

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

La condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme de l'interdiction absolue faite aux militaires en activité de constituer des groupements professionnels ou d'adhérer à de tels groupements (CESDH 2 octobre 2014, *Adefdromil c. France* - 32191/09 ; *Matelly c. France* - 10609/10) a conduit le législateur à reconnaître aux militaires, par une loi (2015-917) du 28 juillet 2015, le droit de s'associer pour défendre leurs intérêts professionnels tout en adaptant l'exercice de ce droit aux spécificités des missions incombant aux forces armées.

La reconnaissance de ce droit et ses limites résultent des 3^{ème} et 4^{ème} alinéas de l'article L. 4121-4 du code de la défense, qui, en substance, interdisent la constitution de groupements professionnels militaires à caractère syndical ainsi que l'adhésion des militaires en activité à des groupements professionnels, à l'exception des associations professionnelles nationales de militaires régies par les articles L. 4126-1 et suivants qui forment le chapitre VI du titre II du statut général des militaires et, en tant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions du titre Ier de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (art L. 4126-1). Ces associations, qui sont composées exclusivement de militaires en activité¹, « *ont pour objet de préserver et de promouvoir les intérêts des militaires en ce qui concerne la condition militaire* » (al 1^{er}). Elles sont les seules habilitées à défendre les intérêts des militaires en activité et ces derniers ne peuvent défendre collectivement leurs intérêts professionnels qu'à travers elles.

En plus des actions contentieuses qu'elles peuvent former contre les actes réglementaires relatifs à la condition militaire et contre les décisions individuelles portant atteinte aux intérêts collectifs de la profession (art L. 4126-3), elles peuvent défendre les intérêts de leurs membres en participant au dialogue social et institutionnel inter-armées. L'article L. 4126-9 dispose ainsi que « *Les associations professionnelles nationales de militaires représentatives ont qualité pour participer au dialogue organisé, au niveau national, par les ministres de la défense et de l'intérieur ainsi que par les autorités militaires, sur les questions générales intéressant la condition militaire. / Elles sont appelées à s'exprimer, chaque année, devant le Haut Comité d'évaluation de la condition militaire. Elles peuvent, en outre, demander à être entendues par ce dernier sur toute question générale*

¹ Sur cette condition, voyez votre décision du 26 septembre 2016, *ADEFDROMIL*, n° 393738, aux T.

intéressant la condition militaire. » « Les associations professionnelles nationales de militaires ou leurs unions et fédérations reconnues représentatives d'au moins trois forces armées autres que les services de soutien mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 3211-1 et de deux formations rattachées ou services de soutien mentionnés au dernier alinéa de l'article L. 3211-1 » peuvent en outre siéger au Conseil supérieur de la fonction militaire » (art L. 4126-8 II). La participation des associations professionnelles nationales de militaires au dialogue social est donc réservée aux associations représentatives. Les conditions de leur représentativité sont fixées par les dispositions du I de l'article L. 4126-8 qui prévoient, outre le respect de leurs obligations légales, une transparence financière et une ancienneté minimale d'un an, « une influence significative, mesurée en fonction de l'effectif des adhérents, des cotisations perçues et de la diversité des groupes de grades mentionnés aux 1° à 3° du I de l'article L. 4131-1 représentés. » (4°). Le législateur a renvoyé à un décret en Conseil d'Etat le soin de déterminer « les seuils à partir desquels les associations satisfont à la condition de représentativité prévue » par ces dispositions (art L. 4126-10 2°).

Ce qui fut fait par le décret 2016-1043 du 26 juillet 2016, dont les dispositions sont codifiées aux articles R. 4126-6 et suivants du code de la défense. Le premier de ces articles fixe les conditions pour qu'une association professionnelle nationale de militaires soit regardée comme bénéficiant d'une influence significative au sens des dispositions législatives précitées, tandis que l'article suivant pose les conditions supplémentaires qu'elle doit satisfaire pour pouvoir être représentée au Conseil supérieur de la fonction militaire. Les modalités d'application de ces dispositions, comme de toutes celles du chapitre VI consacré aux associations professionnelles nationales de militaires, sont précisées par un arrêté du ministre de la défense (art R. 4126-17).

C'est dans ce cadre normatif que le ministre de la défense a pris le 21 octobre 2016 un arrêté fixant les critères et les modalités de constatation de la représentativité des associations professionnelles de militaires, que l'APNM Marine vous demande d'annuler pour excès de pouvoir.

La recevabilité de l'association requérante, tant au regard de sa composition que de l'objet de l'acte attaqué, ne fait aucun doute.

