

Le temps de travail des gendarmes... et des militaires : fin du débat

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⁾ imposant, en substance, l'application des dispositions de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 sur le temps de travail aux militaires aura fait couler beaucoup d'encre et aura inquiété jusqu'aux plus hautes instances de l'État.

La question était d'autant plus tendue qu'une action était pendante devant le Conseil d'État, visant à obtenir l'annulation d'une décision du ministre de l'intérieur rejetant la demande d'un gendarme visant à appliquer l'article 6 de la directive 2003/88/CE aux gendarmes et, par itération, aux militaires.

2. Pour aller à l'essentiel, l'arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2021⁽²⁾ rejette la demande, principalement parce que la réalité des conditions d'emploi, en termes de temps de travail, d'astreinte ou de repos, est conforme à la directive de 2003, tout en laissant supposer que, s'il n'en avait pas été ainsi, le Conseil aurait vraisemblablement mise en oeuvre la « clause de sauvegarde constitutionnelle » permettant de faire valoir des règles constitutionnelles sur des règles européennes.

L'arrêt, en effet, utilise des arguments juridiques complexes et subtils, voisins de ceux ayant déjà été mis en oeuvre dans l'arrêt *French Data Network* du 21 avril 2021⁽³⁾, concernant le sort des dispositions réglementaires adoptées en application des « lois renseignement » de 2015. Or cet arrêt a été rendu malgré l'arrêt *Quatradure du Net* de la CJUE du 6 octobre 2020 qui avait considéré que la loi renseignement de 2015 ne respectait pas les règles de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 dite « *ePrivacy* » ou le règlement général sur la protection des données (RGPD).

3. Comme l'arrêt du 21 avril 2021, l'arrêt étudié devait résoudre une difficulté normative de taille : si, en effet, le demandeur invoquait l'incompatibilité du droit interne avec une norme européenne interprétée par la CJUE, le défendeur faisait valoir, par une exception d'inconstitutionnalité, le fait que l'écart de la norme interne, *malgré la norme européenne*, aboutirait à priver de garanties effectives une des exigences constitutionnelles. « Concilier l'inconciliable »⁽⁴⁾, en quelque sorte, en suivant les recommandations du rapporteur public Alexandre Lallet⁽⁵⁾, visant à faire respecter la primauté du droit de l'Union européenne, telle qu'elle résulte de l'article 88-1 de la Constitution et de la jurisprudence bien connue de la Cour de justice, et donc l'obligation, pour les institutions internes, dont les juges, d'en assurer le plein effet, y compris en laissant inappliquée une disposition interne, « qu'elle résulte d'un engagement international de la France, d'une loi ou d'un acte administratif » (CE 17 déc. 2021, pt 8) qui lui serait contraire, tout en respectant la logique de hiérarchie des normes plaçant la Constitution, telle qu'interprétée par le Conseil constitutionnel, au-dessus de l'ensemble, la formule du Conseil d'État exceptant ses règles, ce qui place le droit de l'Union européenne en dessous des dispositions de la Constitution. Un bel exemple de théorie du droit appliquée, donc. Il existe ainsi des règles qui intègrent celles constituant « les principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France »⁽⁶⁾, qu'il faudrait donc sauvegarder et dont le Conseil offre deux éléments concrets, dans la décision *Air France* du Conseil constitutionnel du 15 octobre 2021, l'arrêt du Conseil d'État du 21 avril 2021 et celui ici étudié.

4. De cet ensemble, on mesure que la question de l'application de la directive 2003/88/CE s'impose *a priori*, y compris aux militaires, du fait de l'interprétation retenue par l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021. Il en résulte que celle-ci, et

notamment ses articles 5 et 6 sur le temps de repos et la durée maximale de travail, mais également l'ensemble de la jurisprudence européenne sur le temps d'astreinte, étant entendu que l'arrêt de 2021 a interprété très strictement l'article 2 de la directive-cadre 89/391/CEE écartant de son champ d'application « certaines activités spécifiques dans la fonction publique, par exemple dans les forces armées ou la police (...) ». Par conséquent, du point de vue du juge européen, interprétant les règles du droit de l'Union européenne, il ne fait pas de doute que le principe de l'application de la directive de 2003 s'impose (avec un certain nombre de réserves, V. *infra* n° 6).

