au titre de la disponibilité et aux fonctionnaires en détachement qui exercent, en qualité de militaires, certaines fonctions spécifiques nécessaires aux forces armées » (C. défense, art. L. 4111-2), sans aucune distinction selon les types de fonctions exercées.

10. Les hommages qui se succèdent en l'honneur des soldats blessés ou décédés en opération rappellent la réalité de cette singularité.

Comme l'écrit cependant le colonel Michel Goya(6), à propos des hommages rendus au caporal-chef Maxime Blasco, commando montagne du 7^e BCA, véritable et multiple héros, et pour conclure son hommage : « ce n'est pas parce que nos soldats tombent que nous perdons les guerres. Si nos soldats tombent, c'est parce que nous acceptons comme nation qu'ils prennent des risques, ce qui reste à ce jour le seul moyen de vaincre nos ennemis. Pour autant, ils sont peu nombreux ceux qui acceptent de pénétrer volontairement dans ces bulles de violence, quelques dizaines de milliers tout au plus. Ils constituent un trésor national qui mérite sans doute plus, plus de moyens, d'attention, de considérations. À tout le moins, le minimum est de ne pas attendre qu'ils soient tombés pour voir qu'ils sont grands ». On ne saurait mieux résumer l'âme de la singularité du militaire, français au moins, où se mêlent une tradition et une histoire militaire, l'idée noble de nation, la sélection de candidats héros qui le deviennent et l'ombre de la mort, crainte mais acceptée et honorée.

Or rien, dans la décision froide de la CJUE ne vient faire écho à cette réalité, sinon un regard de comptable, finalement assez médiocre.

Gageons que la France ne modifiera pas le code de la défense pour se soumettre à des injonctions qui ne servent ni la France ni l'Union européenne, ne serait-ce que parce que la libre disposition de la force armée constitue un principe à valeur constitutionnelle(7).

Mots clés :

UNION EUROPEENNE * Travail * Temps de travail * Aménagement * Militaire * Garde

(1) Aff. C-742/19, D. 2021. 1432, et 1664, entretien C. Legras ; AJDA 2021. 1535, et 1679, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic ; D. actu. 20 juill. 2021, obs. M.-C. de Montecler ; S. Robin-Ollivier, Le temps de travail des militaires en temps de paix, JCP 2021. 926.

(2) CJCE 11 mars 2003, aff. C-186/01, *Dory c/ Bundesrepublik Deutschland*, D. 2003. 2274, obs. M. Sousse ; AJDA 2003. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; AJFP 2003. 29, note P. Icard.

(3) Comp. S. Robin-Ollivier, *supra* note 1.

(4) E.-M. Peton, Droit et spécificité militaire, *Inflexions* 2011/3, n° 18, p. 203.

(5) J. Lanxade, Réflexion sur la fonction militaire dans la France d'aujourd'hui, *in* Les spécificités militaires, Les Cahiers de Mars 2009, n° 202, p. 48.

(6) Pour le caporal-chef M. Blasco, *in* lavoiedelepee.blogspot.com, 27 sept. 2021 et *Le Figaro*, 27 sept. 2021.

(7) V. Cons. const., 28 nov. 2014, n° 2014-432 QPC, D. 2014. 2411 ; AJDA 2015. 636, note H. Raimana Lallemand-Moe, et 2014. 2337 ; AJCT 2015. 98, obs. D. Dutrieux ; Constitutions 2015. 97, chron. O. Le Bot ; 27 févr. 2015, n° 2014-450 QPC, D. 2015. 492 ; AJDA 2015. 424 ; AJFP 2015. 244, comm. J.-C. Videlin.

Copyright 2021 - Dalloz – Tous droits réservés