Vous écarterez sans difficulté son premier moyen, tiré du défaut de consultation préalable du conseil supérieur de la défense militaire, qui est inopérant. En effet, les seuls projets d'actes réglementaires dont cet organe doit être obligatoirement saisi pour avis sont, aux termes du 4° de l'article R. 1424-1 du code de la défense, ceux « portant sur les dispositions indicielles ou indemnitaires relatives aux militaires », ce qui n'est pas le cas de l'arrêté attaqué.

Les autres moyens portent sur la légalité interne des articles 1^{er} à 3 de l'arrêté. Plus précisément, ils visent l'article 3 qui prévoit une constatation de la représentativité par une commission à partir notamment de listes d'adhérents transmises par les associations demandant la reconnaissance de leur représentativité et de formulaires de prise en compte d'adhésion remplis par chaque adhérent. Pour l'association requérante, cette obligation de communiquer les noms des adhérents d'une part porterait atteinte aux libertés d'association et d'opinion, garanties tant par la Constitution que par les articles 8, 10 et 11 de la ConvHSDH et par la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association, d'autre part méconnaîtrait, en ce qu'elle mettrait en place un traitement de données personnelles, les dispositions de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique et aux libertés. Ces moyens sont soulevés à la fois à

l'encontre de l'arrêté attaqué et, par voie d'exception, à l'encontre des articles R. 4126-6 à 8, au cas où vous estimeriez que l'arrêté se borne sur ces points à préciser les modalités d'application du décret de 2016.

Telle est en effet notre lecture de ces dispositions. L'article 1^{er} de l'arrêté litigieux prévoit qu'en cas d'adhésion à plusieurs associations professionnelles nationales de militaires, le militaire doit choisir l'association habilitée à prendre en compte son adhésion pour le calcul de représentativité et, pour déclarer son choix, doit envoyer à l'association professionnelle choisie le formulaire en annexe, qui indique son nom, son grade et son choix, laquelle doit le transmettre à la commission en application de l'article 2.

Cette obligation pour le militaire de déclarer l'adhésion de son choix résulte directement des articles R. 4126-6, dont l'alinéa 9 dispose que « *Lorsque le militaire adhère à plusieurs associations professionnelles nationales de militaires, une seule adhésion, de son choix, est comptabilisée, dans les conditions fixées par l'arrêté prévu à l'article R. 4126-17* » et R. 4126-8 qui précise que « *Le nombre d'adhérents déclarés par les associations est préalablement vérifié par la commission prévue à l'article R. 4124-22.* »

Les dispositions contestées de l'article 3 de l'arrêté sont celles qui prévoient que « *I - Les associations professionnelles nationales de militaires ou fédérations ou unions qui demandent la reconnaissance de leur représentativité doivent transmettre au secrétariat général du Conseil supérieur de la fonction militaire dans les deux mois suivant la publication des effectifs de référence conformément à l'article R. 4126- 6 du code de la défense : 1° Les listes d'adhérents de chaque association professionnelle nationale de militaires détaillant le grade, les nom et prénoms, la force armée ou la formation rattachée et le numéro identifiant défense (NID) de chaque adhérent ; 2° Les formulaires en annexe dûment complétés par chacun des militaires ou des réservistes ayant souscrit un contrat d'engagement en cas d'adhésion à plusieurs associations professionnelles nationales de militaires ; (...)* III - *Les effectifs militaires gérés par chaque force armée et formation rattachée appréciés au 1er janvier de l'année de renouvellement du Conseil supérieur de la fonction militaire et répartis par groupes de grades de la hiérarchie militaire (officiers, sous-officiers ou officiers marinières et militaires du rang) sont transmis au secrétariat de la commission par la direction des ressources humaines du ministère de la défense. IV. - A l'issue de ses contrôles, la commission transmet la liste des associations professionnelles nationales de militaires, ou fédérations ou unions, représentatives au ministre de la défense qui prend l'arrêté prévu à l'article R. 4126-8 du code de la défense.* »

Le lien entre ces dispositions et celles des articles R. 4126-6 à 8 du code de la défense est moins direct que pour l'article 1^{er}. En effet, aucune disposition du décret de 2016 ne prévoit expressément la transmission par les associations professionnelles de la liste de leurs adhérents, comme le fait le 1^o de l'article 3 de l'arrêté litigieux.