Or, pour la France, cette application est inconciliable avec les exigences, posées par le droit français des forces armées, de disponibilité des militaires, quelle que soit leur spécialité. L'idée générale est que tous les militaires sont, d'abord, des militaires, quel que soit leur emploi : s'appliquent à eux toutes les règles du code de la défense, sans restriction, de sorte que, à tout moment, il peut être fait appel à l'un d'entre eux, et pas seulement les militaires des régiments de combat, pour effectuer une mission militaire, y compris les militaires des services de santé, de l'administration générale, des réservistes, des gendarmes, etc.

5. Il faudrait donc, en deuxième regard, une voie exceptionnelle pour l'éviter, ou bien celle du contrôle *ultra vires*, visant à considérer que le juge européen a manifestement excédé ses pouvoirs, à la manière des cours constitutionnelles tchèque, danoise ou allemande, ce qui aurait été ici très heureux, ou bien utiliser une voie moins brutale, celle de la « clause de sauvegarde » constitutionnelle.

C'est la voie qu'avait choisie le Conseil d'État le 21 avril 2021 en donnant corps de manière retentissante, et en l'inversant, à la « clause de sauvegarde » constitutionnelle de l'arrêt *Arcelor* ¶(7). L'idée, reprise dans l'arrêt étudié, consiste à considérer que l'article 88-1 confirme la place de la Constitution au sommet de l'ordre juridique français, de telle manière que le contrôle de légalité d'un acte administratif suppose ce double respect, ce qui conduit, en examinant la conventionnalité d'un acte administratif par rapport à une directive, par exemple, à contrôler la conformité de la directive elle-même avec les dispositions constitutionnelles françaises.

Si donc, une garantie constitutionnelle fait l'objet d'une protection équivalente en droit de l'Union européenne, le Conseil d'État saisi d'une demande visant à apprécier la conformité d'un acte, ou la loi qui en constitue la base légale, à une directive ou un règlement, tel qu'interprété par la CJUE, doit assurer son contrôle.

Lorsque, en revanche, le Conseil est saisi d'un moyen d'inconstitutionnalité, émanant du défendeur, c'est-à-dire de l'État, il doit rechercher si existe une règle ou un principe du droit de l'Union européenne qui « garantit par son application l'effectivité de l'exigence constitutionnelle invoquée » ; or, si une telle disposition n'existe pas, le juge doit « examiner si, en écartant la règle de droit national au motif de sa contrariété avec le droit de l'Union européenne, il priverait de garanties effectives l'exigence constitutionnelle dont le défendeur se prévaut et, le cas échéant, d'écarter le moyen dont le requérant l'a saisi » (CE 17 déc. 2021, pts 10 et 11).

6. Or, en l'espèce, le « tour de passe-passe » génial du Conseil repose sur deux considérations. La première est le principe de libre disposition des forces armées, résultant des termes de la Constitution et de décisions du Conseil constitutionnel ¶(8) dont découle l'obligation d'assurer la disponibilité de celles-ci, en tout temps et en tout lieu.

Par ailleurs, l'article 4, § 2, du Traité sur l'Union européenne (TUE) assure que le droit de l'Union respecte « l'identité nationale [des États membres] inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles (...), 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 », celle-ci étant de la « seule responsabilité des États membres ».

Or l'arrêt de la CJUE du 15 juillet 2021 a considéré que l'article 4, § 2, du TUE « n'a pas pour effet d'exclure l'aménagement du temps de travail de l'ensemble des militaires du champ d'application du droit de l'Union » (pt 46),

tout en réservant de nombreuses précautions en pratique (pts 71 s.), notamment le fait qu'il n'est pas question de faire obstacle à l'accomplissement des missions des forces armées, concluant que les militaires en formation initiale, en préparation opérationnelle ou en opération sont exemptés de la directive de 2003, à la différence de « 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 », qui ne sauraient en être exclues, les gendarmes, donc, en particulier.