Toutefois, le décret rappelle que la représentativité est appréciée au regard de l'effectif des adhérents et de leur répartition dans chacun des groupes de grade. Ces critères figurent déjà à l'article L. 4126-8. Ils sont la conséquence de la volonté très claire du législateur d'éviter toute politisation de l'armée ainsi que tout corporatisme par grade. Ainsi, a été d'une part exclue la modalité ordinaire de mesure de la représentativité syndicale par l'élection, d'autre part prévue la diversité des groupes de grades représentés. Mais ils n'impliquent pas nécessairement que les associations transmettent la liste de leurs adhérents, puisqu'on pourrait

imaginer un système purement déclaratif, à la fois du nombre d'adhérents et de leur répartition dans les différents groupes de grades.

En revanche, cette transmission apparaît indispensable lorsqu'un contrôle est prévu. Or ce contrôle est prévu par l'article R. 4126-8, que nous avons déjà cité, qui dispose que « *le nombre d'adhérents déclarés par les associations est préalablement vérifié par la commission prévue à l'article R. 4124-22. Le traitement des informations contenues dans les listes d'adhérents ainsi que la conservation de ces informations sont assurés dans le respect des obligations de sécurité et de confidentialité prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.* » Ce contrôle n'est pas prévu par la loi, de sorte que le décret doit bien être regardé comme la source de l'obligation contestée de transmission des données nominatives des adhérents des associations et de leur contrôle par la commission, dont l'arrêté ne fait que préciser des modalités qui ne sont pas, par elles-mêmes, contestées.

Si vous partagez cette analyse, vous jugerez que les différents moyens critiquant cette obligation de communication des données nominatives des adhérents des associations ne peuvent être utilement soulevés à l'encontre de l'arrêté attaqué mais peuvent l'être, par voie d'exception, à l'encontre des articles R. 4126-6 et suivants qui en constituent la base légale.

Avant de les examiner, vous devrez répondre au moyen tiré de ce que le pouvoir réglementaire n'était pas compétent pour imposer un contrôle administratif de l'identité des adhérents des associations professionnelles.

Il s'agit assurément du plus délicat de ce recours. L'article 5 de la loi du 1^{er} juillet 1901 ne prévoit la déclaration que des « *noms, professions et domiciles et nationalités de ceux qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'administration* » de l'association qui entend obtenir la capacité juridique. Vous avez jugé « que la communication à l'autorité communale d'une liste nominative des adhérents d'une association, même subordonnée comme en l'espèce à l'interdiction faite à la commune d'en prendre copie, méconnaît le principe de la liberté d'association, lequel a valeur constitutionnelle » (28 mars 1997, *M. S...*, n° 182912, au rec). Un an auparavant, vous aviez, toujours sur le fondement de la liberté d'association, interprété l'article L. 52-5 du code électoral qui interdisait à un candidat d'être membre de sa propre association de financement électoral comme ne s'appliquant qu'aux membres des organes d'administration et de direction de l'association, qui étaient les seuls à figurer dans la déclaration prévue par les dispositions précitées de la loi de 1901 (Ass, avis, 5 février 1996, *B...*, n° 176197).

L'obligation de communiquer les noms des adhérents d'une association porte donc atteinte à la liberté constitutionnelle d'association et, de ce fait, seul le législateur, compétent pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (art 34 Constitution), devrait avoir le pouvoir de l'instituer. Votre jurisprudence comporte de nombreuses illustrations de ce que des dispositions imposant des obligations non prévues par la législation sur les associations ne peuvent être édictées que par la loi ou sur habilitation législative (19 décembre 1986, *Darmon*, p. 284 ; Ass, 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne, Isle et Dordogne Maritimes*, n° 75544, p. 448 ; 25 mars 1988, *sté centrale canine pour l'amélioration des races de chiens en France*, n° 65175, p. 132 ; 20 septembre 1991, *min des aff sociales*, n° 121833). Le Conseil constitutionnel contrôle pour sa part que les limitations portées par la loi à la

liberté constitutionnelle d'association soient proportionnées aux buts en vue desquels elles sont instituées.

En l'espèce, nous l'avons vu, le législateur n'a ni prévu ni expressément habilité le pouvoir réglementaire à prévoir des modalités de contrôle des effectifs des associations professionnelles nationales de militaires susceptibles de porter atteinte à la liberté d'association.

Nous pensons néanmoins que vous pourrez admettre la compétence du pouvoir réglementaire pour définir comme il l'a fait les modalités d'appréciation de la représentativité des associations professionnelles nationales de militaires, pour deux raisons.