On saisit alors que c'est à ce stade, comme dans l'arrêt du 21 avril 2021, que la tentation du contrôle *ultra vires* de la décision de la Cour de justice se présente. En considérant que la formule de l'article 4, § 2, du TUE, et notamment les termes « le droit d'Union européen *respecte* (...) », comme ne signifiant pas que le droit de l'Union européenne *excepte* de son champ d'application ce qui relève de l'identité nationale de la sécurité nationale ou des fonctions essentielles de l'État, la Cour de justice aurait manifestement abusé de son pouvoir. Cette voie a été écartée par le juge interne, ne serait-ce que pour ne pas donner le sentiment de participer à la critique juridictionnelle du droit de l'Union européenne, à la manière polonaise notamment. La technique de la « clause de sauvegarde » a donc été considérée comme plus subtile et permet de conserver l'hypothèse encore plus exceptionnelle du contrôle *ultra vires*.

7. Tout l'enjeu pour le Conseil d'État consistait alors, avant d'envisager d'appliquer la clause de sauvegarde, de vérifier si les exigences, constitutionnelles, de garantie de disponibilité des forces armées, rencontraient, ou non, une protection équivalente en droit de l'Union européenne et, donc, vérifier que la directive 2003/88/CE assurait la mise en oeuvre de cette garantie et, préalablement, à mesurer l'importance de l'exigence de « disponibilité » des forces armées, dont la gendarmerie nationale (C. défense, art. L. 3211-1). Il est, d'abord, remarquable que le Conseil d'État ait validé l'importance de cette exigence, pas simplement pour les gendarmes, mais, plus globalement, pour toutes les composantes des forces armées.

La gendarmerie nationale exerce des activités civiles et militaires, notamment au sein de la gendarmerie départementale, et les conditions d'emploi, ou de « travail », sont fixées par une instruction (provisoire) du 8 juin 2016, déterminant temps de travail, astreinte et repos. Militaires, ils répondent aux exigences de tous les militaires, fixées notamment à l'article L. 4111-1 du code de la défense, dont « l'esprit de sacrifice » et la « disponibilité » en toute circonstance. Précisons, d'ailleurs, que la gendarmerie nationale exerce trois missions principales, la gendarmerie mobile, garante du maintien de l'ordre, la gendarmerie prévôtale, qui est l'équivalent de la « police militaire » dans d'autres systèmes, et la gendarmerie départementale, qui assure diverses missions, dont celle de police judiciaire, de sécurité publique, de protection de la population, de renseignement et de défense opérationnelle du territoire (C. défense, art. L. 3211-3 et R. 1421-1).

Ou bien alors, les exigences de disponibilité, relevant d'une exigence de niveau constitutionnel, ne bénéficient pas de garantie équivalente en droit de l'Union européenne, et le Conseil d'État peut suivre la solution retenue dans l'arrêt *French Data Network*, pour, *via* la « clause de sauvegarde », écarter la règle européenne au profit d'un contrôle de constitutionnalité, ou bien, au contraire, une telle protection équivalente existe, permettant alors d'apprécier la conventionnalité de l'acte, sans retenir l'exception d'inconstitutionnalité soulevée.

Très astucieusement, le Conseil se livre à une analyse précise, d'une part, de l'activité réelle des gendarmes et, d'autre part, de la conformité de celle-ci, à l'aune de l'instruction de 2016, avec les dispositions des articles 2, 5 et 6 de la directive de 2003, en termes de temps de travail, d'astreinte et de repos, pour constater que le droit français du travail de la gendarmerie s'inscrit dans le cadre de ces règles : la lecture de l'arrêt est, de ce point de vue, parfaitement claire (CE 17 déc. 2021, pts 26 s.).

8. La solution retenue par le Conseil d'État est habile et préserve l'avenir. En effet, le Conseil d'État n'affronte pas brutalement les règles du droit de l'Union européenne, comme il l'avait fait dans l'arrêt *French Data Network* pour

assurer la préservation des règles françaises sur la collecte et la conservation des données de connexion.

Dans le même temps, le point de départ de l'arrêt en reprend les termes, notamment s'agissant de l'application possible de la clause de sauvegarde, de manière suffisamment longue, didactique et détaillée (CE 17 déc. 2021, pts 7 à 17), pour que ce ne puisse être considéré comme une simple coquetterie, bien qu'il n'ait pas à en mettre en oeuvre le résultat.