La première est que ces associations professionnelles de militaires ne bénéficient pas intégralement du régime de liberté de la loi de 1901 et de sa consécration constitutionnelle. L'article L. 4126-1 du code de la défense dispose qu'elles « *son régies par le présent chapitre et, en tant qu'elles n'y sont pas contraires, par les dispositions du titre Ier de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association (...)* ». Les garanties de la liberté d'association peuvent donc faire l'objet de limitations particulières, afin de tenir compte des spécificités des missions des forces armées, comme l'a reconnu la Cour européenne des droits de l'homme par les arrêts précités, entre autres. Certes, la possibilité d'imposer des restrictions particulières à une liberté est a priori sans incidence sur la répartition des compétences constitutionnelles pour le faire. Mais la compétence du législateur en matière de libertés publiques étant une garantie de cette liberté, il nous semble possible d'admettre qu'elle soit moins forte dans un domaine où l'exercice de la liberté est fortement encadré, à tel point que les garanties de son régime juridique de droit commun ne sont applicables que de manière subsidiaire. En d'autres termes, les associations professionnelles nationales de militaires ne sont pas des associations de droit commun et la liberté de les créer et d'y adhérer n'est pas aussi étendue ni de même valeur que la liberté d'association dont jouissent les citoyens.

La seconde est que, dans ce contexte particulier, le législateur a prévu l'intervention du pouvoir réglementaire pour définir les modalités d'appréciation d'une représentativité mesurée en fonction de l'effectif des adhérents et de la diversité des groupes de grades représentés. En prévoyant qu'elle serait mesurée, le législateur nous semble avoir nécessairement envisagé qu'elle serait aussi contrôlée et non subordonnée aux seules déclarations non vérifiables des associations candidates. Le rapport du Président Pêcheur, sur la base duquel a été élaborée la loi de 2015, soulignait la nécessité de veiller à un contrôle rigoureux du nombre d'adhérents déclarés. Or la seule manière de contrôler les effectifs d'un groupement et la répartition de ces effectifs entre les différents groupes de grade est d'avoir communication des données relatives à l'identité et au grade des adhérents. Les cotisations perçues, outre qu'elles ne sont pas toujours à jour, ne permettent notamment pas de vérifier ce dernier point.

Nous pensons donc que, dans le cadre normatif particulier de ces associations, le législateur peut être regardé comme ayant habilité le pouvoir réglementaire à organiser les modalités d'un contrôle de la représentativité des associations professionnelles au regard de leurs effectifs et de la répartition de ceux-ci entre les différents grades.

Si vous nous suivez jusque là, vous devrez ensuite vérifier que les dispositions instituées pour ce faire n'ont pas porté une atteinte excessive aux libertés d'opinion et d'association, garanties tant par le droit interne que par les stipulations précitées de la

ConvESDH. Comme nous l'avons dit, ces libertés sont reconnues aux militaires, même si elles peuvent faire l'objet de limitations particulières qui doivent toutefois être justifiées par les nécessités des missions des forces armées et proportionnées à ces dernières.

Nous pensons que tel est le cas. D'une part, le choix, au demeurant législatif, de ne pas mesurer la représentativité des associations professionnelles par l'organisation d'élections est dicté par le souci légitime de ne pas porter atteinte à la cohésion et à l'unité des forces armées en introduisant des mécanismes susceptibles d'être des facteurs de corporatisme, de localisme voire, selon les mots du président Pêcheur, de « lutte des classes ». Sa conséquence, qui est de mesurer la représentativité au regard des effectifs et de leur répartition entre plusieurs groupes de grades, implique nécessairement un contrôle nominatif des adhérents, sauf à prévoir un système exclusivement déclaratif qui, par l'impossibilité de tout contrôle, ne permet pas de garantir la réalité de la représentativité.

D'autre part, la mise en œuvre de ce contrôle est entourée de garanties propres à éviter qu'il soit utilisé à d'autres fins que la mesure de la représentativité des associations, par exemple pour connaître les opinions des adhérents, ce qui porterait une atteinte inadmissible à leurs libertés fondamentales. Le contrôle est, en application de l'article R. 4126-8, effectué par la commission prévue par l'article R. 4124-22. *« Présidée par un conseiller d'Etat et comprenant le secrétaire général du Conseil supérieur de la fonction militaire, un membre du corps militaire du contrôle général des armées, un officier, un sous-officier ou officier marinier et un militaire du rang désignés par le ministre de la défense »*, cette commission est indépendante et non, comme l'affirme l'association requérante, placée sous l'autorité du ministre de la défense. Certes, l'article 3 de l'arrêté attaqué dispose que les listes d'effectifs sont *« transmis au secrétariat de la commission par la direction des ressources humaines du ministère de la défense »* et que *« le secrétariat de la commission (...) est assuré par le secrétariat général du Conseil supérieur de la fonction militaire »*. Mais ces dispositions n'impliquent pas que les données nominatives soient portées à la connaissance du secrétariat. Il suffit d'organiser leur communication sous pli fermé à la commission qui prendra seule connaissance de son contenu.