On peut interpréter cette prise de position liminaire pour ce qu'elle est : une sauvegarde. Si, par extraordinaire, le Conseil d'État avait été conduit à considérer que le temps de travail des gendarmes n'avait pas respecté les règles minimales posées par la directive de 2003, on peut penser que la clause de sauvegarde aurait été activée, en raison de l'exigence, constitutionnelle, de disponibilité des militaires, consacrée au passage comme dérivée du principe de libre disponibilité des forces armées.

9. On peut estimer alors, par itération, que l'arrêt du Conseil d'État du 17 décembre 2021 clôt définitivement le débat sur le temps de travail des militaires, tous les militaires.

En effet, les militaires en formation initiale, en préparation opérationnelle et en opération sont déjà exclus de l'application de la directive de 2003 par l'arrêt de la CJUE, outre les exceptions qu'il ajoute, dont, par exemple, le fait d'effectuer des activités particulières ne se prêtant pas à un système de rotation des effectifs respectant la directive, l'exercice d'activité en cas d'événements exceptionnels dont la gravité impose des mesures qui lui seraient contraires, ou encore lorsqu'un tel système de rotation des effectifs nuirait au bon accomplissement des opérations militaires (CJUE 15 juill. 2021, pt 88).

Restent alors « 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 » (CJUE 15 juill. 2021, pt 69), susceptibles de se voir appliquer ses dispositions parce que, par comparaison, « 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).

Le Conseil d'État, précisément pour de telles activités, celles des gendarmes départementaux, dont on peut penser qu'ils sont en « concurrence » avec les policiers nationaux, considère que les dispositions de la directive de 2003 sont respectées, de sorte qu'il n'est pas besoin de se prononcer sur le bien-fondé de l'exception d'inconstitutionnalité (CE 17 déc. 2021, pt 44) ; à défaut donc, il aurait été nécessaire de mettre en oeuvre la clause de sauvegarde et de substituer le contrôle de constitutionnalité à celui de conventionnalité. Parmi ces activités, les « services d'administration », de « santé », etc., sont composées de militaires, soumis à l'exigence de disponibilité. Chacun de ces militaires sait qu'il peut, au nom de cette exigence, être soustrait à son activité principale, qui peut n'être pas immédiatement opérationnelle, pour être versé dans une position de combattant ou versé dans une situation opérationnelle de manière plus large. Dans le même temps, il est évident que toute l'organisation militaire fonctionne en tenant compte des impératifs de repos, de suractivité, etc., ne serait-ce que parce qu'un militaire fatigué n'est guère utile ou efficace. Il est cependant impossible en pratique de diviser les militaires en deux catégories administratives, celle des militaires susceptibles d'être soumis à la directive de 2003 et ceux qui en seraient exclus. Outre le fait que les effectifs militaires ne pourraient alors faire face à leurs missions, c'est toute l'architecture, voire l'esprit même de la conception constitutionnelle, légale et, surtout historique, de la fonction militaire qui en serait bouleversée. L'exigence de disponibilité, placée ainsi en avant, associée à l'hypothèse de la clause de sauvegarde, repousse les conséquences de l'application de la directive de 2003, tout en plaçant sous la responsabilité des autorités militaires le souci de l'emploi de ses forces.

Mots clés :

ARMÉE-DEFENSE NATIONALE * Gendarmerie départementale * Temps de travail * Plafond de quarante-huit

(1) CJUE 15 juill. 2021, aff. C-742/19[☞], *B.K. c/ Republika Slovenija (Ministrstvo za obrambo)*, D. 2021. 1996[📖], note D. Mainguy[📖], et 1664, entretien C. Legras[📖] ; AJDA 2021. 1535[📖], et 1679, chron. P. Bonneville, C. Gänser et A. Iljic[📖] ; AJFP 2021. 322[📖] ; D. actu. 20 juill. 2021, obs. M.-C. de Montecler ; Europe 2021. Comm. 349, obs. L. Driguez ; Dr. adm. 2021. Comm. 39, obs. J.-C. Videlin, C. Gänser et A. Iljic ; S. Robin-Ollivier, Le temps de travail des militaires en temps de paix, JCP 2021. 926.

(2) Arrêt commenté, D. actu. 5 janv. 2022, obs. E. Maupin. V. aussi S. Robin-Ollivier, Désamorcer le conflit entre droit de l'UE et droit constitutionnel en renforçant le pouvoir des juges nationaux, JCP 2022. 49, à propos de la décision du Conseil d'État du 17 déc. 2021 sur le temps de travail dans la gendarmerie.

(3) CE, ass., 21 avr. 2021, n° 393099[📖], *French Data Network et autres*, D. 2021. 1268[📖], note T. Douville et H. Gaudin[📖], et 1247, point de vue J. Roux[📖] ; AJDA 2021. 828[📖], et 1194[📖], chron. C. Malverti et C. Beaufiles[📖] ; AJ pénal 2021. 309, chron. A. Archambault[📖] ; Dalloz IP/IT 2021. 408, obs. B. Bertrand et J. Sirinelli[📖] ; Légipresse 2021. 253[📖] ; RFDA 2021. 421, concl. A. Lallet[📖], et 570, chron. A. Roblot-Troizier[📖] ; RTD eur. 2021. 349, étude L. Azoulai et D. Ritleng[📖].

(4) V. F.-X. Bréchet, De l'art de concilier l'inconciliable, La Constitution, le droit de l'Union et les données de connexion, RTD eur. 2021. 637[📖].

(5) Concl. A. Lallet, *supra* note 3.

(6) V. M. Blanquet, La protection de l'identité constitutionnelle de la France, *in* La Constitution européenne de la France, Dalloz, 2017 ; F.-X. Millet, L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres, LGDJ, 2013. *Adde* Cons. const. 10 juin 2004, n° 2004-496 DC[☞], D. 2005. 199[📖], note S. Mouton[📖], 2004. 1739, chron. B. Mathieu[📖], 3089, chron. D. Bailleul[📖], et 2005. 1125, obs. V. Ogier-Bernaud et C. Severino[📖] ; AJDA 2004. 1534[📖], note J. Arrighi de Casanova[📖], 1937[📖], note D. Chamussy[📖], 1385, tribune P. Cassia[📖], 1497, tribune M. Verpeaux[📖], 1537, note M. Gautier et F. Melleray[📖], et 2261, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert[📖] ; RFDA 2004. 651, note B. Genevois[📖], et 2005. 465, étude P. Cassia[📖] ; RTD civ. 2004. 605, obs. R. Encinas de Munagorri[📖] ; RTD eur. 2004. 583, note J.-P. Kovar[📖], et 2005. 597, étude E. Sales[📖] ; 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, D. 2007. 1760[📖], note M. Verpeaux[📖], et 1166, obs. L. Gay[📖] ; AJDA 2007. 192[📖] et 473[📖], notes G. Marcou[📖], et 2006. 2437, chron. L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit[📖] ; RFDA 2006. 1163, note R. de Bellescize[📖], 2007. 564, note A. Levade[📖], et 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier[📖] ; 15 oct. 2021, n° 2021-940 QPC, D. 2022. 50[📖], note J. Roux[📖] ; AJDA 2022. 172[📖], note J. Petit[📖], et 2021. 2060[📖].

(7) CE, ass., 8 févr. 2007, n° 287110[☞], *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine*, Lebon 55, concl. M. Guyomard[📖] ; D. 2007. 2272[📖], note M. Verpeaux[📖], 1166, obs. L. Gay[📖], et 2742, chron. P. Deumier[📖] ; AJDA 2007. 577[📖], chron. F. Lenica et J. Boucher[📖], et 1097, tribune P. Cassia[📖] ; RDI 2007. 130, obs. L. Fonbaustier[📖] ; RFDA 2007. 384, concl. M. Guyomar[📖], 564, note A. Levade[📖], 578, note X. Magnon[📖], 596, chron. T. Rambaud et A. Roblot-Troizier[📖], 789, note M. Canedo-Paris[📖], et 2008. 780, chron. T. Haas et C. Santulli[📖] ; Constitutions 2010. 58, obs. A. Levade[📖] ; RTD civ. 2007. 299, obs. P. Rémy-Corlay[📖] ; RTD eur. 2007. 378, note P. Cassia[📖], et 2008. 835, chron. D. Ritleng,

A. Bouveresse et J.-P. Kovar .

(8) 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 2022 - Dalloz – Tous droits réservés