D'autres modalités de contrôle étaient certes envisageables. Le rapport Pêcheur évoquait ainsi un contrôle par des commissaires aux comptes, le contrôle général des armées ou l'inspection générale des armées, tout en privilégiant celui qui a été finalement retenu par le pouvoir réglementaire et qui nous paraît effectivement celui qui comporte le plus de garantie de confidentialité des données nominatives.

Précisons enfin que l'atteinte que représente cette obligation de transmission à la liberté d'association est elle-même limitée puisqu'elle ne fait pas obstacle à la création de l'association mais seulement à sa participation aux instances de dialogue social, si elle est représentative. Cette atteinte, justifiée par les contraintes inhérentes aux spécificités des missions des forces armées, est ainsi circonscrite à ce que ces contraintes exigent et proportionnée à celles-ci.

Vous aurez moins de difficultés à écarter le dernier moyen tiré de ce que les dispositions de l'article R 4126-8 institueraient un traitement de données à caractère personnel prohibé par l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Il est en effet inopérant dès lors que l'article R. 4126-8 ne crée aucun fichier mais prévoit seulement que *« le traitement des informations contenues dans les listes d'adhérents*

ainsi que la conservation de ces informations sont assurés dans le respect des obligations de sécurité et de confidentialité prévues par la loi du 6 janvier 1978 (...) ».

Ce traitement a été créé par un arrêté du 21 juillet 2016 « portant création, par la direction des ressources humaines du ministère de la défense, d'un traitement automatisé de données à caractère personnel relatif au suivi et au contrôle des listes d'adhérents des associations professionnelles nationales de militaires ou fédérations ou unions ». L'association requérante soutient, à l'appui de ses conclusions en annulation de l'arrêté attaqué, que ce traitement, qui a simplement été déclaré à la CNIL, devait être autorisé car il porte sur des données personnelles sensibles au sens de l'article 8 de la loi de 1978, qui vise notamment « l'appartenance syndicale des personnes ».

Même si les associations professionnelles nationales de militaires ne sont pas des syndicats, elles ont pour objet de défendre les intérêts professionnels des militaires, éventuellement contre les autorités hiérarchiques. A ce titre, la liberté d'adhésion à ces associations, qui est le seul moyen offert aux militaires de défendre leurs intérêts professionnels, doit être garantie contre tout risque de discrimination du fait de cette adhésion. La protection que représente la confidentialité des données personnelles relatives à leur adhésion doit donc être assurée comme s'il s'agissait d'une appartenance syndicale. Ces données entrent donc à notre avis dans le champ de l'article 8 de la loi de 1978 et le traitement automatisé créé par cet arrêté devait être autorisé par la CNIL.

Toutefois, son illégalité nous semble sans incidence sur celle de l'arrêté attaqué qui n'a pas été pris pour son application ni sur sa base légale, conditions alternatives auxquelles est subordonnée l'opérance de l'exception d'illégalité (Sect, 30 déc 2013, *O...*, n° 367615). Ces deux arrêtés sont des modalités indépendantes de mise en œuvre des dispositions légales et réglementaires sur la représentativité des associations professionnelles nationales de militaires. Si un lien fonctionnel devait être établi entre ces deux arrêtés, ce serait plutôt celui relatif à la création du traitement qui devrait être regardé comme pris pour l'application de l'arrêté attaqué, même s'il lui est antérieur.

Si les différents moyens soulevés par l'association requérante nous semblent donc devoir être écartés, il n'en reste pas moins que certaines dispositions de l'arrêté attaqué sont illégales pour une raison qu'elle n'a pas vue mais que vous avez soulevé d'office car elle tient à la compétence du ministre de la défense pour fixer les seuils de représentativité des associations. Ceux-ci doivent, aux termes de l'article L. 4126-10, être fixés par décret en Conseil d'Etat. L'article R. 4126-6 donne compétence à titre transitoire et « de manière à assurer le caractère effectif du dialogue social » au ministre de la défense pour les fixer entre 1 % et 5 % jusqu'au 1er janvier 2021. Or les dispositions du 1^{er} alinéa du I et du premier alinéa du II de l'article 2 de l'arrêté attaqué fixent ces pourcentages à compter du 1^{er} janvier 2021. Ces dispositions étant divisibles du reste de l'arrêté, vous pourrez n'annuler qu'elles.

EPCMNC :

- Annulation des dispositions du 1^{er} alinéa du I et du premier alinéa du II de l'article 2 de l'arrêté attaqué ;

- Rejet du surplus des conclusions de la requête.